

Świadomość ryzyka korupcji i zmowy przetargowej w zamówieniach publicznych



Rzeczpospolita
Polska



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



**Efektywne zamówienia publiczne
– wzmocnienie potencjału administracji**

Maciej Wnuk, Krzysztof Krak, Maciej Żelewski

Świadomość ryzyka korupcji i zmowy przetargowej w zamówieniach publicznych

Praktyczny poradnik
dla pracowników i kierowników zamawiającego

Publikacja została opracowana w ramach projektu
„Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału
administracji”.

Warszawa, wrzesień 2018 r.

Świadomość ryzyka korupcji i zmowy przetargowej w zamówieniach publicznych

Skład, łamanie i druk:

CC Professionals Group, www.ccpog.com.pl

Wydawca: Urząd Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Opracowanie i druk współfinansowane

przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

ISBN 978-83-88686-64-1

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2018 r.

Spis treści

1. Dlaczego warto skorzystać z tego poradnika?	5
2. Skutki i koszty korupcji	6
3. Dylematy – gdzie kończy się uprzejmość, a zaczyna korupcja?	9
4. Korupcja jako nadużycie i korupcja jako przestępstwo	11
4.1. Korupcja jako przestępstwo	11
4.2. Przepisy karne	16
4.3. Formy popełnienia przestępstwa.	31
4.4. Ogólne wskazówki, jak nie narazić się na zarzut korupcji	33
5. Jak reagować na przejawy korupcji?	37
5.1. Próby korupcji	37
5.2. Podejrzenia korupcji	42
6. Pułapki komunikacji z wykonawcami	44
6.1. Czego unikać?	47
6.2. Zasady prawidłowej komunikacji	56
7. Symptomy korupcji i jak na nie reagować?	63
7.1. Etap przygotowania postępowania	64
7.2. Etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	71
7.3. Etap realizacji umowy.	75
7.4. Zbieg przejawów korupcji.	77
8. Zmowy przetargowe	79
8.1. Na czym polegają?	80
8.2. Najczęstsze typy	83
8.3. Przykłady	85

8.4. Jak wykrywać zmowy?	87
8.5. Jak zabezpieczyć przetargi przed znowami?	91
8.6. Jak postępować w przypadku podejrzenia istnienia znowy przetargowej?.....	93
8.7. Wykluczenie wykonawcy z powodu znowy	96
8.8. Co grozi zamawiającym się?	98
9. Przeciwdziałanie korupcji w regulacjach unijnych	101
10. Przeciwdziałanie korupcji w Prawie zamówień publicznych	103
10.1. Wykluczenie wykonawcy z powodu bezprawnego wpływu	104
11. Jak zarządzać ryzykiem korupcji? Porady dla kierownika zamawiającego	107
11.1. Świadomość ryzyka	107
11.2. Postawa proaktywna	108
11.3. Etyczne przywództwo i komunikacja.....	109
11.4. Trójkąt nadużyć.....	112
11.5. Dobre praktyki stosowane przez zamawiających	117
12. Lektura uzupełniająca	119

1. Dlaczego warto skorzystać z tego poradnika?

Sfera zamówień publicznych na całym świecie jest narażona na ryzyka korupcyjne. Tam, gdzie wydaje się publiczne pieniądze, tam pojawiają się pokusy. Osoby bez moralnych skrupułów próbują wykorzystać luki systemowe i ludzkie słabości, aby wzbogacić się kosztem podatników.

Szkody, które powoduje korupcja, są wielorakie. Traci społeczeństwo, traci zamawiający, tracą uczciwi wykonawcy, deformuje się rynek. Obniża się wiarygodność instytucji publicznych i ich zdolność do realizacji zadań. W końcu, gdy wybucha afera, niejednokrotnie cień podejrzeń kładzie się także na ludziach uczciwych, którzy czasami nie zareagowali odpowiednio we właściwym czasie. Osoby zamieszane w sprawy korupcyjne stają się „naznaczone”. Tracą zaufanie kolegów, koleżanek i przełożonych, niejednokrotnie także stanowisko, mają trudności w znalezieniu nowej pracy.

Ta publikacja ma służyć praktyczną pomocą osobom wykonującym czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i kierownikom zamawiającego. Staraliśmy się wszelkie złożone zagadnienia omówić w maksymalnie przystępny sposób, bez stosowania biurokratycznego żargonu, za to z uwzględnieniem praktycznej perspektywy.

Na kolejnych stronach omówiliśmy szereg praktycznych wątpliwości. *Czym jest korupcja i zмова przetargowa? Jak, nie będąc policjantem, rozpoznać, że dzieje się coś niepokojącego? Co wtedy należy zrobić? Co zrobić w wypadku otrzymania korupcyjnej propozycji? Jak swoim zachowaniem nie prowokować do jej składania? Jak przygotować i prowadzić postępowanie, aby ograniczyć ryzyka?*

2. Skutki i koszty korupcji

W 2017 roku udzielono zamówień publicznych na kwotę 235 mld zł¹, co stanowiło 11,8% PKB. To ogromna suma, mająca niebagatelny wpływ na funkcjonowanie całej gospodarki i poszczególnych jej rynków, ale i wywołująca ogromne pokusy, którym mogą ulegać ludzie bez skrupułów, jeżeli znajdą stosowne możliwości.

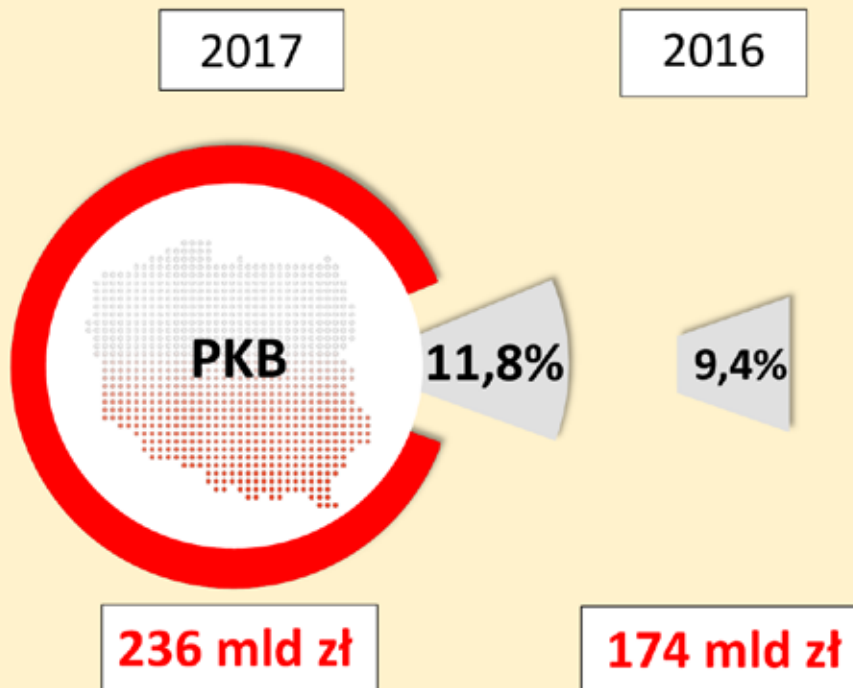
Czy skutki korupcji są jednoznacznie negatywne? Jeszcze w połowie lat 90. ubiegłego wieku niektórzy akademicy i praktycy twierdzili, że korupcja pomaga naoliwić zgrzytające mechanizmy funkcjonowania państwa, a szereg wysoko rozwiniętych krajów pozwalało swoim firmom zaliczyć w koszty uzyskania przychodu sumy wydane na łapówki za granicą.

Dziś nikt już nie ma wątpliwości, że korupcja jest szkodliwa. Generuje straty bezpośrednio dla zamawiającego (a więc i dla podatnika), wynikające z zawyżenia kosztów, gorszej jakości towarów, usług i robót budowlanych, opóźnień w realizacji umów czy też z racji zakupów, które nie odpowiadają (lub nie w pełni odpowiadają) potrzebom zamawiającego. Prowadzi to do nieefektywnej realizacji celów publicznych.

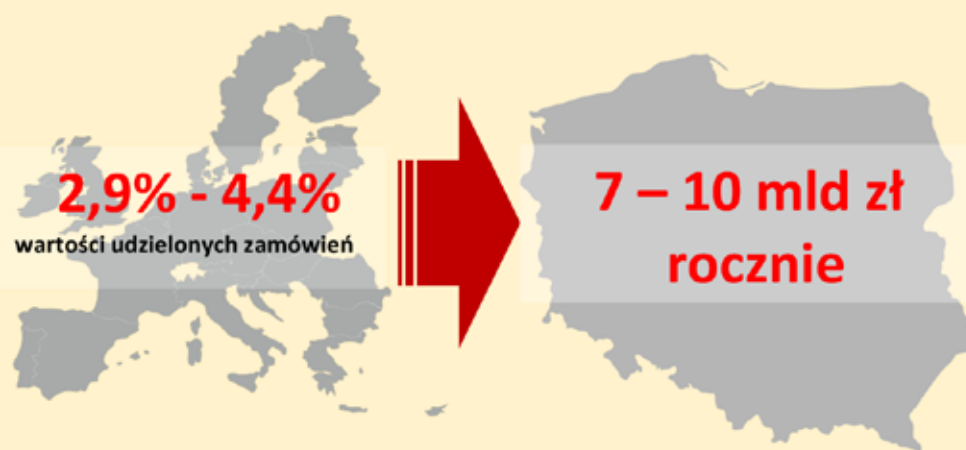
Do tego dochodzą straty pośrednie, czasami trudne do oszacowania, ale równie groźne. Spada zaufanie do zamawiających. To przekłada się na mniejszą liczbę ofert, a w konsekwencji mniejsze możliwości wyboru, co także utrudnia realizację celów publicznych. Na rynkach, gdzie środki publiczne są istotne, mogą zacząć dominować przedsiębiorcy nie stosujący

¹ „Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.”, UZP, Warszawa, 2018 r., str. 28. Kwota ta obejmuje zarówno zamówienia publiczne udzielane w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i poza jej trybem.

RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



BEZPOŚREDNIE KOSZTY KORUPCJI



Rysunek 1. Rynek zamówień publicznych i koszty korupcji

reguł fair play, ale „wycinający” swoich konkurentów łapówkami lub zmo-
wami przetargowymi.

Jaka jest skala bezpośrednich strat wywoływanych przez korupcję? Bada-
nia zlecone przez Europejski Urząd do Spraw Zwalczania Nadużyć Finan-
sowych (OLAF) szacują, że bezpośrednio koszty korupcji w Unii Europej-
skiej wynoszą od 2,9% do 4,4% wartości udzielonych zamówień². Dla Polski
oznacza to straty rzędu od 7 do 10 mld zł rocznie³. Odpowiada to przykła-
dowo środkom, które budżet państwa przeznacza na naukę⁴.

² Raport PwC i Ecorys dla OLAF: „Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU”, 2013 r., str. 200. https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf

³ Polska jest klasyfikowana w rankingach Banku Światowego i Transparency International jako państwo o średnim poziomie korupcji w Unii Europejskiej, można więc przyjąć średnie unijne poziomy strat.

⁴ Plan finansowy części 23 budżetu państwa (nauka) wynosi w 2018 r. 7,8 mld zł. https://www.nauka.gov.pl/g2/oryginal/2018_02/b649e7570a62bd1c32a52ea2408d1263.pdf

3. Dylematy – gdzie kończy się uprzejmość, a zaczyna korupcja?

Jako pracownicy zamawiającego możemy mieć różne okazje, aby stykać się z przedstawicielami wykonawców. Przy badaniu rynku i szacowaniu wartości zamówienia nawiązujemy formalne kontakty zazwyczaj drogą elektroniczną lub telefoniczną. Dialog konkurencyjny, publiczne otwarcie ofert, negocjacje szczegółów umowy, jej podpisanie, a następnie wykonanie – to sytuacje, w których może dojść do formalnych kontaktów bezpośrednich. Ale z przedstawicielami wykonawców możemy się spotkać także na branżowych targach, konferencjach, szkoleniach, a czasami nawet na gruncie prywatnym czy w sieciach społecznościowych.

Uciekanie przed kontaktami bezpośrednimi nie zawsze musi być dobrym rozwiązaniem – ostatecznie na targi jedziemy, aby rozeznaczyć rynek i kontakt z wykonawcami jest wręcz pożądanym. Ale czy skorzystanie z saloniku VIP, który wystawca przygotował na zapleczu dla szczególnie znamienitych gości, będzie zgodne z zasadami? Czy skorzystanie z wygodnego fotela i napięcie się dobrej kawy będzie przestępstwem? A skorzystanie z procentowych napojów? Z roboczego lunchu? Przyjęcie firmowego gadżetu na pamiątkę dotychczasowej współpracy? Odwiezienie o późniejszej porze samochodem firmowym do domu? Wiemy, że tego typu uprzejmości mogą wywoływać konflikt interesów, ale kiedy stają się przestępstwem, za które grozi odpowiedzialność karna? Czy dopóki nikt nam nie wkłada do kieszeni koperty z pieniędzmi, to możemy być całkowicie spokojni? A może ważne są słowa, czyli to, co na takim spotkaniu mówimy i czy coś ustalamy?

Podobne dylematy wywołuje etap realizacji zamówienia publicznego. Opóźnienia, niemożliwe do przewidzenia dodatkowe prace, nadzór nad postępem inwestycji, wdrażanie produktów u zamawiającego, przewidziane umową szkolenia, odbiór ilościowy i jakościowy, wypłata wynagrodzenia – także wymagają bezpośrednich kontaktów z przedstawicielami zamawiającego. Czy w takich relacjach każda uprzejmość ze strony wykonawcy jest próbą przekupstwa, a może, skoro postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało już dawno zakończone, to o żadnej korupcji nie może już być mowy?

A gdy kontrakt zostanie zakończony i rozliczony – czy możemy sobie pozwolić na więcej? Wiemy, że nie powinniśmy przyjmować „zwyczajowych dowodów wdzięczności”, ponieważ wywołują konflikt interesów. Ale czy każdy „dowód wdzięczności” naraża nas na spotkanie z prokuratorem?

4. Korupcja jako nadużycie i korupcja jako przestępstwo

Słowo korupcja pochodzi z łaciny, gdzie oznacza zarówno przekupstwo, jak i moralne zepsucie. W szerokim sensie, zgodnie z definicją Transparency International

korupcja to nadużycie powierzonej władzy dla osiągnięcia nienależnych korzyści.

Jednak nie każde nadużycie władzy jest przestępstwem. Kierowanie się interesem własnym lub grupowym, a nie publicznym, faworyzowanie rodziny i przyjaciół, konflikt interesów – mogą być „jedynie” przewinieniami dyscyplinarnymi czy służbowymi.

Aby uświadomić sobie, kiedy nadużycie staje się przestępstwem, przyjrzyjmy się bliżej definicji korupcji zawartej w ustawie o CBA oraz przepisom kodeksu karnego.

4.1. Korupcja jako przestępstwo

Zacznijmy od tego, że przestępstwo korupcji może mieć formę czynną lub bierną. Czynna – to działania wręczającego (np. przedstawiciela wykonawcy), a bierna – to czyny przyjmującego (np. pracownika zamawiającego). Ustawa o CBA definiuje obie te postaci.

Zapoznajmy się z ustawową definicją w tej części, w jakiej dotyczy ona pracowników i kierowników zamawiającego⁵.

Korupcja to czyn polegający na:

- oblicywaniu, proponowaniu lub wręczaniu przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną dla niej samej lub dla jakiejkolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji (= postać czynna);
- żądaniu lub przyjmowaniu przez osobę pełniącą funkcję publiczną bezpośrednio, lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub dla jakiejkolwiek innej osoby, lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji (= postać bierna).

Korupcja ma więc postać transakcji „*coś za coś*”: **nienależna korzyść** w zamian za **działanie lub zaniechanie działania**.

Warto zwrócić uwagę, że korupcją jest nie tylko **wręczenie** i **przyjęcie**, ale już samo:

- **proponowanie** nienależnej korzyści (nawet jeśli pracownik zamawiającego odmówił jej przyjęcia),
- **oblicywanie** nienależnej korzyści (nawet jeśli pracownik zamawiającego odmówił przyjęcia obietnicy lub obietnica nie została przez wykonawcę spełniona),

⁵ Tj. w art. 1 ust. 3a pkt 1–2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. W punktach 3 i 4 tego przepisu zdefiniowano korupcję w toku działalności gospodarczej, którą nie zajmujemy się w tym poradniku.

- żądanie przez pracownika zamawiającego nienależnej korzyści (nawet gdy przedstawiciel wykonawcy odmówił jej wręczenia),
- **przyjęcie propozycji lub obietnicy** nienależnej korzyści (nawet gdy przedstawiciel wykonawcy ostatecznie jej nie spełni).

Wyjaśnijmy sobie kilka prawnych terminów występujących w definicji.

Kim jest **osoba pełniąca funkcję publiczną**? Kodeks karny stanowi, że jest to m.in. „osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe”. W specyfice zamówień publicznych sprawa jest więc prosta. Ponieważ zamówienia publiczne udzielane są ze środków publicznych, więc każdy **kierownik i merytoryczni pracownicy zamawiającego są osobami pełniącymi funkcję publiczną**.

Co należy rozumieć przez **nienależną korzyść**? Zastanówmy się najpierw, czym są korzyści należne, wynikające z pełnienia przez nas funkcji publicznej. Należą do nich te korzyści, które otrzymujemy na podstawie aktu prawnego lub oficjalnej umowy od pracodawcy lub innego uprawnionego organu. Należą do nich przykładowo wynagrodzenie lub uposażenie, przyznawane zgodnie z zasadami premie lub nagrody, ustawowe dodatki, ryczałty i deputaty, wyróżnienia, medale i odznaczenia czy też służbowe benefity, od telefonów komórkowych po abonamenty medyczne.

Wszystko, co nie należy do korzyści należnych – należy uznać za korzyści nienależne. W specyfice zamówień publicznych tu także sprawa jest prosta – **wszelkie korzyści otrzymywane od wykonawców należy uznać za nienależne**.

Mówiąc o korzyściach, warto zwrócić uwagę jeszcze na następujące zagadnienia:

- **Beneficjentem** nienależnej korzyści nie musi być osoba pełniąca funkcję publiczną. Może nim być także jakakolwiek inna osoba, fizyczna lub prawna: ktoś z rodziny, przyjaciel, ulubiony klub sportowy czy społeczna organizacja⁶. Nawet gdybyśmy poprosili – w zamian za działanie lub zaniechanie – o wsparcie charytatywnej fundacji, w której nie mamy naprawdę żadnych interesów prywatnych – nie będzie to żadną okolicznością łagodzącą.
- Korzyść może być wręczona czy zaoferowana zarówno **bezpośrednio**, jak i **pośrednio**. Od czasów, gdy w telewizji oglądaliśmy wręczanie kopert z pieniędzmi nagrane ukrytą kamerą – korzystanie z pośredników jest coraz popularniejsze. Mogą oni próbować docierać nie tylko do nas, ale także np. do kogoś z naszej rodziny czy znajomych – to także nie jest żadną okolicznością łagodzącą.
- Korzyść może mieć charakter zarówno **majątkowy**, jak i **osobisty**. Majątkowy to taki, którego wartość daje się przeliczyć na pieniądze, a więc zarówno gotówka czy przedmioty, jak i na przykład specjalny rabat niedostępny dla szerokiej publiczności. Charakter osobisty mają korzyści finansowo niewymierne, takie jak przyznanie tytułu honorowego, przesunięcie w kolejce po świadczenia medyczne czy poparcie w kampanii wyborczej.

Ostatnie dwa ważne terminy do wyjaśnienia to **działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu funkcji publicznej**. Działaniem będą wszystkie czynności urzędowe lub służbowe, które wykonujemy w związku

⁶ Korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego (art. 115 § 4 Kodeksu karnego).

za zamówieniem publicznym. Warto pamiętać, że przyjęcie nienależnej korzyści będzie przestępstwem korupcyjnym także wtedy, kiedy te czynności będą całkowicie zgodne z prawem, procedurami i interesem zamawiającego. Przykładowo, przyjęcie łapówki od wykonawcy, w zamian za udzielenie zamówienia, pozostaje przestępstwem także wtedy, gdy ten wykonawca złożył obiektywnie najlepszą ofertę. Tyle, że korupcja połączona z łamaniem prawa jest karana ostrzej niż korupcja bez naruszania innych przepisów.

Z zaniechaniem działania mamy do czynienia wtedy, kiedy do jakiejś czynności jesteśmy zobowiązani, ale jej nie wykonujemy, albo wykonujemy ją nienależycie z korzyścią dla wręczającego. Może to dotyczyć takich kwestii, jak „przymknięcie oka” na braki w dokumentacji przetargowej, na niespełnianie pewnych warunków udziału w postępowaniu albo na złożenie oferty nieco po przewidzianym terminie. Dotyczyć też może braku reakcji na nieprawidłowości w realizacji umowy, nienaliczania kar umownych lub odbiór przedmiotu zamówienia bez rzetelnego sprawdzenia ilości i jakości.

Z zaniechaniem działania w wykonywaniu funkcji publicznej mamy do czynienia także w przypadku nieprawidłowego pełnienia funkcji kierowniczych: braku odpowiedniego nadzoru nad podległymi pracownikami, przebiegiem postępowania czy sposobem realizacji umowy, a także w wypadku złej organizacji procesu.

Na szczeblu tak kierowniczym, jak i pracowniczym zaniechanie może polegać także na braku właściwej reakcji na propozycje korupcyjne czy też na lekceważeniu symptomów korupcji i zgłoszeń dotyczących podejrzanych sytuacji.

4.2. Przepisy karne

Definicja korupcji z ustawy o CBA pozwala najłatwiej przedstawić istotę korupcji zawartą w przepisach karnych. Przyjrzyjmy się im teraz bardziej szczegółowo, bo to na tych przepisach opiera się prokuratura stawiając zarzuty, a sąd wydając wyrok.



Rysunek 2. Na czym polega nienależna korzyść?

Przekupstwo i sprzedajność (art. 228 i 229 Kodeksu karnego⁷)

Te dwa artykuły przytoczone w przypisie najbardziej przypominają definicję korupcji z ustawy o CBA. W przypadku kierownika lub pracownika zamawiającego karane jest przyjęcie korzyści lub jej obietnicy, żądanie korzyści lub jej obietnicy oraz uzależnianie wykonania czynności służbowej od otrzymania korzyści lub jej obietnicy.

⁷ **Art. 228.** § 1. Kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. Kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Karze określonej w § 3 podlega także ten, kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żąda.

§ 5. Kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową znacznej wartości albo jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 6. Karom określonym w § 1–5 podlega odpowiednio także ten, kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę lub takiej korzyści żąda, albo uzależnia wykonanie czynności służbowej od jej otrzymania.

Art. 229. § 1. Kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa, aby skłonić osobę pełniącą funkcję publiczną do naruszenia przepisów prawa lub udziela albo obiecuje udzielić takiej osobie korzyści majątkowej lub osobistej za naruszenie przepisów prawa, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Kto osobie pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji, udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej znacznej wartości, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 5. Karom określonym w § 1–4 podlega odpowiednio także ten, kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej, w związku z pełnieniem tej funkcji.

§ 6. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1–5, jeżeli korzyść majątkowa lub osobista albo ich obietnica zostały przyjęte przez osobę pełniącą funkcję publiczną, a sprawca zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten o nim się dowiedział.

Różnicą, na którą warto zwrócić uwagę, jest to, że przepis kodeksu karnego dotyczy korzyści przyjmowanych „**w związku**” z pełnieniem funkcji publicznej, podczas gdy definicja z ustawy o CBA dotyczyła korzyści przyjmowanych „**w zamian**” za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu funkcji publicznej (czyli na zasadzie „coś za coś”).

Pojawia się więc pytanie, czy przyjęcie prezentu, który wykonawca wręcza nie żądając niczego konkretnego w zamian, ani o nic nie prosząc, a nawet nie mrugając znacząco okiem, będzie uznane za łapówkę, czy jedynie za „zwyczajowy dowód wdzięczności” albo „zwyczajowy materiał promocyjny firmy”? Jak w przypadku każdego określenia budzącego wątpliwości interpretacyjne także to ma bogatą literaturę, a konkretne przypadki były interpretowane przez Sąd Najwyższy. Z postanowień SN wynika w skrócie, że po zbadaniu motywów wręczającego i kompetencji przyjmującego można uznać w pewnych sytuacjach za łapówkę także wręczenie i przyjęcie nienależnej korzyści, która ma ogólnie zapewnić przychylność osoby pełniącej funkcję publiczną w zakresie jej kompetencji⁸.

W związku z tym najrozsądniejsze będzie przyjęcie następującej zasady praktycznej.

⁸ Przykładowo Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2017 r., sygn. akt IV KK 4/17, str. 23–25.

Kierownicy i pracownicy zamawiającego nie powinni przyjmować od wykonawców ani potencjalnych wykonawców żadnych korzyści, ani ich obietnicy. Korzyści takie (lub ich obietnice) zawsze wywołują konflikt interesów, a mogą zostać uznane za łapówkę także wtedy, gdy nie są przyjmowane za konkretne działanie lub zaniechanie.

Uniknięcie lub złagodzenie kary

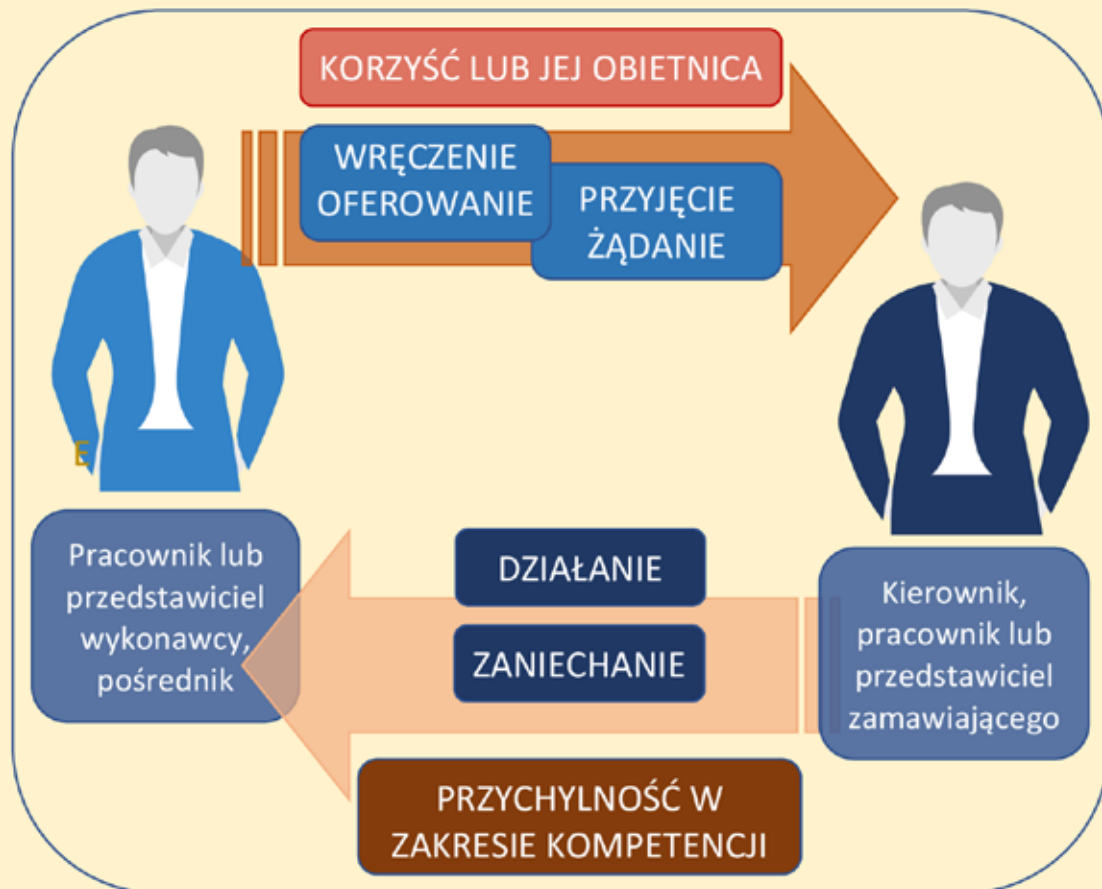
Sprawcą przestępstwa korupcyjnego jest zarówno wręczający, jak i przyjmujący.

Panuje między nimi swoista zmowa. Ustawodawca, aby rozbić ten „układ”, wprowadził mechanizm uniknięcia odpowiedzialności – ale tylko przez jedną ze stron, a mianowicie tylko przez wręczającego korzyść osobie pełniącej funkcję publiczną.

Art. 229 § 6 kodeksu karnego wprowadza zasadę, zgodnie z nią wręczający, który samodzielnie powiadomi organy ścigania o wręczeniu korzyści (jej obietnicy itp.), która została przyjęta – **unika kary z mocy prawa**. Warunkiem jest to, że organy ścigania o tym wcześniej nie wiedziały i że złoży on wyczerpujące zeznania. W takiej sytuacji wręczający zostanie przesłuchany jako świadek, a przyjmujący jako podejrzany.

Zasada ta nie działa tak samo w drugą stronę. Pracownik zamawiającego, który zgłosi do organów ścigania przyjęcie nienależnej korzyści i podejmie z nimi współpracę, nie uniknie odpowiedzialności automatycznie z mocy

MECHANIZM KORUPCJI w zamówieniach publicznych



TYLKO WRĘCZAJĄCY
UNIKNIE CAŁKOWICIE KARY, GDY

ZAWIADOMI ORGANY
ŚCIGANIA
ZANIM ONE
SIĘ DOWIEDZIAŁY



UJAWNI
WSZYSTKIE
OKOLICZNOŚCI
PRZESTĘPSTWA

PRZYJMUJĄCY MOŻE SKORZYSTAĆ
Z NADZWYCZAJNEGO ZŁAGODZENIA KARY

Rysunek 3. Mechanizm korupcji w zamówieniach publicznych.

prawa. Może jednak skorzystać z **nadzwyczajnego złagodzenia kary**, a nawet warunkowego zawieszenia jej wykonania na mocy ogólnych przepisów kodeksu karnego⁹. Zachowanie przyjmującego wstępnie oceni prokurator, a ostatecznie sąd.

Płatna protekcja (art. 230 i 230a kodeksu karnego¹⁰)

Jak zauważyliśmy wyżej, wzrost skuteczności organów ścigania spowodował częstsze korzystanie z pośredników w celu wręczenia nienależnej korzyści. A co w sytuacji, gdy wykonawca opłaci pośrednika, który swoimi kanałami „załatwi sprawę”, bez wręczania korzyści pracownikowi zamawiającego? Także takie działanie podlega karze.

Przestępstwo płatnej protekcji biernej (art. 230 kk) polega na **przyjęciu** nienależnej korzyści lub jej obietnicy w zamian **za pośredniczenie**

⁹ Art. 60 § 3 i 4 kodeksu karnego.

¹⁰ **Art. 230.** § 1. Kto, powołując się na wpływy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi albo wywołując przekonanie innej osoby lub utwierdzając ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów, podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w zamian za korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Art. 230a. § 1. Kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, polegające na bezprawnym wywarceniu wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1 albo w § 2, jeżeli korzyść majątkowa lub osobista albo ich obietnica zostały przyjęte, a sprawca zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten o nim się dowiedział.

w załatwieniu sprawy m.in. w jednostce dysponującej środkami publicznymi. Nie jest przy tym ważne, czy pośrednik rzeczywiście cokolwiek będzie załatwiał i czy ma w danej instytucji jakiegokolwiek wpływy – popełnia przestępstwo już w momencie przyjęcia korzyści lub jej obietnicy.

Przestępstwo płatnej protekcji czynnej (art. 230a kk, czasami zwanej handlem wpływami) polega na **wręczeniu** takiej nienależnej korzyści lub jej obietnicy w zamian za **bezprawne wywarcie wpływu** na decyzję, działanie lub zaniechanie działania przez pracownika zamawiającego. Taki bezprawny wpływ może przykładowo polegać na wręczeniu przez pośrednika nienależnej korzyści kolejnej osobie, zastraszeniu jej lub na wydaniu polecenia służbowego niezgodnie z obowiązującymi zasadami.

W specyfice zamówień publicznych płatna protekcja może objawiać się w sytuacjach, w których:

- osoby nie mające formalnych kompetencji w sferze zamówień, z jednostki lub z zewnątrz, próbują wpływać na przygotowanie lub przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub na sposób wykonania umowy;
- osoby mające pewne kompetencje w sferze zamówień usiłują wpływać nieformalnie na działania innych pracowników zamawiającego.

Uniknięcie lub złagodzenie kary

Także w tym przypadku, na mocy art. 230a § 3 kodeksu karnego, wręczający, który samodzielnie powiadomi organy ścigania o wręczeniu korzyści (jej obietnicy itp.), która została przyjęta – unika kary z mocy prawa.

Pracownik zamawiającego, który zgłosi do organów ścigania przyjęcie nie-należnej korzyści i podejmie z nimi współpracę – może skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet warunkowego zawieszenia jej wykonania na mocy ogólnych przepisów kodeksu karnego¹¹. Nie ma tu jednak automatyzmu, dlatego lepiej nie wchodzić w relacje korupcyjne.

Utrudnianie przetargu (art. 305 kk¹²)

W specyfice zamówień publicznych przestępstwo to dotyczy utrudniania przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz dialogu konkurencyjnego poprzedzającego takie przetargi¹³.

Ma ono dwie formy opisane w dwóch paragrafach. Pierwsza obejmuje zmo-
wy przetargowe (szczegółowo omówione w rozdziale 8.) oraz inne działa-
nia mające udaremnić lub utrudnić prawidłowe przeprowadzenie przetar-
gu, gdy sprawca czyni to w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i działa
na szkodę organizatora przetargu. Sprawcami są zazwyczaj przedstawiciele
wykonawców, ale mogą być nimi także pracownicy zamawiającego, podej-
mujący działania na szkodę swojej jednostki, a w celu osiągnięcia korzyści

¹¹ Art. 60 § 3 i 4 Kodeksu karnego.

¹² Art. 305. § 1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia prze-
targ 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 doko-
nywany.

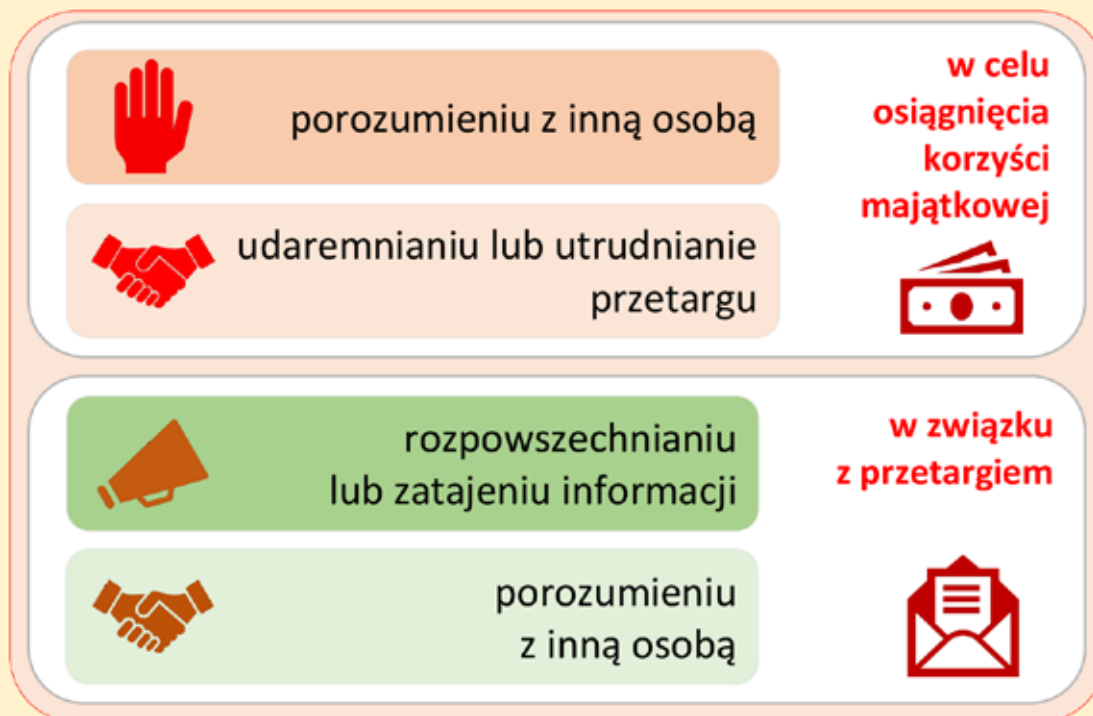
§ 3. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego
w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego.

¹³ Dr Konrad Buczkowski, „Zmo-
wy przetargowe jako jedna z postaci przestępstwa z art. 305
k.k.”, str. 11-12, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2015 r.

UTRUDNIANIE PRZETARGU

(art. 305 kk)

to działanie na szkodę zamawiającego
polegające na



Przestępstwo popełnić może każda osoba -
- w związku z przetargiem

Przedstawiciel zamawiającego

Przedstawiciel firmy

Biorącej udział
w przetargu

Nie biorącej udział
w przetargu

Może mieć formę z umowy przetargowej

Rysunek 4. Utrudnianie przetargu.

majątkowej przez siebie lub przez jednego z wykonawców. Przykładami takich działań może być:

- niezamieszczanie ogłoszenia o przetargu wbrew przepisom;
- wykluczenie określonych wykonawców wbrew przepisom;
- kierowanie pracami komisji tak, aby doprowadzić do unieważnienia postępowania.

Druga forma polega na rozpowszechnianiu lub zatajaniu informacji związanych z przetargiem na szkodę zamawiającego oraz na wchodzeniu w porozumienia z innymi osobami na szkodę zamawiającego. Może to dotyczyć przykładowo:

- rozpowszechniania informacji, że przetarg się nie odbędzie lub że dany wykonawca nie ma szans go wygrać;
- przekazywania jednemu z wykonawców informacji o przetargu, których nie otrzymają inni wykonawcy;
- niepoinformowania pewnych wykonawców o istotnych okolicznościach związanych z przetargiem i umową;
- współpracy z wykonawcami czy innymi pracownikami w celu „ustawienia” przetargu, przykładowo przez nieracjonalne z punktu widzenia interesów jednostki, a faworyzujące wykonawcę zapisy specyfikacji czy decyzje komisji przetargowej.

Warto zwrócić uwagę, że obydwie formy będą przestępstwem także wtedy, gdy pracownik wykonawcy nie otrzyma z tego tytułu nienależnej korzyści lub jej obietnicy, a działa np. z pobudek osobistych (zemsta, uprzedzenia, preferencje, konflikt interesów) czy na polecenie przełożonego. Korzyść, o której mówi art. 305 § 1 kodeksu karnego, może odnieść jeden z wykonawców.

Gdyby pracownik zamawiającego przyjął nienależną korzyść, zastosowanie miałby art. 228 kodeksu karnego, który przewiduje karę nawet do 12 lat więzienia. Utrudniając przetarg bez przyjęcia nienależnej korzyści lub jej obietnicy, narazi się na karę do 3 lat pozbawienia wolności.

Nadużycie władzy (art. 231 § 2 kk¹⁴)

Kolejnym przepisem o charakterze korupcyjnym, mogącym mieć zastosowanie do pracowników zamawiającego, jest art. 231 § 2 kodeksu karnego.

Na początek trzeba zrobić zastrzeżenie – o ile wymienione wyżej przepisy karne dotyczyły kierowników i pracowników zamawiającego bez względu na status ich jednostki, o tyle ten przepis dotyczy jedynie funkcjonariuszy publicznych. Obejmuje więc w szczególności merytorycznych pracowników organów państwowych, w tym administracji rządowej, administracji samorządowej, organów kontroli, służb mundurowych i wojska¹⁵.

Przepis ten w paragrafie pierwszym dotyczy przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, które wywołuje szkodę dla interesu publicznego lub prywatnego. Zwróćmy uwagę, że:

¹⁴ Art. 231. § 1. Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa nieumyślnie i wyrządza istotną szkodę, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228.

¹⁵ Pełen zakres osób mających status funkcjonariusza publicznego zdefiniowany jest w § 13 kodeksu karnego.

- bez szkody nie ma przestępstwa – bezszkodowe przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków mogą być karane jedynie dyscyplinarnie lub służbowo;
- ważny jest formalny zakres kompetencji danej osoby – aby ocenić, czy je przekroczyła lub ich nie dopełniła;
- szkoda może być dla interesu publicznego (np. zamawiającego) lub prywatnego (np. dla wykonawcy);
- przestępstwo z pierwszego paragrafu może popełnić osoba osobiście uczciwa, ale niekompetentna, która swoją niekompetencją wyrządziła szkodę.

Charakter korupcyjny ma paragraf drugi, który mówi o sytuacji, gdy przestępstwo zostało popełnione „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej”. Może to dotyczyć przykładowo sytuacji:

- przyjęcia nienależnej korzyści lub jej obietnicy – ale wtedy stosuje się art. 228 kk, który przewiduje wyższe kary;
- wpływania na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, aby wygrał wykonawca powiązany rodzinnie, majątkowo, przyjacielsko itp. – wtedy odnosi się korzyść z samego udzielenia zamówienia powiązanemu wykonawcy, nie jest konieczna łapówka;
- niedopełnienia obowiązków przez brak właściwego zorganizowania procesu zamówień publicznych lub przez brak skutecznego nadzoru nad podległymi pracownikami i jednostką, gdy korzyść z tego tytułu odniesie ktoś inny, na przykład jeden z wykonawców;
- niereagowania na symptomy korupcji, łamania przepisów, możliwość wystąpienia szkody – w zamian za obietnicę pomocy w karierze zawodowej.

Poświadczenie nieprawdy (art. 271 § 3 kk¹⁶)

W specyfice zamówień publicznych polega na poświadczeniu nieprawdy w dokumencie, co do okoliczności mającej znaczenie prawne, przez osobę formalnie uprawnioną do wystawienia dokumentu związanego z zamówieniem. Może to dotyczyć przykładowo informacji zawartych w protokole i dokumentacji postępowania (czas wpłynięcia oferty, poświadczenie spełnienia wymagań, obecność na posiedzeniu komisji) czy w protokole odbioru przedmiotu zamówienia. Gdy przestępstwo jest popełniane w celu osiągnięcia korzyści przez poświadczającego nieprawdę lub przez wykonawcę (§ 3), to kara jest wyższa.

Przestępstwa towarzyszące

Omówionym wyżej przestępstwom korupcyjnym często towarzyszą przestępstwa innego rodzaju, które można wykryć znacznie prościej. Mogą więc być cenną wskazówką, że mamy do czynienia z praktykami korupcyjnymi.

Zaliczymy do nich:

- ujawnienie informacji wbrew przepisom lub przyjętemu na siebie obowiązki (art. 266 § 1 kk) – na przykład jednemu z wykonawców;
- podrabianie lub przerabianie dokumentów oraz ich używanie (art. 270 § 1 kk) – na przykład przerabianie protokołu przetargu lub umowy zamówienia publicznego;

¹⁶ **Art. 271. § 1.** Funkcjonariusz publiczny lub inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu, która poświadcza w nim nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

§ 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

PRZESTĘPSTWA KORUPCYJNE W ZWIĄZKU Z ZAMÓWIENIAMI PUBLICZNYMI



Rysunek 5. Przeszestępstwa korupcyjne w związku z zamówieniami publicznymi.

- wyrządzenie szkody majątkowej swojej jednostce w wyniku nadużycia przyznanych uprawnień lub niedopełnienia ciążących obowiązków (art. 296 kk) – na przykład w związku z zamówieniami publicznymi, (zwróćmy uwagę, że w odróżnieniu od art. 231 kk przepis ten może dotyczyć wszystkich pracowników zamawiającego, a nie tylko tych, którzy mają status funkcjonariuszy publicznych, przestępstwo może zostać popełnione zarówno w celu uzyskania korzyści majątkowej, jak i ze zwykłej nieudolności).

4.3. Formy popełnienia przestępstwa

Na zakończenie omawiania przepisów karnych warto jeszcze zwrócić uwagę, że przestępstwo można popełnić nie tylko przez swoje bezpośrednie działanie. Kodeks karny wyróżnia kilka form popełnienia przestępstwa.

Sprawstwo – odpowiadamy karnie, gdy:

- osobiście przyjmujemy / wręczamy, żądamy / proponujemy nienależną korzyść lub jej obietnicę;
- kierujemy popełnieniem przestępstwa przez innych, np. przez swoich podwładnych lub kolegów, choć to oni przyjmują lub żądają korzyści lub ich obietnicy (*„spotkasz się z X, wręczy ci bonus do naszych marnych pensyjek, podzielimy się sprawiedliwie”*);
- polecamy popełnienie przestępstwa, np. swoim podwładnym, wykorzystując zależność np. służbową (np. *„w sprawie odbioru tego zamówienia proszę nie być przesadnie formalistycznym”*).

Podżeganie – odpowiadamy karnie, gdy nakłaniamy innych do popełnienia przestępstwa, czyli oddziałujemy na drugą osobę, wzbudzając dany zamiar (*„nie bądź głupi, jak proponują, to korzystaj, dla nich to grosze,*

a my tu śmiesznie zarabiamy, u nas się tak od lat przyjęło i nikt z tego powodu nie miał jeszcze żadnych nieprzyjemności, poza tym to tylko wycieczka, a nie koperta z pieniędzmi, jedziemy razem, zobaczysz, jak jest fajnie”, „musimy kupić tę usługę / wdrożyć system teleinformatyczny / kupić sprzęt dla szpitala, niech oni powalczą o ciebie, oni o tym wiedzą”). Nielegalne jest także podżeganie gestem lub formą niesłowną, a także nakłanianie do nakłaniania (podżeganie łańcuszkowe).

Usiłowanie – odpowiadamy karnie, gdy podejmujemy działania w celu popełnienia przestępstwa, chociaż ostatecznie do niego nie dochodzi. W przepisach dotyczących łapownictwa jest to wyrażone wprost: przestępstwem jest już samo żądanie lub proponowanie nienależnej korzyści lub jej obietnicy, nawet jeżeli druga strona na żądanie lub propozycję nie przystanie.

Pomocnictwo – odpowiadamy karnie, gdy ułatwiamy bądź umożliwiamy popełnienie przestępstwa swoim działaniem lub zaniechaniem działania.

Przykładowo, odpowiadamy za pomocnictwo przez swoje **działanie**, gdy orientując się, że chodzi o działania niezgodne z prawem:

- pośredniczymy w przekazaniu korzyści;
- udostępniamy pomieszczenie na spotkanie wręczającego i przyjmującego;
- pośredniczymy między nimi w nawiązaniu kontaktu;
- informujemy, z kim można sprawę „załatwić”;
- radzimy, jak postępować, aby zostawiać jak najmniej dowodów korupcji.

Za pomocnictwo przez **zaniechanie działania** odpowiemy, gdy z tytułu swoich obowiązków służbowych powinniśmy przestępstwu korupcyjnemu zapobiec, a tego nie uczyniliśmy, na przykład:

- dopuszczając do udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie spełnia wymagań;
- zatwierdzając wynik postępowania mimo naruszenia przepisów;
- nie odbierając rzetelnie przedmiotu zamówienia;
- zatwierdzając do wypłaty środki za wykonanie umowy mimo braków w dokumentacji;
- nie naliczając kar umownych mimo takiego obowiązku;
- nie wyjaśniając uzasadnionych podejrzeń odnośnie zmywy przetargowej lub korupcji;
- nie zgłaszając próby korupcji;
- nie zapewniając efektywnej kontroli zarządczej w procesie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie wykonania i rozliczenia umowy.

Dotyczy to sytuacji, w których sami nie przyjęliśmy nienależnej korzyści, ale swoimi zaniedbaniami ułatwiliśmy korupcyjny proceder innym osobom.

Zwróćmy uwagę, że niektóre przejawy pomocnictwa, polegające na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków, wyrządzające szkodę zamawiającemu, mogą być jednocześnie przestępstwami z tytułu art. 231 i art. 296 kodeksu karnego.

4.4. Ogólne wskazówki, jak nie narazić się na zarzut korupcji

Jak widzimy, przepisy karne nie zawsze są precyzyjne, ich interpretacją zajmują się profesorowie prawa, a ich wykładnią Sąd Najwyższy. Praktyka

uczy, że nawet osoby obeznane z tą dziedziną prawa mogą narazić się na postawienie zarzutów. Dlatego **najwłaściwsze będzie przyjęcie postawy ostrożnościowej, tj. unikanie zarówno sytuacji oczywistych, jak i wątpliwych**. Pozwoli to uniknąć zarówno postawienia zarzutów, jak i naznaczenia wśród współpracowników i znajomych.

Warto pamiętać o kilku zasadach ogólnych.

- Nigdy nie przyjmuj nienależnych korzyści ani ich obietnicy na zasadzie „coś za coś”. To zawsze będzie przestępstwem. Uważaj zwłaszcza na relacje z wykonawcami i potencjalnymi wykonawcami, ale pamiętaj, że korumpującym może być także pośrednik lub inny pracownik twojej jednostki.
- Nie przyjmuj od przedstawicieli wykonawców i potencjalnych wykonawców żadnych „niezobowiązujących” korzyści. Prezent, zaproszenie do restauracji lub na mecz, „promocyjny drobiazg”, „symboliczny dowód wdzięczności”, przysługa – mogą zostać uznane przez organy ścigania za łapówkę, a zawsze będą wywoływać konflikt interesów.
- Wyłączaj się z postępowań, w których startują powiązani z tobą wykonawcy.
- Dbaj o to, aby nie naruszać zasady równego dostępu wykonawców do informacji o zamówieniach publicznych. Kontaktuj się z wykonawcami jedynie urzędowymi kanałami komunikacji, w sposób przewidziany w przepisach, procedurach lub umowach. Unikaj nawet przypadkowych

kontaktów nieformalnych, a jeśli do nich doszło – poinformuj o nich pisemnie przełożonych (e-mail, notatka).

- Nie pośrednicz w załatwianiu żadnych spraw związanych z zamówieniami. Od tego jest droga oficjalna.
- Nie próbuj wpływać na przygotowanie i przebieg postępowania lub proces wykonania umowy, gdy nie należy to do twoich kompetencji.
- Unikaj konfliktu interesów. Zachowuj profesjonalny dystans do wykonawców.
- Jako kierownik zamawiającego, przełożony, przewodniczący komisji – pamiętaj o efektywnej kontroli zarządczej nad podległymi komórkami, pracownikami i nad właściwym przebiegiem procesów.
- Asertywnie reaguj na przejawy korupcji lub zmywy przetargowej.

JAK NIE NARAZIĆ SIĘ NA ZARZUT KORUPCJI?

W relacjach z wykonawcami:



nie przyjmuj żadnych korzyści majątkowych ani osobistych



unikaj konfliktu interesów, gdy trzeba wyłączaj się



kontaktuj się drogą oficjalną, nie kanałami prywatnymi



zachowuj profesjonalny dystans

W trakcie przygotowania i prowadzenia postępowania oraz realizacji umowy:



dbaj o równy dostęp wykonawców do informacji



nie pośrednicz, nie załatwaj



nie wpływaj nieformalnie



asertywnie reaguj na przejawy korupcji lub zмовы

Rysunek 6. Jak nie narazić się na zarzut korupcji?

5. Jak reagować na przejawy korupcji?

Ostatnia zasada przywołana powyżej mówi o asertywnej reakcji na przejawy korupcji. Brak właściwej reakcji może zostać uznany za pomocnictwo. Nawet, gdy w końcu się z niego oczyścimy, to spotkania z policjantem, agentem CBA lub prokuratorem nie będą najmiej wspomnianą częścią naszej kariery. Starajmy się więc, aby przez swoją niefrasobliwość lub brak asertywności nie popaść w niepotrzebne kłopoty.

5.1. Próby korupcji

Zacznijmy od przypadku najbardziej oczywistego, czyli próby wręczenia nam nienależnej korzyści lub jej obietnicy. Choć zamówienia publiczne są narażone na wysokie ryzyka korupcyjne, to z propozycją łapówki możemy podczas naszej kariery zawodowej nigdy się nie spotkać. Musimy jednak wiedzieć, jak powinniśmy się zachować, gdyby do tego doszło.

Po pierwsze należy sprawdzić, czy w naszej zamawiającej instytucji istnieje formalna procedura mówiąca o tym, jak się zachować w takich sytuacjach. Jeżeli istnieje – należy ją bezwzględnie zastosować. Gdy postąpimy zgodnie z oficjalną procedurą, to organy ścigania uznają nasze działania za prawidłowe.

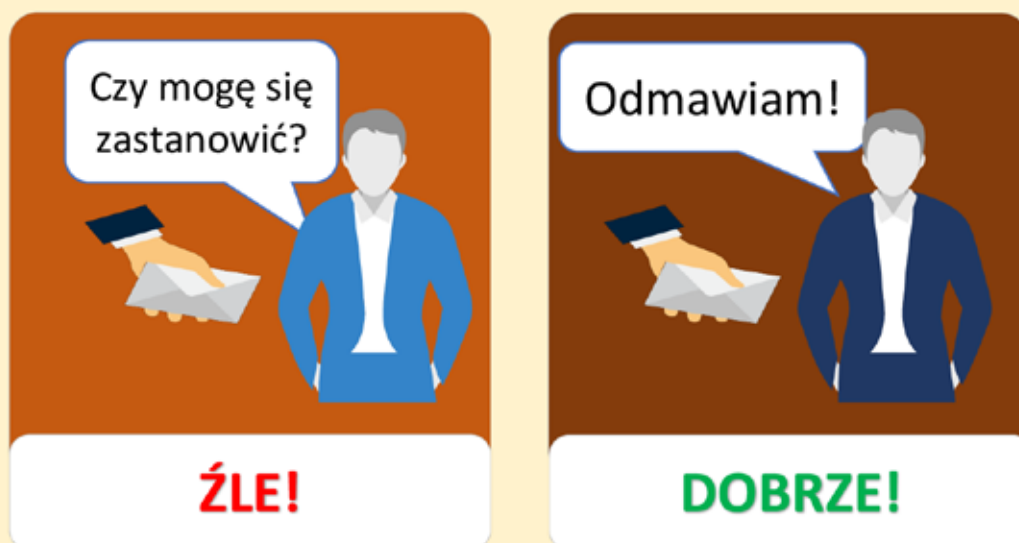
Jeżeli takiej formalnej procedury nie ma lub jest ona bardzo ogólna – pamiętajmy o kilku ważnych zasadach.

- **Jednoznacznie odmów.** Każda inna reakcja, typu obrócenie sprawy w żart, zmiana tematu, stwierdzenie, że musisz się zastanowić (aby następnie

poinformować CBA i na kolejnym spotkaniu, z założonym mikrofonem, przeżyć przygodę swojego życia) – może być użyta przeciwko tobie przez korumpującego, a także wzbudzać wątpliwości organów ścigania. Aby nie zostać posądzonym o pomówienie, można użyć formuły: „pan/pani złożyła mi propozycję, którą uznaję za korupcyjną i jednoznacznie jej odmawiam”.

- **W obecności świadka** (jeśli to możliwe). Propozycje korupcyjne składane są zazwyczaj na osobności. Odmawiając także na osobności, narażasz się na to, że rozmowa zostanie przez korumpującego przedstawiona zupełnie inaczej niż przez ciebie. Ty będziesz twierdził, że jednoznacznie odmówiłeś, korumpujący może twierdzić, że przyjąłeś obietnicę albo że zażądałeś więcej. Słowo przeciwko słowu – komu dadzą wiarę organy ścigania? Aby uniknąć takich sytuacji, warto odmówić przywołując świadka, najlepiej kogoś z koleżanek lub kolegów z pracy albo pracownika ochrony. Jeżeli taka propozycja padnie podczas kontaktów oficjalnych (w naszej instytucji, na targach, konferencjach lub prezentacjach), to nie powinniśmy mieć z tym problemu. A co zrobić, jeżeli z przedstawicielami wykonawców spotkaliśmy się poza oficjalnymi obowiązkami? Cóż, przywołanie wiarygodnego świadka może być trudne i to kolejny powód, aby unikać kontaktów pozasłużbowych.
- **Zabezpiecz dokumentację.** Propozycje nienależnych korzyści są składane zazwyczaj w związku z konkretnymi postępowaniami czy umowami. Warto zabezpieczyć stosowną dokumentację, aby pozwoliła organom ścigania lepiej ocenić motywy sprawcy. Jeżeli propozycja została złożona na terenie jednostki lub w innym miejscu objętym monitoringiem

PROPOZYCJA KORUPCJI



Jednoznacznie odmów,
każda inna reakcja może być użyta przeciwko tobie



Jeżeli to możliwe
w obecności świadka



Zabezpiecz dokumentację, dowody,
ale nie zabezpieczaj łapówki przez jej przyjęcie



Powiadom pisemnie
przełożonego, koordynatora ds. antykorupcji,
kierownika zamawiającego

BĄDŹ ASERTYWNY
ZAWSZE DZIAŁAJ ZGODNIE Z PRAWEM

Rysunek 7. Jak reagować na propozycje korupcyjne?

lub kontrolą dostępu – warto zwrócić się o zabezpieczenie nagrań i rejestrów wejścia / wyjścia.

- **Nie zabezpieczaj łapówki** (wręczanej bezpośrednio). Jak już wiemy, propozycja korupcyjna może mieć różne formy. Możemy usłyszeć ofertę czy obietnicę korzyści – wtedy po prostu odmawiamy. A co zrobić, jeżeli korumpujący próbuje nam taką korzyść od razu wręczyć? Z jednej strony mielibyśmy twarde dowód łapówkarstwa, ale CBA w takich sytuacjach stanowczo radzi, aby nie zabezpieczać łapówki przez jej przejęcie. Mogłoby to bowiem narażać nas na zarzut, że deklarując werbalnie odmowę, jednocześnie faktycznie taką korzyść przyjęliśmy.

Jeżeli natomiast nienależna korzyść jest przekazywana pośrednio, tak że nie mamy możliwości bezpośredniego zwrócenia jej wręczającemu (np. została przesłana kurierem, ukryta w „symbolicznym” pudełku czekoladek lub w dokumentacji przekazanej w ramach oficjalnych kontaktów, jako „zwrot kosztów szczególnego zaangażowania we wspólny projekt” albo „zapomniana” w twoim służbowym pokoju), to korzyść taką należy protokolarnie zdeponować w kasie jednostki na potrzeby organów ścigania.

- **Powiadom pisemnie i bezzwłocznie.** Kogo? To powinna określać wewnętrzna procedura. Jeżeli nie jest to jasno uregulowane, to informację o próbie korupcji należy przekazać kierownikowi zamawiającego, swojemu przełożonemu, przewodniczącemu komisji przetargowej (w fazie postępowania) i osobie koordynującej działania antykorupcyjne w jednostce. Należy to zrobić pisemnie. Najlepiej skrótowy e-mail czy SMS

wysłać niezwłocznie po zdarzeniu, a następnie, na spokojnie, szczegółowo opisać zdarzenie w notatce służbowej.

Na podstawie twojego zgłoszenia i zebranej dokumentacji twoja instytucja, działając przez osoby uprawnione do jej reprezentowania, ma obowiązek **zawiadomić organy ścigania** o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa (obowiązek prawny¹⁷). Pamiętaj jednak, że niezależnie od zgłoszenia sprawy wewnątrz urzędu także ty możesz powiadomić o sprawie bezpośrednio organy ścigania (tzw. obowiązek społeczny¹⁸).

Jeżeli próby korupcji podjął się przedstawiciel wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, to jest to przesłanką do **wykluczenia** go z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 18 Prawa zamówień publicznych.

Omawiając zasady postępowania, może rodzić się pytanie, jak powinniśmy się zachować w stosunku do korumpującego? Przepisy kodeksu postępowania karnego dopuszczają możliwość tzw. aresztu obywatelskiego¹⁹. Polega on na ujęciu przestępcy na gorącym uczynku do czasu przybycia organów ścigania, jeżeli zachodzi obawa, że przestępca się ukryje lub nie można określić jego tożsamości. Przepis ten pasuje jednak bardziej do przypadków włamania czy pobicia niż do próby przekupstwa. W tym ostatnim przypadku nie jest tak oczywiste ani popełnienie przestępstwa, ani to,

¹⁷ Art. 304 § 2 Kodeksu postępowania karnego. W przypadku obowiązku prawnego brak powiadomienia organów ścigania stanowi przestępstwo, za które odpowiadają osoby uprawnione do reprezentowania jednostki.

¹⁸ Art. 304 § 1 Kodeksu postępowania karnego. W przypadku obowiązku społecznego brak bezpośredniego powiadomienia organów ścigania nie jest karany. Należy jednak powiadomić właściwe osoby w swojej jednostce, aby nie zostać posądzonym o pomocnictwo.

¹⁹ Art. 243 Kodeksu postępowania karnego.

że sprawca zamierza się ukryć. W konsekwencji korumpujący może nas oskarżyć o bezprawne zatrzymanie. Stosowanie aresztu obywatelskiego nie jest więc w przypadku korupcji wskazane. Lepiej, gdy korumpujący opuści naszą jednostkę, a sprawę prześlemy organom ścigania.

5.2. Podejrzenia korupcji

Co robić w sytuacjach, które nie są tak oczywiste, jak bezpośrednia próba przekupstwa? Gdy obserwujemy rzeczy podejrzane, symptomy lub objawy korupcji? Gdy dochodzi do dziwnych spotkań lub rozmów z wykonawcą? Albo, gdy otrzymujemy sygnały dotyczące praktyk korupcyjnych z zewnątrz? Czyli w sytuacjach, w których pojawiają się pewne poszlaki, ale nie są na tyle udokumentowane, aby kierować wnioskiem do organów ścigania.

Jeżeli w jednostce istnieje procedura regulująca postępowanie z podejrzeniami korupcji – powinniśmy się jej trzymać.

Jeżeli takiej procedury nie ma albo jest zbyt ogólna, warto podjąć następujące kroki.

Podstawowa weryfikacja. Jeżeli usłyszeliśmy, że „żona X jest wiceprezsem spółki Z”, to można to sprawdzić w KRS-ie. Przygotowując zgłoszenie, należy zweryfikować te informacje, dla których jesteśmy w stanie to zrobić.

Dokumentacja. Jeżeli nasze podejrzenia wynikają z lektury dokumentów – załączmy ich kopie lub wskaźmy, o które dokumenty chodzi.

Sprawdź przez działanie. Jeżeli masz do czynienia z dwuznaczną komunikacją (rozdział 6) – asertywnie zareaguj i oceń wyjaśnienia i reakcję drugiej strony. Jeżeli zauważyłeś symptom korupcji (rozdział 7) – najpierw zwróć uwagę i zaproponuj podjęcie kroków usuwających zagrożenie korupcyjne. Podejrzana będzie sytuacja, w której twoje racjonalne argumenty napotkają nieracjonalny opór.

Powiadom osoby określone w procedurze wewnętrznej. Jeżeli jej nie ma – to powiadom kierownika zamawiającego, przewodniczącego komisji (na etapie postępowania) oraz koordynatora ds. antykorupcji. Jeżeli obawiasz się o retorsje ze strony osób zaangażowanych w korupcyjny proceder – powinieneś mieć możliwość zastrzeżenia swoich danych.

6. Pułapki komunikacji z wykonawcami

Składanie bezpośrednich propozycji korupcyjnych wiąże się ze sporym ryzykiem. Korumpujący popełnia przestępstwo już w momencie oferowania nienależnej korzyści lub jej obietnicy. Jeżeli propozycja zostanie odrzucona, a sprawa zostanie przekazana organom ścigania, to naraża się na wysoką karę.

Z tego powodu przygotowania do złożenia korupcyjnej oferty często zaczynają się od sprawdzenia naszej gotowości do przyjęcia korzyści lub jakiejś formy pokusy. Mogą być wykorzystywane techniki odwołujące się do zażyłości, znajomości i wcześniejszych bliskich kontaktów. Mają one na celu „skruszyć” nas lub przygotować na przychylnie przyjęcie oferty. Służą one rozpoznaniu, czy złożenie ewentualnej propozycji zostanie zaakceptowane.

Takie działania mogą dotyczyć obu stron postępowania. Mogą być stosowane także przez nieuczciwych pracowników zamawiającego badających podatność wykonawców.

Z drugiej strony wśród przedstawicieli tak zamawiających, jak i wykonawców występują osoby o różnym charakterze i różnym stylu kontaktów międzyludzkich. Przykładowo osobom ekstrawertycznym, empatycznym czy skłonny do żartów nieraz trudno zachować profesjonalny dystans do drugiej strony. Nie chciałyby rozmówcy czymś urazić albo, co gorsza, zupełnie zanudzić. Zdarza im się podzielić swoimi pomysłami i opiniami przed ich dogłębnym przemyśleniem. Mogą wtedy, bez złych intencji, wysłać drugiej stronie sygnał, który tamta opacznie zinterpretuje.

Przyjrzyjmy się przykładom trzech rozmów pomiędzy przedstawicielem zamawiającego (Z) i przedstawicielem wykonawcy (W).

Przykład 1

(W) Dowiedziałem się, że przygotowujecie zamówienie na „X”.

(Z) Tak. Wkrótce ogłoszony zostanie przetarg w tej sprawie. Informacja będzie na naszej stronie.

(W) Czy możemy liczyć na wcześniejsze informacje o oczekiwanych wymaganiach produktu i cenie, jaką gotowi jesteście zapłacić? Oczywiście, tak „po starej znajomości”. Już tyle lat współpracujemy, chcemy w pełni spełnić wasze oczekiwania.

(Z) Muszę to uzgodnić z dyrektorem.

(W) Proszę przy okazji serdecznie od nas dyrektora pozdrowić. Mój szef zawsze pamięta o kluczowych klientach. Ich zadowolenie jest podstawą sukcesu naszej firmy.

Przykład 2

(W) Chciałbym zaprosić pana na prezentację naszego produktu. Będziemy na targach w Poznaniu. I oczywiście zapraszam do naszego stanowiska. Zaprezentujemy nową wersję urządzenia, którą od nas kupujecie co roku.

(Z) Tak, bardzo chętnie. Na pewno będę na targach. Przygotowujemy się do nowego przetargu i będę chciał poznać nowe produkty kilku firm.

(W) To świetnie, tym bardziej zapraszam. Będziemy mieli na zapleczu specjalny pokój spotkań z naszymi kluczowymi partnerami. Taki VIP-room. Wie pan, tam będziemy mogli pokazać coś więcej...

(Z) *Hm... Nie wiem jak będzie u mnie z czasem. Przyjadę tylko na kilka godzin.*

(W) *Naprawdę nie będzie pan żałował. Będziemy mieli przygotowany na zapleczu skromny poczęstunek. Będzie okazja porozmawiać z prezesem. Prezes lubi takie bezpośrednie spotkania. Dla naszych klientów mamy przygotowane coś specjalnego. Ale to niespodzianka. Jeżeli jest potrzeba transportu z Warszawy, to będę jechał samochodem i mogę zabrać.*

Przykład 3

(W) *Chciałbym się dowiedzieć, czy w tym roku planujecie państwo rozpiśnięcie przetargu na dostawę sprzętu „X” w waszym urzędzie?*

(Z) *Wie Pan, coś tam planujemy, ale nie za bardzo mogę takie informacje przekazywać telefonicznie. Pewnie będziemy chcieli dodać nowe wymagania, bo technika idzie do przodu. Możecie zaproponować coś ciekawego?*

(W) *Możemy oczywiście pomóc, na przykład przesyłając państwu naszą najświeższą ofertę i katalog z pełnymi danymi technicznymi naszych produktów. Jest tam sporo nowych, ciekawych funkcji. Pewnie znajdziecie coś przydatnego dla siebie.*

(Z) *To świetnie, ale potrzebowałbym jeszcze fachowej konsultacji, żeby te wszystkie nowinki szybko ogarnąć. Wie pan, prowadzę tyle projektów, że nie mam czasu się we wszystko wgłębiać. U mnie w biurze jest taki ścisk i hałas, że nie mam nawet gdzie posadzić gościa, nie mówiąc o spokojnej rozmowie. Może spotkalibyśmy się w spokojnym miejscu po godzinach pracy? Pewnie macie jakiś fundusz*

reprezentacyjny na spotkania biznesowe, żeby nie musiał pan dokładać do kawy z własnej kieszeni?

Jak ocenimy powyższe dialogi? Cóż, prokurator zapewne nie uznałby, że na tym etapie popełniono już przestępstwo.

Ale charakter rozmów jest niepokojący, ponieważ pojawiają się sugestie odformalizowania wzajemnych kontaktów, przeniesienia ich na grunt bardziej osobisty, skrócenia dystansu oraz zapowiedzi pewnych przysług i korzyści. Grozi to przynajmniej wywołaniem konfliktu interesów, a może być wstępem do przestępstwa.

6.1. Czego unikać?

Poniższe rady dotyczą wszelkich form komunikacji – ustnej, pisemnej i elektronicznej.

Niedopuszczalne tematy

Pewnych tematów w ogóle nie powinniśmy poruszać w rozmowach z wykonawcami. Już samo ich omawianie stanowi złamanie zasad równej i uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych. Nawet jeżeli nie przyjęliśmy w związku z tym nienależnej korzyści ani jej obietnicy, to narażamy się na odpowiedzialność karną z tytułu utrudniania przetargu, nadużycia władzy czy ujawnienia informacji wbrew przepisom.

Do niedopuszczalnych tematów zaliczymy przykładowo:

- uzgadnianie z wykonawcą planowanego postępowania i konkretnych czynności zamawiającego;
- omawianie sposobów obchodzenia przepisów prawnych i wewnętrznych regulacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- uzgadnianie w sposób nieformalny z wykonawcą treści przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji (SIWZ), w tym opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału czy kryteriów oceny ofert (badanie rynku, szacowanie wartości zamówienia czy dialog konkurencyjny należy prowadzić zgodnie z formalnymi procedurami);
- informowanie wykonawcy o treści SIWZ przed jego publikacją;
- konsultowanie sposobów postępowania zamawiającego wobec innych uczestników postępowania, np. omawianie sposobów wykluczenia konkurencji;
- uzgadnianie wykorzystania specyfikacji technicznej wykonawcy w celu skopiowania jej całości lub części do opisu przedmiotu zamówienia;
- informowanie o szczegółach oferty innego wykonawcy w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przykład 4

(W) Dowiedziałem się, że znowu w tym roku przygotowujecie zamówienie na „X”.

(Z) Tak, wkrótce ogłoszony zostanie przetarg w tej sprawie, jak zawsze możecie liczyć na „specjalne” traktowanie.

(W) Z naszej strony jak zawsze możecie liczyć na wszelką pomoc. Mamy nową wersję produktu „X”, tak jak poprzednio prześlę jego opis, aby pomóc wam w napisaniu specyfikacji.

(Z) Bardzo by nam to pomogło. Mam zgodę kierownika, aby przygotować w trybie „pilnym”.

(W) W takim razie skontaktuję się wkrótce i spotkamy się w tym samym neutralnym miejscu co ostatnio.

Niedopuszczalne miejsca i kanały komunikacji

Należy stanowczo unikać nieoficjalnych form komunikacji z wykonawcami. Dotyczy to także potencjalnych i byłych wykonawców.

Przykład 5

(W) Dowiedziałem się, że przygotowujecie zamówienie na „X”.

(Z) Tak, wkrótce ogłoszony zostanie przetarg w tej sprawie. Będzie ogłoszony, a informacja będzie na naszej stronie.

(W) Czy możemy jakoś pomóc w tej sprawie? Mamy nowy produkt, w następnym tygodniu możemy zorganizować jego prezentację u nas w firmie. Oczywiście tylko dla naszego kluczowego klienta.

(Z) Nie wiem, czy będę mógł pojechać. Ale rzeczywiście byłoby to interesujące.

(W) Proszę się zastanowić. Z uwagi na odległość proponuję spotkanie z noclegiem. Wszystkim się zajmiemy. Oczywiście po prezentacji dla naszego klienta przygotowujemy wieczorną kolację. Przy stole omówimy szczegóły. Będę się kontaktował na prywatną komórkę.

Przykładowo nie należy spotykać się:

- w restauracjach, kawiarniach, pubach, klubach, na przyjęciach, w miejscach rozrywki, na imprezach sportowych itp. poza oficjalnymi uroczystościami, konferencjami czy targami, w których uczestniczymy służbowo;

- na cmentarzach, w przejściach podziemnych, klatkach schodowych, w samochodach i wszelkich innych podejrzanych lub ustronnych miejscach;
- w prywatnych mieszkaniach, domach czy na działkach przedstawicieli wykonawcy lub osób trzecich;
- w siedzibie wykonawcy, poza przypadkami, gdy udajemy się tam służbowo na polecenie przełożonego i jest to merytorycznie uzasadnione.

Ogólnie – nie należy nawiązywać relacji osobistych czy towarzyskich z wykonawcami. (Jeżeli już mamy takie relacje z racji np. wspólnej nauki, studiów czy wcześniejszych relacji zawodowych – to powinny one pozostać relacjami prywatnymi o dotychczasowej intensywności, w których nie poruszamy tematów zawodowych i oczywiście powinniśmy wyłączać się z postępowań, w których bierze udział powiązany wykonawca).

W sytuacji przypadkowego spotkania nie należy podejmować rozmowy i wyjaśnić, że do wzajemnych kontaktów służą kanały oficjalne. W sytuacji kontaktów oficjalnych najlepiej podejmować je dwuosobowo. To znacznie redukuje prawdopodobieństwo usłyszenia niestosownej propozycji.

W kontaktach z wykonawcami nie należy także korzystać z prywatnych narzędzi komunikacji. Mogłoby to sugerować, że jesteśmy otwarci na nieoficjalne propozycje.

Przykładowo:

- nie należy podawać wykonawcom swojego prywatnego numeru telefonu, należy korzystać jedynie z telefonów służbowych (jeżeli kontakt telefoniczny jest dopuszczalny przez procedury);

- nie należy podawać ani korzystać z e-maili prywatnych (nawet pod pretekstem, że usprawnia to komunikację, ponieważ nie mamy służbowego smartfonu), należy korzystać jedynie z e-maili służbowych;
- nie należy komunikować się z przedstawicielami wykonawców przez prywatne komunikatory czy konta w sieciach społecznościowych.

W sytuacji, w której przedstawiciel wykonawcy zdobyłby nasze prywatne dane kontaktowe i spróbował nawiązać rozmowę takim kanałem, należy traktować to jako sytuację podejrzaną i zgłosić zgodnie z zasadami (patrz rozdział 5.2).

Niedopuszczalny żargon

Gdy sprawca bada naszą podatność na korupcyjne propozycje nie zapyta nas raczej wprost, czy jesteśmy skłonni przyjąć łapówkę. Moglibyśmy się wtedy wystraszyć, a dla osób postronnych lub organów ścigania sprawa byłaby zbyt oczywista. Dlatego w prowadzonych rozmowach przestępczy proceder jest „owijany w bawełnę”, w nadziei, że nas nie wystraszy i że będzie niezrozumiały dla innych potencjalnych słuchaczy.

Należy zwrócić szczególną uwagę na przypadki, gdy w konwersacji zaczynają pojawiać się słowa klucze z korupcyjnego żargonu. Poniżej kilka przykładów.

- „Gratyfikacja” – „jaką otrzymam dodatkową gratyfikację?”.
- „Korzyść” – „czy będę miał z tego jakąś korzyść?”.
- „Specjalne traktowanie” – „jesteście, jako wykonawca, przez nas specjalnie traktowani”.

- „VIP partner” – „od wielu lat jesteście dla nas partnerem VIP, zawsze możecie liczyć na szczególne względy”.
- „Układ”, „deal”, „umowa” – „od wielu lat mamy ze sobą deal (układ), na oferowane usługi”.
- „Wyłącznieść na zamówienie” – „możecie liczyć na wyłącznieść na zamówienie, wszystkim się zajmiemy”.
- „Załatwić” – „jak to można załatwić”, „to da się załatwić”, „wszystko da się załatwić”.
- „Sponsoring” – „możemy to zasponsorować”.
- „Dogadać się” – „dogadajmy się, wszyscy będą wygrani”.
- „Docenić”, „przychylność” – „liczymy na przychylność, potrafimy to docenić”.
- „Nieoficjalnie”, „nieformalnie”, „poza protokołem” – „możemy porozmawiać nieoficjalnie / poza protokołem”, „czy musimy być takimi formalistami?”.

Gdy rozmówca zaczyna używać podobnego slangu w żadnym wypadku nie kontynuujemy dialogu w tym stylu. Konieczne jest przerwanie tego wątku konwersacji i zwrócenie uwagi, że taki styl rozmowy jest niedopuszczalny.

Warto dodać, że organy ścigania doskonale się orientują w tego typu sposobach ukrywania swoich intencji i taki styl wręcz zwraca ich uwagę. Akceptując korupcyjny żargon, nawet bez żadnych złych intencji, narażamy się na ich szczególne zainteresowanie.

Podejrzane pytania i żarty

Głównym motywem korupcji w zamówieniach publicznych są potrzeby materialne. Mogą one wynikać z chciwości czy rozrzutnego stylu życia, ale

czasami też z niespodziewanych sytuacji życiowych lub przekonania o nieadekwatności wynagrodzenia. Wewnętrzną barierą przed korupcją są wartości, które wyznajemy. Nieuczciwy wykonawca może badać jedno i drugie.

Przykład 6

(W) O, widzę na komputerze zdjęcie trójki dzieci. Świetnie wyglądają. Ja też mam trójkę. Wychowanie takiej gromadki kosztuje teraz majątek, prawda?

(Z) No rzeczywiście. Koszty są spore.

(W) A jak tam u was z zarobkami? Drgnęły trochę? Jak rozmawiałem rok temu, to mi mówiono, że zarabiacie jedną trzecią tego, co na podobnych stanowiskach w mojej firmie.

(Z) Drgnęło? A skądże, już od 5 lat nie mieliśmy żadnych podwyżek. Niektórzy pracują za płacę minimalną.

(W) To rzeczywiście skandal. Odpowiadacie za miliony, a pracujecie za grosze. Gdyby potrzebował pan jakiegoś wsparcia w nagłej potrzebie – proszę dać znać. Możemy podżyrować jakąś pożyczkę czy coś w tym rodzaju. Oczywiście wszystko stuprocentowo legalnie.

(W) Przy okazji dziękuję za życzliwe podejście do nas. Bez pana zginęlibyśmy w tych wszystkich przepisach.

(Z) Ach, jakbyśmy się trzymali detalicznie tej całej bzdurnej biurokracji, to nie moglibyśmy żadnego przetargu zakończyć. Przepisy przepisami, a życie musi iść do przodu.

Należy zwrócić szczególną uwagę na próby skracania dystansu, pytania o rodzinę, sprawy prywatne, status materialny, zarobki, kredyty czy potrzeby

finansowe. Nie są to sprawy w jakikolwiek sposób potrzebne wykonawcy do przygotowania oferty czy realizacji zamówienia publicznego.

W relacjach z wykonawcami należy bezwzględnie unikać narzekania na:

- niski poziom swoich zarobków, niski poziom zarobków w jednostce,
- wysokie koszty życia, wysokie raty kredytów, niespodziewane wydatki,
- różnice w zarobkach między sektorem publicznym a prywatnym.

Będzie to sugerować, że możemy być otwarci na ich propozycje dotyczące poprawienia naszej sytuacji materialnej.

Przykład 7

(W) Dzień dobry, przyszedłem panią skorumpować (śmiech)! Mam dla pani cukierki.

(Z) Nie wiem, czy was stać, żeby mnie skorumpować. Ja niżej dobrego samochodu albo wycieczki na Hawaje nie biorę (śmiech). Ale cukiereczki pycha! W czym mogę pomóc?

(W) Mam tu brakujący dokument. Przy okazji dziękuję za życzliwe podejście do nas. Bez pani zginęlibyśmy w tych wszystkich formalnościach.

(Z) Ach, jakbyśmy się trzymali detalicznie tej całej bzdurnej biurokracji to nie moglibyśmy żadnego przetargu zakończyć. Przepisy przepisami, a życie musi iść do przodu.

(W) A co do wycieczek, to znam biuro podróży, gdzie można uzyskać super rabaty, mogę panią polecić.

W relacjach z wykonawcami należy także bezwzględnie wystrzegać się:

- sugerowania czy udawania korupcji w formie żartów, opowiadania dowcipów, że każdego (a więc i nas) można skorumpować za odpowiednią cenę, czy wyśmiewania postaw etycznych – będzie to sugerować, że nie mamy moralnych oporów, aby przyjmować nienależne korzyści, choć może boimy się kary;
- dyskredytowania obowiązujących przepisów i procedur – będzie to sugerować, że możemy się zgodzić na ich omijanie.

A skoro powstrzymuje nas jedynie groźba wykrycia i kary, to nieuczciwy wykonawca może poczuć się zachęcony, aby zaproponować nam odpowiednio dyskretne przekazanie nienależnej korzyści.

Komunikacja niewerbalna i elektroniczna

W trakcie spotkań bezpośrednich istotna jest także komunikacja niewerbalna. Nie tylko treść rozmowy, ale również gesty i mimika mogą wskazywać na próbę „sprawdzenia”, czy druga strona gotowa jest zachować się w sposób oczekiwany.

W wypadku komunikacji elektronicznej pamiętajmy, że w e-mailach lub SMS-ach często pozwalamy sobie na pewne skróty myślowe, a sposób prowadzenia takiej komunikacji (nie bezpośrednio i z opóźnieniem jej odczytania) może rodzić problemy z nadinterpretacją treści.

Być może w mailu nawet łatwiej można zasugerować „ewentualne inne rozwiązanie”. Takie sformułowania mogą być przynętą, sprawdzającą jak zachowa się druga strona. Jeżeli druga strona podejmie dialog, to może

to zachęcać do składania dalszych propozycji niezgodnych z prawem. Nawet w sytuacji, gdy początkowy skrót myślowy nie miał takiego celu.

W korespondencji elektronicznej trzeba szczególnie zwracać uwagę na styl oraz na nieużywanie wyrażen sugerujących, które mogą „prowokować” drugą stronę do nielegalnych działań.

6.2. Zasady prawidłowej komunikacji

Gdy czytamy podane wyżej przykłady dialogów, widzimy jasno, że we wszystkich przypadkach brakowało odpowiedniej reakcji jednego rozmówcy na niepokojące wypowiedzi drugiego. Zamiast przeciąć wątek rozmowy lub poprosić o wyjaśnienia, pozwalano rozmówcy swobodnie rozwijać jego myśli, a nawet mu w tym pomagać.

Zapomniano o ważnej zasadzie.

W kontaktach z wykonawcami pracowników zamawiającego obowiązuje postawa asertywna.

Asertywność oznacza stanowczą obronę interesów zamawiającego i podatnika, a także własnego bezpieczeństwa prawnego oraz umiejętność wyrażenia tego we wzajemnych relacjach w sposób uprzejmy i spokojny. Oznacza także umiejętność rzeczowego przekazania drugiej stronie, jakie zachowania są, a jakie nie są akceptowalne. W skrócie: zdolność zdecydowanego i kulturalnego powiedzenia „nie”.

Oto kilka przykładów asertywnej reakcji na pytania i treści sugerujące nielegalne zachowania:

- „Proszę o powtórzenie pytania (propozycji), nie wiem czy dobrze zrozumiałem, że...”.
- „Czy właściwie zrozumiałem pańską/pani wypowiedź (pytanie)”?
- „Proszę o przestanie tego pytania / sugestii / informacji na piśmie, e-mailem”.
- „Takie postępowanie byłoby niezgodne z przepisami i nie mogę tego zaakceptować”.
- „Ta propozycja wywołałaby konflikt interesów / jest sprzeczna z naszym kodeksem etycznym / naruszałaby zasady uczciwej konkurencji i nie mogę jej przyjąć. Proszę podobnych propozycji więcej nie składać”.
- „Muszę o tej propozycji poinformować przełożonego”.
- „Proszę nie rozwijać tego tematu, nie ma on związku z postępowaniem”.
„Moja sytuacja finansowa / moje sprawy osobiste nie mają żadnego związku z postępowaniem / realizacją umowy. Proszę o takie sprawy więcej nie pytać”.
- „Proszę nie składać takich propozycji / sugestii nawet w żartach”.
- „Przepisy i procedury są po to, aby ich przestrzegać”.
- „Pańskie sugestie idą w niepokojącym kierunku. Proszę tego dalej nie rozwijać. Ja działam zgodnie z przepisami”.

Aby nie wpaść w komunikacyjne pułapki, warto pamiętać o przestrzeganiu poniższych zasad.

Droga oficjalna

Komunikację z wykonawcami powinniśmy prowadzić jedynie drogą oficjalną, czyli służbowymi środkami komunikacji, przez osoby do tego upoważnione (np. w specyfikacji czy umowie) oraz w ramach obowiązków służbowych.

Należy używać służbowego e-maila, służbowych telefonów czy innych służbowych systemów teleinformatycznych. Nie powinniśmy korzystać z prywatnych telefonów, e-maili czy komunikatorów.

Także kontakty bezpośrednie powinniśmy podejmować jedynie w ramach czynności służbowych i posiadanego zakresu uprawnień. Musimy unikać takiej formy kontaktów, która stwarzałaby wrażenie, że chcemy coś ukryć. O przypadkowych kontaktach z wykonawcą (np. na konferencjach czy na gruncie prywatnym) powinniśmy powiadomić naszego przełożonego.

W przypadku próby nawiązania kontaktu na drodze nieoficjalnej albo gdy nie mamy stosownych uprawnień do prowadzenia rozmowy powinniśmy zawsze odsyłać naszego rozmówcę do oficjalnego kanału komunikacji z osobami uprawnionymi.

Legalizm

Podejmowane działania oraz treść rozmów powinny mieścić się w ramach obowiązujących przepisów i wewnętrznych regulacji jednostki. W treści rozmów nie mogą pojawiać się sugestie, propozycje ani rady jak omijać prawo lub procedury. Nie można także się zgadzać na naciągane interpretacje przepisów, sprzeczne z orzecznictwem sądów, Krajowej Izby Odwoławczej

lub opiniami Urzędu Zamówień Publicznych. Nie narzekajmy wobec wykonawców na przepisy i procedury, ale je realizujemy.

Właściwa lokalizacja

Co do zasady bezpośrednio spotkania czy negocjacje z wykonawcami powinny odbywać się na terenie naszej jednostki organizacyjnej. W uzasadnionych przypadkach, za wiedzą i zgodą przełożonego, możemy spotkać się z przedstawicielami wykonawców w ich oficjalnych siedzibach, zakładach, na targach czy na oficjalnych uroczystościach.

Musimy bezwzględnie unikać spotykania się w miejscach ustronnych, restauracjach czy miejscach rozrywki, w prywatnych mieszkaniach, domach czy na działkach (naszych, przedstawicieli wykonawców lub osób trzecich). Pojawią się pytania, czy chcieliśmy coś ukryć i kto za to zapłacił?

Wiedza i akceptacja przełożonych

Nasza komunikacja i kontakty z wykonawcami powinny być przejrzyste dla naszych przełożonych. Na etapie postępowania – także dla przewodniczącego komisji przetargowej.

Wszelkie niestandardowe formy komunikacji powinniśmy z nimi uprzednio uzgodnić, a o próbach kontaktów nieoficjalnych informować.

Zasada wielu par oczu

Kontakty bezpośrednio z wykonawcami powinniśmy podejmować przynajmniej w dwie osoby. Znacznie redukuje to prawdopodobieństwo

otrzymania niestosownych propozycji oraz wzmacnia naszą pozycję dowodową w przypadku prawnych komplikacji.

Dokumentowanie kontaktów

Kontakty z wykonawcami powinny być udokumentowane. W wypadku korespondencji papierowej lub elektronicznej nie możemy jej niszczyć lub kasować. W wypadku rozmów bezpośrednich należy dokumentować je protokołem, notatką służbową lub informacją dla przełożonego.

Tematy w zakresie kompetencji

Rozmowy i wymiana korespondencji z wykonawcami powinna dotyczyć tematów, które pozostają w naszych kompetencjach służbowych. Jeżeli jakiś temat wykracza poza nie – odeślijmy rozmówcę do osoby, w której kompetencjach dana sprawa się mieści. Treść prowadzonej rozmowy czy korespondencji powinna być zwięzła i zgodna z prawdą.

Nie powinniśmy wchodzić w konwersacje nakierowane na tematy prywatne czy pozasłużbowe. Mogą one służyć skróceniu dystansu i wybadania naszej podatności na pozaprawne propozycje.

W wypadku pojawienia się treści czy sugestii działań pozaprawnych lub nieetycznych powinniśmy asertywnie zareagować.

Właściwe relacje

Dodatkową zasadą, przyświecającą działaniom kierownika i pracownika zamawiającego, powinno być przestrzeganie niemieszania relacji

towarzyskich ze służbowymi. Pozwala to unikać rzeczywistego i potencjalnego konfliktu interesów.

Intensywne relacje służbowe z wykonawcami, przykładowo na etapie negocjacji czy realizacji umowy, mają naturalną tendencję do przekształcania się w relacje osobiste. I my, i wykonawcy mamy oczywiście prawo budować dobre relacje z drugą stroną. Dobre relacje osobiste nie mogą jednak wykraczać poza relacje służbowe i przekształcać się w relacje towarzyskie. Prowadziłoby to do konfliktu interesów i ułatwiało wciąganie nas w relacje korupcyjne.

Do wykonawców i ich przedstawicieli powinniśmy zachowywać profesjonalny dystans.

PRAWIDŁOWA KOMUNIKACJA z wykonawcami



Rysunek 8. Zasady prawidłowej komunikacji z wykonawcami.

7. Symptomy korupcji i jak na nie reagować?

Będąc pracownikami lub kierownikami zamawiającego, nie mamy zazwyczaj dostępu do informacji organów ścigania lub wyspecjalizowanych służb, dotyczących podejrzeń korupcji w naszej jednostce. Jedynie niektóre instytucje państwowe są objęte osłoną antykorupcyjną służb specjalnych i mogą otrzymywać wyprzedzająco informacje o takich zagrożeniach.

Zazwyczaj nie mamy też uprawnień dochodzeniowo-śledczych czy operacyjno-rozpoznawczych. Prerogatywy takie posiada policja, prokuratura i kilka wyspecjalizowanych służb. Jeżeli nie jesteśmy jedną z nich, to w celu wykrywania korupcji na własnym podwórku nie możemy stosować takich instrumentów, jak podsłuchy, kontrolowane wręczenie łapówki czy odbieranie zeznań pod rygorem odpowiedzialności karnej. Możemy stosować „tylko” standardowe instrumenty kontroli zarządczej, nadzoru, monitoringu czy kontroli wewnętrznej.

Czy to oznacza, że jesteśmy z góry na straconej pozycji, a przypadki korupcji w naszym otoczeniu muszą nas zaskakiwać, grożąc przy okazji uwikłaniem nas w nieprzyjemne sprawy?

Niekoniecznie. Pomocą w zorientowaniu się, że coś może „nie grać”, są symptomy towarzyszące zazwyczaj zjawiskom korupcyjnym, zwane także „czerwonymi flagami”. Ich występowanie nie jest dowodem na korupcję, może być przejawem „zwykłej” niekompetencji. Jest jednak sygnałem, że może dziać się coś niepokojącego i że warto to sprawdzić. Jeżeli okaże się, że to po prostu niekompetencja, to tym bardziej należy naprawić błędy.

7.1. Etap przygotowania postępowania

Specyfikacja postępowania powinna być oparta na dobrze rozeznaczonych potrzebach zamawiającego, być na tyle precyzyjna, aby nie dopuszczać do uznaniowych interpretacji i zapewniać konkurencyjność postępowania. Jej przygotowanie powinno być prowadzone na zasadach nienaruszających reguł uczciwej konkurencji. Pamiętajmy, że nader często do praktyk korupcyjnych („ustawienia postępowania”) dochodzi właśnie na etapie jego przygotowania.

Naszą uwagę powinny zwrócić m.in. poniższe objawy.

Symptom	Potencjalne negatywne skutki	Właściwa reakcja
Przedmiot zamówienia określony zbyt precyzyjnie, zwłaszcza w części technicznej.	Faworyzowanie określonego wykonawcy, ograniczenie konkurencji.	Sprawdzenie, czy wszystkie szczegółowe wymagania wynikają z potrzeb zamawiającego*.
Przedmiot zamówienia określony mało precyzyjnie, zwłaszcza w zakresie usług.	Dowolność interpretacji przez przedstawicieli zamawiającego umożliwia korzystne interpretowanie za korzyści.	Doprecyzowanie przedmiotu zamówienia.

* Tu i dalej: jeżeli nie wskazano, kto ma podjąć określone czynności, to powinny je podjąć osoby kompetentne z mocy przepisów lub upoważnienia w danej sprawie.

Symptom	Potencjalne negatywne skutki	Właściwa reakcja
<p>Niejednoznaczne, niezrozumiałe lub wprowadzające w błąd określenie kryteriów oceny ofert: zwłaszcza niejasności w określeniu punktacji kryteriów pozacenowych, czasami także w określeniu ceny ofertowej.</p>	<p>Dowolność interpretacji w interesie powiązanego wykonawcy.</p>	<p>Doprecyzowanie kryteriów oceny ofert i sposobu ich punktacji.</p>
<p>Niejednoznaczne kryteria selekcji wykonawców w przetargu ograniczonym.</p>	<p>Dowolność interpretacji w interesie powiązanego wykonawcy.</p>	<p>Doprecyzowanie kryteriów selekcji.</p>
<p>Inne nieprecyzyjne postanowienia ogłoszenia lub specyfikacji umożliwiające dowolność interpretacji.</p>	<p>Dowolność interpretacji w interesie powiązanego wykonawcy.</p>	<p>Doprecyzowanie dokumentacji postępowania.</p>
<p>Nieracjonalne kryteria pozacenowe (pozakoszto- we) lub ich nieracjonalnie duża waga.</p>	<p>Wybór droższej oferty na podstawie kryteriów mało istotnych dla zamawiającego, a dających przewagę konkurencyjną powiązanemu wykonawcy.</p>	<p>Weryfikacja kryteriów pozacenowych pod kątem na ile są istotne dla zamawiającego, jaki mają wpływ na konkurencyjność oraz przyznanie im wagi uzasadnionej ekonomicznie.</p>

Symptom	Potencjalne negatywne skutki	Właściwa reakcja
Pominięcie kryterium kosztu lub innych kryteriów pozacenowych, gdy ich zastosowanie jest uzasadnione ekonomicznie.	Stworzenie preferencji dla powiązanego wykonawcy, który miałby problemy z punktacją kryteriów pozacenowych. Otrzymanie produktu niskiej jakości, o wysokich kosztach eksploatacji, o krótkiej gwarancji itp.	Weryfikacja, czy zachodzą przesłanki ustawowe oraz uzasadnienie ekonomiczne dla zastosowania jedynie kryterium ceny.
Duży margines dowolności w określeniu ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy (zamówienia, w których nie zastosowano ceny ryczałtowej), może być powiązany z nieprecyzyjnym określeniem przedmiotu zamówienia.	Niegospodarne zwiększanie wynagrodzenia wykonawcy w zamian za korzyści. Wymuszanie korzyści na wykonawcy w zamian za uznanie uzasadnionego wynagrodzenia.	Doprecyzowanie zasad wynagrodzenia, określenie maksymalnego wynagrodzenia.
Warunki udziału w postępowaniu są zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia, przykładowo w zakresie aktywów, obrotu, zdolności technicznych, doświadczenia, personelu.	Ograniczenie konkurencji, określenie warunków udziału pod konkretnego wykonawcę.	Weryfikacja wymagań podmiotowych, czy są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jaki mają wpływ na konkurencyjność.

Symptom	Potencjalne negatywne skutki	Właściwa reakcja
Warunki udziału w postępowaniu określone na zbyt niskim poziomie.	Określenie wymagań pod powiązanego wykonawcę. Dopuszczenie wykonawców, którzy nie będą w stanie wykonać rzetelnie zamówienia.	Weryfikacja wymagań podmiotowych, czy są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zapewniają eliminowanie niewiarygodnych wykonawców.
Przedmiot zamówienia (całkowicie lub częściowo) niezgodny z racjonalnymi potrzebami zamawiającego, zawyżanie ilości, zawyżanie lub zaniżanie parametrów jakościowych.	Niegospodarność, wzrost wartości zamówienia, zamawianie towarów zalegających u wykonawcy, zwiększanie wartości zamówienia w celu uzyskania większej nienależnej korzyści.	Weryfikacja przedmiotu zamówienia w kontekście racjonalnych potrzeb zamawiającego.
Nieuzasadnione skracanie terminów postępowania.	Ograniczanie konkurencji w sytuacji, w której powiązany wykonawca jest już przygotowany na złożenie oferty.	Jako reguła – stosowanie przynajmniej podstawowych terminów ustawowych, weryfikacja, czy skrócenie jest zgodne z przepisami, czy racjonalnie uzasadnione i jaki ma wpływ na ograniczenie konkurencji.

Symptom	Potencjalne negatywne skutki	Właściwa reakcja
Długotrwałe przygotowywanie postępowań i ogłaszanie ich pod koniec roku budżetowego.	Presja na wydanie środków publicznych „aby nie przepadły” skutkująca naginaniem przepisów, w szczególności dotyczących trybów i terminów. Napięte terminy wykonania, co ogranicza konkurencję i faworyzuje powiązanego wykonawcę.	Wczesne przygotowywanie postępowań, nawet w poprzednim roku budżetowym, ogłaszanie postępowań na początku roku. Odstępowanie od ogłoszenia, jeżeli terminy wykonania stają się zbyt napięte. Rzetelna publikacja planów zamówień publicznych.
Zwleknięcie z ogłoszeniem kolejnego postępowania na zamówienia cykliczne do czasu, gdy upływa poprzednia umowa.	Presja na skracanie terminów, ograniczenie konkurencji w interesie dotychczasowego lub powiązanego wykonawcy.	Rzetelne planowanie zamówień, ogłaszanie postępowań z odpowiednim wyprzedzeniem.
Wywieranie presji na zastosowanie trybów niekonkurencyjnych.	Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w interesie powiązanego wykonawcy.	Weryfikacja, czy zachodzą przesłanki określone w PZP oraz czy stoi za tym interes zamawiającego.
Wywieranie presji, wyrażanie wobec osób kompetentnych oczekiwań lub opinii odnośnie wybrania lub niewybrania określonego wykonawcy lub produktu.	Działanie na rzecz powiązanego wykonawcy lub wywieranie presji korupcyjnej na źle ocenianych wykonawców.	Zgłoszenie kierownikowi zamawiającego. Żądanie złożenia deklaracji bezstronności w trybie art. 17 ust 2 lub 2a PZP. Podjęcie działań w celu zakończenia wywierania presji lub wpływu.

Symptom	Potencjalne negatywne skutki	Właściwa reakcja
Nieuzasadnione długie terminy płatności wynagrodzenia wykonawcy.	Eliminacja wykonawców niemogących kredytować zamawiającego, w interesie powiązanego wykonawcy.	Weryfikacja, na ile długie terminy płatności są uzasadnione sytuacją zamawiającego.
Dzielenie zamówień w celu uniknięcia stosowania określonych przepisów PZP lub wyłączenia stosowania PZP.	Ograniczanie konkurencji w interesie preferowanego wykonawcy.	Weryfikacja zgodności z ustawą.
Nieracjonalne łączenie zamówień różnego typu lub przedmiotu w jedno, gdy korzystniejsze oferty można uzyskać, zamawiając je osobno*.	Ograniczanie konkurencji w interesie preferowanego wykonawcy. Wyższe koszty zakupu.	Analiza racjonalności łączenia zamówień i jej wpływu na konkurencję.
Niepublikowanie planu zamówień publicznych, brak lub późne aktualizacje, zamieszczanie niepełnych lub niezetelnych informacji.	Utrudnianie przygotowania oferty wykonawcom, którzy nie są w specjalnych relacjach z pracownikami zamawiającego.	Opublikowanie i bieżąca aktualizacja planów.

* Przykładowo, łączenie w jedno zamówienie, bez możliwości składania ofert częściowych, zakupu samochodów osobowych i autobusów, sprzętu komputerowego i niepudełkowego oprogramowania, usług składu i druku może być nieracjonalne, ponieważ faworyzuje wykonawców obu części zamówienia, a znacznie korzystniejsze oferty można otrzymać od wykonawców specjalizujących się w określonej części zamówienia.

Symptom	Potencjalne negatywne skutki	Właściwa reakcja
Przejawy konfliktu interesów*.	Działanie w interesie określonego wykonawcy, zamiast w interesie zamawiającego.	Żądanie złożenia deklaracji bezstronności w trybie art. 17 ust 2 lub 2a PZP. Odsunięcie od postępowania przez kierownika zamawiającego. Powtórzenie określonych czynności przygotowawczych.
Przejawy zmywy przetargowej.	Mogą jej towarzyszyć działania korupcyjne.	Patrz rozdział 8.
Naruszenie innych przepisów Prawa zamówień publicznych, innych ustaw i regulacji wewnętrznych. Stosowanie wątpliwych interpretacji przepisów.	Naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez jej ograniczanie lub faworyzowanie pewnych wykonawców w zamian za korzyści. Wyrządzenie szkody zamawiającemu.	Weryfikacja specyfikacji pod względem prawnym. Przywrócenie stanu zgodnego z prawem w innych czynnościach lub ich powtórzenie.
<i>Miejsce na własne obserwacje</i>		

Lista symptomów korupcji nigdy nie będzie kompletna. Warto ją systematycznie uzupełniać o obserwacje z własnego doświadczenia, z doświadczenia jednostek podobnego typu oraz o objawy charakterystyczne dla określonych typów zamówień.

* Szczegółowo opisane w „Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik”, UZP, Warszawa, 2017 r.

7.2. Etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Warto zwrócić uwagę na m.in. poniższe objawy.

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Manipulacje związane z udzielaniem wyjaśnień wykonawcom, udzielanie zdawkowych wyjaśnień lub nie odnoszących się do pytania.	Powiązania wykonawcy z określonymi pracownikami zamawiającego.	Żądanie złożenia deklaracji bezstronności w trybie art. 17 ust 2 lub 2a PZP. Odsunięcie od postępowania przez kierownika zamawiającego. Powtórzenie określonych czynności w postępowaniu.
Nieracjonalny opór przed poprawieniem błędów i nieprawidłowości w specyfikacji wskazanych przez wykonawców.	Powiązania wykonawcy z określonymi pracownikami zamawiającego.	Poprawienie specyfikacji. Żądanie złożenia deklaracji bezstronności w trybie art. 17 ust 2 lub 2a PZP. Odsunięcie od postępowania przez kierownika zamawiającego.
Manipulacje dotyczące terminowości złożenia ofert, przesuwania tego terminu oraz związane z otwarciem ofert.	Dopuszczenie oferty złożonej po terminie, wydłużenie terminu w interesie powiązanego wykonawcy, dokonanie fałszerstwa lub umożliwienie sfalszowania ofert.	Niedopuszczenie do manipulacji. Zgłoszenie do kierownika zamawiającego i koordynatora ds. antykorupcji. Powtórzenie czynności.

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Wykonawca, jego pracownicy lub podwykonawcy spełniają dokładnie warunki udziału w postępowaniu określone w specyfikacji.	Wpływ wykonawcy na przygotowanie specyfikacji, powiązania z osobami przygotowującymi postępowanie.	Zgłoszenie wewnętrzne i sprawdzenie okoliczności. Możliwość wyłączenia pracownika, wykluczenia wykonawcy, zgłoszenie do organów ścigania.
Cena oferty odpowiada (prawie) dokładnie kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (w sytuacji, w której zamawiający jej nie ogłaszał).	Powiązania wykonawcy z pracownikami zamawiającego znającymi kwotę.	Żądanie złożenia deklaracji bezstronności w trybie art. 17 ust 2 lub 2a PZP. Odsunięcie od postępowania przez kierownika zamawiającego.
Jedna oferta lub mała liczba ofert w porównaniu z liczbą zainteresowanych wykonawców, którzy pobrali specyfikacje lub składali zapytania.	Może świadczyć o zmowie lub o ustawieniu przetargu na etapie przygotowania.	Przeprowadzenie analizy dokumentacji i dotychczasowych czynności pod tym kątem.
Pobieżna, nierzetelna analiza spełnienia warunków udziału w postępowaniu wybranych wykonawców, dopuszczalności wybranych ofert, zróżnicowanie szczegółowości sprawdzania między wykonawcami i ofertami.	Powiązania z wybranymi wykonawcami.	Przedstawienie wniosku o zmianę trybu pracy. Jeżeli tryb pracy się nie zmieni – poinformowanie kierownika zamawiającego i koordynatora ds. antykorupcji, zamieszczenie uwag w protokole.

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Zdominowanie lub próby zdominowania prac komisji przez jej członka / niektórych członków przez sprowadzenie pozostałych członków komisji do roli biernych uczestników, akceptujących bez uwag i bez refleksji ich decyzje.	Zapewnienie przebiegu prac komisji zgodnie z interesami powiązanych wykonawców. Obarczenie współodpowiedzialnością biernych członków komisji.	Niedopuszczenie do ograniczenia swoich praw i zakresu obowiązków członka komisji. Poinformowanie kierownika zamawiającego i koordynatora ds. antykorupcji, zamieszczenie uwag w protokole.
Wywieranie presji lub wyrażanie wobec członków komisji oczekiwań lub opinii odnośnie wybrania lub niewybrania określonego wykonawcy lub produktu przez innych członków lub osoby spoza komisji.	Działanie na rzecz powiązanego wykonawcy lub wywieranie presji korupcyjnej na źle ocenianych wykonawców.	Zgłoszenie kierownikowi zamawiającego i koordynatorowi ds. antykorupcji. Zamieszczenie uwag w protokole.
Presja na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia powyżej cen rynkowych, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa tę kwotę.	Powiązania z wykonawcą.	Porównanie kosztów nieudzielenia zamówienia i ponowienia postępowania z kosztami zakupów powyżej ceny rynkowej.
Przedmiot zamówienia w umowie różni się od przedmiotu zamówienia w specyfikacji.	Powiązania osób przygotowujących umowę z wykonawcą.	Zapewnienie zgodności. Po podpisaniu – częściowe unieważnienie (art. 140 ust. 3 PZP).

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Umowa niezabezpieczająca interesów zamawiającego, np. zbyt niskie kary umowne, brak przeniesienia praw wyłącznych, pobeżna procedura odbioru.	Powiązania osób przygotowujących umowę z wykonawcą.	Poprawienie projektu umowy.
Zawarta umowa nie jest zabezpieczona przed fałszowaniem czy przerabianiem*.	Możliwość podmiany lub przerobienia części lub całości dokumentu w interesie powiązanego wykonawcy.	Zabezpieczenie umowy: numeracja stron, parafy obu stron, porównanie obu egzemplarzy, sprawdzenie ważności podpisu elektronicznego.
Przejawy konfliktu interesów**.	Działanie w interesie określonego wykonawcy, zamiast w interesie zamawiającego.	Żądanie złożenia deklaracji bezstronności w trybie art. 17 ust. 2 lub 2a PZP. Odsunięcie od postępowania przez kierownika zamawiającego. Powtórzenie określonych czynności w postępowaniu.
Przejawy zmywy przetargowej (patrz rozdział 8).	Mogą jej towarzyszyć działania korupcyjne.	Patrz rozdział 8.

* Przykładowo, dla umowy papierowej: brak paraf zamawiającego i wykonawcy na każdej stronie umowy; dla umowy elektronicznej: niesprawdzenie ważności podpisu cyfrowego; w obu wypadkach: niesprawdzenie, czy egzemplarz umowy dla zamawiającego i dla wykonawcy są tożsame.

** Szczegółowo opisane w „Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik”, UZP, Warszawa, 2017 r.

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Naruszenie innych przepisów Prawa zamówień publicznych, innych ustaw i regulacji wewnętrznych. Stosowanie wątpliwych interpretacji przepisów.	Naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez jej ograniczanie lub faworyzowanie pewnych wykonawców w zamian za korzyści. Wyrządzenie szkody zamawiającemu.	Przywrócenie stanu zgodnego z prawem lub powtórzenie czynności. Zgłoszenie kierownikowi zamawiającego i koordynatorowi ds. antykorupcji, zamieszczenie uwag w protokole.
<i>Miejsce na własne obserwacje</i>		

I w tym wypadku lista symptomów korupcji nigdy nie będzie kompletna i warto ją samodzielnie uzupełniać.

7.3. Etap realizacji umowy

Warto zwrócić uwagę na m.in. poniższe objawy.

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Nienaliczanie kar umownych.	Powiązania wykonawcy z pracownikami zamawiającego. Straty dla zamawiającego.	Naliczenie kar. Jeśli doszło do straty, skierowanie wniosku ws. dyscypliny finansów publicznych, dyscyplinarnych, karnych.
Aneksowanie umów niezgodnie z zasadami określonymi w PZP lub przy nierzetelnym sprawdzeniu warunków określonych w PZP.	Jw.	Unieważnienie zmienionych postanowień (art. 144 ust. 2 PZP). W wypadku wystąpienia szkody – wnioski dyscyplinarne lub karne.

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Brak nadzoru nad realizacją umowy grożący szkodą dla zamawiającego.	Jw.	Zgłoszenie kierownikowi zamawiającego i koordynatorowi ds. antykorupcji. Wdrożenie odpowiedniego nadzoru. W wypadku wystąpienia szkody – wnioski dyscyplinarne lub karne.
Nierzetelny odbiór przedmiotu zamówienia.	Jw.	Zgłoszenie kierownikowi zamawiającego i koordynatorowi ds. antykorupcji. Jeśli możliwe – weryfikacja odbioru. W wypadku wystąpienia szkody – wnioski dyscyplinarne lub karne.
Przejawy konfliktu interesów*.	Działanie w interesie określonego wykonawcy, zamiast w interesie zamawiającego.	Żądanie złożenia deklaracji bezstronności w trybie art. 17 ust 2 lub 2a PZP. Odsunięcie od postępowania przez kierownika zamawiającego. Powtórzenie określonych czynności w postępowaniu.
Przejawy zмовы przetargowej (patrz rozdział 8).	Mogą jej towarzyszyć działania korupcyjne.	Patrz rozdział 8.

* Szczegółowo opisane w „Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik”, UZP, Warszawa, 2017 r.

Symptom	Możliwa przyczyna	Właściwa reakcja
Naruszenie innych przepisów Prawa zamówień publicznych, innych ustaw i regulacji wewnętrznych oraz postanowień umowy. Stosowanie wątpliwych interpretacji przepisów oraz zapisów umowy.	Wyrządzenie szkody zamawiającemu w interesie wykonawcy.	Przywrócenie stanu zgodnego z prawem lub umową. Zgłoszenie kierownikowi zamawiającego i koordynatorowi ds. antykorupcji.
<i>Miejsce na własne obserwacje</i>		

Także w tym wypadku warto samodzielnie uzupełniać listę symptomów korupcji.

7.4. Zbieg przejawów korupcji

Szczególnie alarmujące są sytuacje, w których jednocześnie lub kolejno pojawia się kilka symptomów korupcji. Prawdopodobieństwo występowania praktyk korupcyjnych znacząco wtedy rośnie.

Przykładowo, w kryteriach oceny ofert zawarto nieracjonalnie wysoką punktację za przyśpieszenie terminu wykonania zamówienia. Nieracjonalną dla zamawiającego (dla którego to zamówienie nie jest pilne), a także dla zapewnienia jakości, ponieważ najwyżej punktowane terminy są tak krótkie, że niemożliwe jest wykonanie zamówienia zgodnie z zasadami sztuki. Jednocześnie specyfikacja nie zawierała precyzyjnych informacji odnośnie kar umownych.

Uwagi wykonawców dotyczące niemożliwości wykonania zamówienia o zakładanych parametrach jakościowych w najkrótszym terminie zostały zignorowane.

Przetarg wygrał wykonawca oferujący nieracjonalnie krótki termin wykonania zamówienia, a jednocześnie wyższą cenę. Do umowy wprowadzono zapisy przewidujące bardzo niskie kary umowne za opóźnienie w realizacji zamówienia. Wybrany wykonawca, który uzgodnił to wcześniej z pracownikiem zamawiającego, wykona zamówienie nieterminowo, jednak wyższa oferowana cena pozwoli mu zapłacić niskie kary, opłacić skorumpowanego pracownika wykonawcy i osiągnąć zysk.

8. Zmowy przetargowe

Omawiając przepisy karne dotyczące utrudniania przetargu, zwróciliśmy uwagę na jedną z form popełnienia przestępstwa, którą może być zmowa przetargowa. Zmowa taka może, ale nie musi angażować pracowników zamawiającego.

Destrukcyjny wpływ zmów przetargowych na uczciwość procesu zamówień publicznych jest równie poważny co łapownictwo. Zmowy można zakwalifikować do działań korupcyjnych w szerokim znaczeniu tego pojęcia, nawet jeżeli nie wiążą się z nienależnymi korzyściami dla pracowników zamawiającego. Jednak posiadanie „swojego człowieka” w jednostce zamawiającej może ułatwić zawarcie skutecznej zmowy.

Zasada zachowania niezależności przedsiębiorców i ochrony konkurencji jest zawarta w przepisach ustawy z dnia 16 lutego 2006 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Organem państwowym odpowiedzialnym za nadzorowanie działalności przedsiębiorców, a jednocześnie egzekwowanie przepisów prawa konkurencji, jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).

Zmowy przetargowe stanowią szczególny typ zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego uznawany za szczególnie szkodzący konkurencji. Wykrywanie i zwalczanie zmów przetargowych jest jednym z priorytetów działalności Prezesa UOKiK z racji wyjątkowej szkodliwości dla konkurencji, konsumentów i płatnika publicznego. Tylko w ostatnich kilku latach Prezes UOKiK wydał ponad 20 indywidualnych decyzji dotyczących zmów przetargowych.

8.1. Na czym polegają?

Zgodnie z przywołaną wyżej ustawą, zmowa przetargowa polega na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu „warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”²⁰. Kluczowymi elementami zmowy przetargowej jest:

- 1) potwierdzenie, że uczestniczy w niej dwóch lub więcej przedsiębiorców,
- 2) powstaje ona w wyniku porozumienia pomiędzy tymi przedsiębiorcami,
- 3) stanowi ona formę podziału, ustalenia lub określenia ofert lub warunków przetargu, celem wykluczenia innych wykonawców z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Definicja porozumienia przedsiębiorców²¹ jest bardzo szeroka. Za porozumienie uznaje się wszelkie formy koordynacji, uzgodnień lub ustaleń w dowolnej formie – zarówno ustalenia pisemne, umowy, uchwały związków przedsiębiorców, jak i ustne uzgodnienia pracowników przedsiębiorców. Co więcej, w niektórych przypadkach porozumieniem może być działanie, które w sposób pośredni dąży do ustalenia lub koordynowania określonych kroków – na przykład wzajemna wymiana informacji o kluczowych działaniach i decyzjach przedsiębiorcy (np. informowanie o cenie ofertowej lub uczestnictwie w przetargu).

W rozumieniu przepisów, zmowa jest formą porozumienia antykonkurencyjnego. Zgodnie z definicją pojęcia *porozumienie*²², działaniami stanowiącymi porozumienia będą przede wszystkim bezpośrednie ustalenia

²⁰ Art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

²¹ Art. 4 pkt 1) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

²² Art. 4 pkt 5) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

ZMOWY PRZETARGOWE



Rysunek 9. Zmowy przetargowe.

pomiędzy wykonawcami dotyczące treści składanych ofert lub samej decyzji o złożeniu oferty. Formę zakazanego porozumienia mogą stanowić również powiązane z ofertami działania wykonawcze (takie jak wzajemne ustalenie podwykonawstwa czy zawarcie konsorcjum) lub działania dążące do wpłynięcia na rozstrzygnięcie przetargu. Zgodnie z praktyką Prezesa UOKiK, formą zawarcia porozumienia może być wymiana maili, telefon, spotkanie, uchwała stowarzyszenia zawodowego lub przedsiębiorców, praktyka wykonywania umów i pisemne ustalenia między stronami.

Odnośnie trzeciego elementu, zmowa przetargowa ma za przedmiot ustalenie lub określenie zasad uczestnictwa dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców w postępowaniu przetargowym. Może to mieć miejsce zarówno na etapie przygotowywania zamówienia (np. współpraca wykonawców z zamawiającym przy wspólnym ustaleniu warunków zamówienia), na poziomie oferty (np. współpraca wykonawców przy wspólnym ustaleniu ofert lub podjęcia decyzji o złożeniu tylko jednej oferty), procesie oceny ofert, jak i wykonywania umowy zamówienia publicznego.

W następnym rozdziale przedstawiamy najczęstsze typy zmów, na które należy zwracać uwagę.

Zmową przetargową jest porozumienie dwóch lub więcej przedsiębiorców, które ma na celu lub ma skutek wspólne wpłynięcie na rozstrzygnięcie przetargu na korzyść wybranego podmiotu.

8.2. Najczęstsze typy

Praktyka Prezesa UOKiK wyszczególnia różne typy porozumień, które są uznawane za zabronione zmony przetargowe. Można je skategoryzować w kilku grupach.

Najprostszymi rodzajami zmów są ustalenia co do podziału składanych ofert. W takich znowach, zwanych **zmowami podziałowymi albo karuzelowymi**, wykonawcy ustalają, który z nich ma wziąć udział w konkretnym przetargu. Strony takiego porozumienia dokonują zatem podziału rynku, wzajemnie wskazując sobie, na których polach nie będą ze sobą wzajemnie konkurować.

Bardziej skomplikowanym modelem są **zmony ofertowe**. Polegają one na składaniu ofert w porozumieniu – to znaczy wykonawcy składają w ramach jednego przetargu osobne oferty, jednak wzajemnie znają swoje oferty, walcząc o to, by któraś z nich została wybrana jako bardziej korzystna dla zamawiającego. W ramach takich działań przedsiębiorcy mogą umawiać się celem stworzenia pozorów konkurencyjności postępowania (składanie ofert kurtuazyjnych) lub celem zdublowania ofert jednego oferenta.

Rozszerzeniem zmów ofertowych są **zmony koordynujące**. Polegają na ustalaniu przez wykonawców nie tylko treści składanych ofert, ale również uzgadnianiu popełnianych błędów formalnych (np. niedostarczenie dokumentacji lub oświadczeń pomimo wezwań zamawiającego) lub innych działań w trakcie procesu rozpatrywania ofert przez zamawiającego, które dążyłyby do zapewnienia, że jeden z nich – w domyśle ten oferujący wyższą cenę – otrzyma dane zamówienie.

Innym modelem zmowy jest **zmowa konsorcyjna**. Dotyczy ona ofert składanych wspólnie przez wykonawców, którzy mogliby złożyć oferty niezależnie od siebie. Zmowy te charakteryzują się na przykład zawarciem przez wykonawców umowy konsorcjum lub innej formy współpracy (na przykład wspólny przedsiębiorca), na podstawie których to ustaleń będą uczestniczyć w przetargu wspólnie. O ile zawieranie konsorcjów jest dopuszczalne na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, za praktykę antykonkurencyjną uznaje się te konsorcja, które prowadzą do ograniczenia konkurencji pomiędzy dwoma podmiotami, które mogły ze sobą konkurować o to samo zlecenie. Zawieranie konsorcjów jest uznawane za nielegalne, jeżeli każda ze stron takiej współpracy mogłaby działać niezależnie w przetargu i jego wykonaniu bez dodatkowych kosztów, a efektem zawarcia konsorcjum jest wykluczenie konkurencji dwóch lub więcej podmiotów.

Kolejnym modelem jest **zmowa pionowa**. Polega na uzgadnianiu warunków przetargu między zamawiającym a wykonawcą czy też na ujawnieniu wykonawcy pewnych informacji (SIWZ przed opublikowaniem, kwota na sfinansowanie zamówienia) w celu uzyskania przewagi nad konkurentami lub wykluczenia niektórych, lub wszystkich konkurentów.

Warto dodać, że częstym elementem zmów przetargowych jest nie tylko współpraca wykonawców na etapie postępowania, ale również po wyborze oferty jednego z nich. W większości modeli strony porozumienia będą bowiem wzajemnie podzlecać sobie pewien lub pełny zakres prac. Takie działanie, w teorii, ma służyć zapewnieniu, że druga strona porozumienia, której oferta nie została wybrana, otrzyma co najmniej część korzyści wynikających z wygrania przetargu.

Zmowy mogą przyjąć różne formy lub mechanizmy, natomiast zawsze cel jest jeden – poprzez ustalenia z innym przedsiębiorcą zakłócić wolną konkurencję i dążyć do wyboru najkorzystniejszej dla uczestników zmowy, a nie dla zamawiającego, oferty. Celem zmowy jest też zwiększenie szans wygranej jednego z jej uczestników.

8.3. Przykłady

Przyjrzyjmy się przykładom działań przedsiębiorców, które Prezes UOKiK uznał za znowę przetargową:

Koordinowanie ofert i wymiana informacji.

- Składanie uzgodnionych ofert – wykonawcy uczestniczący w znowie wzajemnie znają wszystkie szczegóły swoich ofert przed ich złożeniem.
- Występowanie jako podwykonawca w ofercie jednego przedsiębiorcy oraz złożenie niezależnej i samodzielnej oferty celem złożenia dwóch ofert w jednym postępowaniu.
- Wydawanie wytycznych, zaleceń lub rekomendacji w zakresie cen ofertowych lub warunków uczestnictwa, przekazywanych na spotkaniach stowarzyszeń przedsiębiorców lub poprzez korespondencję elektroniczną.
- Składanie ofert kurtuazyjnych, celem uwiarygodnienia konkurencyjności przetargu.

Stosowanie mechanizmu rozstawiania, a następnie wycofywania ofert.

- Przedsiębiorca A składa ofertę z najniższą ceną, jednak nie uzupełnia stwierdzonego braku w ofercie, w skutek czego wybrana zostaje oferta przedsiębiorcy B z wyższą ceną.
- Ceny oferowane przez uczestniczących w znowie wykonawców były różnicowane, a jeżeli były one kolejno najniższe, wówczas zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór droższej propozycji przedsiębiorcy działającego z nim w znowie.

Wykluczanie wzajemnej konkurencji.

- Dwóch lub więcej przedsiębiorców, posiadających każdy z osobna możliwość ubiegania się o zamówienie, zawierają konsorcjum, na mocy którego uczestniczą wspólnie w przetargu lub przetargach zamiast konkurować między sobą o dane zamówienie. Zawieranie konsorcjów jest dozwolone na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych. Jednakże Prezes UOKiK oraz inne organy antymonopolowe na świecie oceniają niektóre konsorcja, zawarte pomiędzy przedsiębiorcami posiadającymi realną możliwość wykonania zlecenia samemu, jako z natury ograniczające konkurencję, w podobny sposób, jak znowy koordynujące lub podziałowe.
- Ustalenie podziału rynku poprzez określenie, który z wykonawców uczestniczy w którym przetargu lub, w ramach jednego przetargu, którą ofertę częściową złoży.

Mechanizmy wykorzystywane przez wykonawców będą zależne od istniejących warunków i przedmiotu zamówienia. Niemniej nawet zróżnicowane mechanizmy działania przejawiają się podobnymi okolicznościami i dowodami istnienia zmywy. W następnej części przedstawiamy różne praktyczne wskazówki dotyczące zachowań przedsiębiorców, które mogą budzić wątpliwości.

8.4. Jak wykrywać zmywy?

Wczesne wykrywanie zmyw przetargowych jest kluczowe dla zapewnienia sprawnego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Jeżeli bowiem możliwe jest wychwycenie istnienia zmywy przetargowej na wstępnym etapie analizy ofert, to jej stwierdzenie może oszczędzić zamawiającemu potencjalnej szkody wynikającej ze zmywy oraz umożliwić szybsze i skuteczne zamknięcie przetargu oraz zawarcie umowy na przykład poprzez zmniejszenie ryzyka wystąpienia ewentualnych postępowań odwoławczych lub zmniejszenie ryzyka odwołania przetargu.

Pracownicy dokonujący oceny ofert powinni zatem zwracać uwagę na następujące szczegóły przejawiające się w ofertach lub postępowaniu, które mogą wskazywać na istnienie zmywy. Dodajmy, że poniższe przykłady stanowią wyłącznie poszlaki, a nie dowody na istnienie porozumienia. Niemniej należy sprawdzić, co się za nimi kryje.

Pierwszym etapem weryfikacji powinno być dokonanie krótkiej oceny, czy działania w toku przygotowania przetargu mogły być dotknięte działaniem potencjalnej zmywy. Przykładowo, należy zweryfikować:

- czy postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (na przykład szczegóły techniczne, warunki referencji) nie były kwestionowane przez przedsiębiorców w sposób wskazujący na dążenie do wprowadzenia podobnych ograniczeń – na przykład przedsiębiorcy zadają pytania do specyfikacji w podobny sposób, dążąc do wprowadzenia nowego, wspólnego lub równoważnego, warunku technicznego lub formalnego;
- czy któreś z warunków przetargu nie preferują wybranych rozwiązań, produktów lub dostawców – na przykład czy opis zamówienia nie wskazuje wybranego produktu lub dostawcy usługi.

Drugim etapem jest dokonanie weryfikacji składanych ofert. Większość wykrytych zmów przetargowych jest udowadniana na podstawie treści ofert i okoliczności ich złożenia. Przy ocenie ofert warto zatem zwrócić uwagę na:

- powtarzające się zdania, opisy, metody szacunku kosztów, formułowania ofert lub innych treści;
- powtarzające się w ofertach lub innych dokumentach błędy, w szczególności w zakresie interpunkcji, ortografii lub merytoryczne;
- zbliżoną treść lub formę dokumentów składanych przez wykonawców – na przykład polisy ubezpieczeniowe wydane w tym samym miejscu i czasie dla przedsiębiorców znajdujących się w różnych miastach, podobny charakter pisma lub format dokumentów ofertowych, podobny układ graficzny;
- wspólne złożenie ofert w tym samym czasie i/lub przez tę samą osobę;
- dwie niezależne oferty podpisywane lub składane przez osoby ze sobą spokrewnione lub o zbieżnych nazwiskach – na przykład oferty złożone niezależnie przez małżonków prowadzących niezależną działalność gospodarczą;

- oferty składane przez przedsiębiorców o powiązaniach kapitałowych albo osobowych;
- oferty niezależnych wykonawców zawierające takie same referencje lub wzajemne wydanie sobie referencji przez wykonawców składających niezależne oferty;
- złożenie ofert wskazujących drugiego oferenta w postępowaniu jako podwykonawcę;
- dla przetargów o podobnym przedmiocie zamówienia, oferowanych przez tego samego zamawiającego lub różnych zamawiających – czy wykonawcy konkurują ze sobą w zakresie podobnych przedmiotów zamówienia, czy z oceny większej liczbie zamówień wynika, że przeważnie unikają oni bezpośredniej konkurencji, czy ceny oferowane w podobnych przetargach są zbliżone;
- złożenie przez wykonawcę oferty o cenie znacząco różniącej się od ceny normalnie stosowanej lub pojawiającej się w innych ofertach tego wykonawcy;
- brak udziału „stałych bywalców” – czyli przedsiębiorców regularnie biorących udział w postępowaniach określonego typu;
- złożenie ofert przez konsorcjum skupiające wykonawców znanych osobie oceniającej jako zdolnych do samodzielnego uczestniczenia w przetargach;
- przedstawienie umowy konsorcjum dotyczącej więcej niż tylko jednego przetargu.

Trzecim etapem jest weryfikacja, czy działania przedsiębiorców w toku procesu rozpatrzenia ofert, zawarcia umów, ale także na etapie wykonywania

przedmiotu zamówienia, wskazują na istnienie pomiędzy wykonawcami ewentualnej zmowy. Szczególnie należy zwracać uwagę na:

- wycofanie ofert przez przedsiębiorców o najwyższej punktacji w przetargu na korzyść przedsiębiorcy na kolejnym miejscu;
- zwlekanie z podpisywaniem umów przez przedsiębiorców o najwyższej punktacji w przetargu na korzyść przedsiębiorcy na kolejnym miejscu;
- odmowa poprawienia lub uzupełnienia wadliwych lub niekompletnych ofert, w tym odmowę przedstawienia podstawowych dokumentów, takich jak zaświadczenia podatkowe, dotyczące składek ZUS itp.;
- wybranie przez zwycięskiego oferenta innego oferenta w tym samym przetargu na podwykonawcę;
- wyznaczenie przez konkurujących przedsiębiorców jednego pełnomocnika w toku postępowania, np. do wglądu w treść oferty.

Uważność²³ pracowników zamawiających, jak również innych oferentów, powinna dotyczyć całościowego obrazu przetargu. Często wykrycie zmowy przetargowej wymagać może potwierdzenia więcej niż jednego ze wskazanych wyżej zachowań lub potwierdzenia ich istnienia na próbie co najmniej kilku postępowań. Dlatego, dla przetargów wdrażających programy unijne lub ogólnokrajowe, warto potwierdzić ewentualne wątpliwości lub powtarzające się okoliczności z innymi zamawiającymi.

Dodatkowo, istotnym źródłem informacji o potencjalnych działaniach antykonkurencyjnych są informacje otrzymywane „z rynku” – czyli od innych przedsiębiorców, osób fizycznych lub innych organizacji, w tym państwowych. Dlatego warto, aby zamawiający prowadzili aktywne kampanie

²³ Za Słownikiem SJP.PL: skupiona uwaga, szczególna ostrożność; czujność, baczność.

zachęcające do informowania o podejrzanych zachowaniach oferentów oraz o istocie samych porozumień.

Warto jeszcze pamiętać, że zakazane są nie tylko zmony przetargowe, które dotyczą zwycięskich ofert. Zmowa zawarta przez przedsiębiorców, którzy w procesie oceny ofert zajmą dalsze miejsca, także stanowi naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i powinna zostać zgłoszona do właściwych organów.

Wykrycie zmony wymaga od pracowników zamawiających zachowania uwagi i zwracania uwagi na podobne, nietypowe lub nieracjonalne zachowania oferentów.

8.5. Jak zabezpieczyć przetargi przed zmonami?

Zarówno w toku przygotowania postępowania, jak i jego prowadzenia, możliwe jest podjęcie szeregu kroków zabezpieczających przed zawarciem lub przed skutkami zmony przetargowej.

O ile opisane poniżej działania nie wykluczają ani w pełni nie zapobiegają wystąpieniu zmony przetargowej lub korupcji, o tyle ich konsekwentne stosowanie zmniejsza ryzyko wpływania przedsiębiorców na wynik tegoż postępowania, w tym zmniejsza ryzyko wystąpienia zmony przetargowej. Należy jednak wskazać, że żadne, nawet najlepsze i najbardziej dokładnie wdrożone zabezpieczenia nie dają pewności, że postępowanie przetargowe odbędzie się bez komplikacji.

Podejmowane działania zabezpieczające, pośrednio jak i bezpośrednio, powinny dążyć do zwiększenia konkurencyjności postępowania, promowania większej liczby oferentów oraz do zniechęcenia wykonawców do wycofywania najbardziej korzystnych ofert. Przepisy prawa zamówień publicznych przewidują szczegółowe mechanizmy, których wykorzystanie przez zamawiającego może wpłynąć na wzrost konkurencyjności przetargu i tym samym zmniejszyć ryzyko wystąpienia zmowy.

Na etapie przygotowania przetargu warto zatem dokonać analizy rynku pod kątem przedmiotu zamówienia (umożliwiając szerokie określenie przedmiotu zamówienia) jak i możliwych oferentów (ocena liczby potencjalnych oferentów, wywiad co do możliwej ceny). Ustalenia poczynione w pierwszej fazie powinny znaleźć swoje odzwierciedlenie w opisie zamówienia i stawianych oferentom warunkach. Celem tego działania jest zarówno zwiększenie liczby potencjalnych wykonawców, jak i towarów czy usług spełniających zapotrzebowanie zamawiającego. Przy większej liczbie oferentów, mniejsze są szanse wyboru dwóch ofert zamawiających się przedsiębiorców.

Minimalizowanie wagi kryterium ceny dla procesu oceny ofert również utrudnia wykonawcom koordynowanie, pozycjonowanie oraz ustawianie ofert. Wprowadzenie warunków jakościowych w punktacji przetargowej utrudnia bowiem koordynowanie składanych ofert oraz uniezależnia proces opiniowania ofert od wyłącznie jednego kryterium.

Stosowanie wymogu wpłaty wadium, które zgodnie z prawem nie może być większe niż określony procent wartości zamówienia, stanowi kolejne

zabezpieczenie przed ryzykiem wycofania ofert najbardziej korzystnych. W niektórych przypadkach, zwłaszcza wysokowartościowych przetargach, starta wadium w wypadku wycofania oferty powinna być bardziej dotkliwa dla przedsiębiorcy niż korzyści wynikające ze zmony. Tym samym, rolą wadium jest zmniejszenie potencjalnej korzyści dla ustanawiającego i zwiększenie ryzyka utraty znacznej kwoty w wypadku wykrycia istnienia zmony, powinny zniechęcać do podejmowania ryzyka i zawierania zmów przetargowych.

Podkreślamy ponownie, że stosowanie powyższych instrumentów nie zapewnia pełnej ochrony przed zmonami przetargowymi. Natomiast ich konsekwentne i jednolite stosowanie (np. wspólne wytyczne dla różnych etapów postępowania, wytyczne organizacyjne i inne) zmniejsza ryzyko wystąpienia w danym przetargu zmagających się przedsiębiorców.

Zamawiający może na każdym etapie postępowania (od jego przygotowanie po rozliczenie całości zamówienia) podjąć kroki organizacyjne, kontrolne lub prawne, w tym wykorzystać dostępne w przepisach o zamówieniach publicznych narzędzia, które zmniejszają ryzyko wystąpienia zmony przetargowej.

8.6. Jak postępować w przypadku podejrzenia istnienia zmony przetargowej?

Zamawiający, a w szczególności osoby zajmujące się przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania, powinni bacznie obserwować wszystkie etapy postępowania celem identyfikacji możliwych dowodów na istnienie zmony przetargowej.

Jeżeli stwierdzimy – na przykład na podstawie powyższej listy – występowanie przesłanek czy poszlak wskazujących na istnienie zmowy przetargowej, powinniśmy to zgłosić zgodnie z obowiązującymi procedurami wewnętrznymi, takimi jak procedury zamówień publicznych lub procedury antykorupcyjne. Jeżeli nie określają one, kogo powiadomić o podejrzeniach zmowy – to powinniśmy poinformować kierownika zamawiającego oraz (na etapie postępowania) przewodniczącego komisji przetargowej. Zebrane poszlaki powinny zostać ocenione, a w wypadku uzasadnionego podejrzenia zmowy nasza jednostka zamawiająca powinna zgłosić takie podejrzenia do właściwego organu – czyli do Prezesa UOKiK.

Dokonanie zgłoszenia przez naszą jednostkę umożliwia przekazanie najpełniejszego materiału dowodowego. Pamiętajmy jednak, że zgłoszenia zmowy przetargowej może dokonać każdy, a więc także my bezpośrednio.

Zgłoszenia podejrzanych działań wykonawców do Prezesa UOKiK mogą przyjąć dowolną formę. Ustawa ani praktyka Prezesa UOKiK nie wymaga, aby miały one określony format lub treść, ani żeby były złożone w jednym wybranym miejscu.

Zgłoszenie powinno jednak zawierać kilka kluczowych informacji niezbędnych do zidentyfikowania kwestionowanych lub podejrzanych praktyk.

W szczególności powinny to być następujące informacje:

- dane zamawiającego (nazwa, adres, dane kontaktowe),
- dane przetargu (numer, przedmiot, podejrzana część przetargu),
- dane podejrzanych wykonawców (nazwa, adres, dane kontaktowe),
- opis sytuacji,

- wskazanie okoliczności budzących wątpliwości lub podejrzenia pracowników zamawiającego lub innych uczestników postępowania.

Do zgłoszenia należy również złożyć wszelkie możliwe dokumenty lub inne załączniki udowadniające opisany stan faktyczny – mogą to być kopie ofert, specyfikacji zamówień, innych dokumentów otrzymanych w toku postępowania, a także zestawienia własne.

Zgłoszenie może być złożone w formie pisemnej lub przesłane faksem lub mailem. Zgłoszenie nie musi być podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji danego podmiotu – może być podpisane przez każdego pracownika lub nawet złożone anonimowo. Tak przygotowane pismo może zostać wysłane zarówno do centrali Prezesa UOKiK, jak i do delegatur znajdujących się w wybranych województwach. Aktualne dane kontaktowe znajdują się na stronie internetowej urzędu (www.uokik.gov.pl).

Dla ułatwienia przygotowania zgłoszenia, Prezes UOKiK udostępnia na swojej stronie internetowej formularz zgłoszenia z umowy przetargowej, który może zostać uzupełniony elektronicznie lub papierowo.

Prezes UOKiK prowadzi również infolinię, na której można skonsultować, jak zgłosić podejrzone praktyki. Aktualny numer kontaktowy również znajduje się na stronie internetowej.

Równoległe do przygotowania zgłoszenia, powinniśmy podjąć stosowne kroki celem zabezpieczenia dokumentów i innych dowodów wskazujących na istnienie umowy przetargowej.

Warto pamiętać, że z racji wrażliwego charakteru spraw, informacje o podejrzeniach lub wątpliwościach nie powinny być publicznie ujawniane ani komunikowane szerokiemu gronu odbiorców. Zdecydowanie rekomendowane jest zawężenie kręgu osób informowanych o podejrzeniach lub złożonych zawiadomieniach.

Pamiętajmy też, że znowie przetargowej może towarzyszyć korupcja lub inne nieprawidłowości w postępowaniu.

Podejrzenie istnienia znowie przetargowej może być złożone przez każdego do najbliższej delegatury UOKiK lub do centrali. Urząd prowadzi również telefon, e-mail i stronę internetową poświęconą znowiom przetargowym, gdzie każdy może zgłosić swoje podejrzenia lub dowiedzieć się więcej o znowiach.

8.7. Wykluczenie wykonawcy z powodu znowie

Prawo zamówień publicznych stanowi, że „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”²⁴.

W praktyce przepis ten umożliwia zamawiającym odrzucenie ofert, które zostały złożone w wyniku porozumienia antykonkurencyjnego – a zatem znowie. Przywołany przepis, jak i praktyka zamawiających oraz Krajowej

²⁴ Art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izby Odwoławczej (dalej KIO) wskazują, że ciężar udowodnienia istnienia zmowy spoczywa na zamawiającym, jako stronie wykluczającej oferentów.

Decyzja o wykluczeniu wybranych ofert może spowodować odwołanie się wykluczonych przedsiębiorców do KIO. Ponieważ zmowy, jako porozumienia antykonkurencyjne, podlegają jurysdykcji Prezesa UOKiK, prowadzenie postępowania odwoławczego przed KIO w temacie Prezesa UOKiK wymaga szczególnej precyzji celem uzasadnienia podjętej decyzji i zminimalizowania ryzyka jej podważenia przez organ odwoławczy.

Tym samym, jeżeli pracownik zamawiającego podejrzewa istnienie zmowy przetargowej i rozważa możliwość wykluczenia oferentów na podstawie przytoczonego przepisu, zdecydowanie rekomendowane jest podjęcie następujących kroków.

Po pierwsze, kluczowe jest zebranie i zabezpieczenie materiału dowodowego, potwierdzającego istnienie zmowy przetargowej. Pomocna w tym zakresie będzie lista zawarta w rozdziale dotyczącym przejawów zmowy.

Po drugie, pracownik powinien poinformować kierownika zamawiającego oraz przewodniczącego komisji przetargowej. Dobrą praktyką jest zwołanie wspólnego spotkania, w tym z udziałem komisji przetargowej, na którym pracownik referujący przedstawi do niezależnego osądu istniejące dowody na istnienie zmowy przetargowej. Jeżeli to możliwe, pomocnym będzie zaproszenie działu prawnego zamawiającego lub komórki kontrolnej, niezwiązanej z przedmiotem zamówienia.

Po trzecie, mając na uwadze ustawowe kompetencje Prezesa UOKiK, rekomendujemy skontaktowanie się z właściwą delegaturą Prezesa UOKiK lub z infolinią celem skonsultowania lub omówienia sytuacji. Wskazówki, jak i uwagi pracowników urzędu mogą być pomocne dla zamawiającego.

Po czwarte, jako przygotowanie na ewentualne postępowanie odwoławcze, członek komisji przetargowej lub inny pracownik zamawiającego powinien przygotować projekt decyzji o wykluczeniu wraz z uzasadnieniem i uzyskać zatwierdzenie kierownika zamawiającego. Uzasadnienie powinno zawierać szczegółowy opis sytuacji i faktów, przedstawienie przesłanek istnienia zmywy, podsumowanie spotkania wewnętrznego, opis podjętych działań oraz zawierać w formie załączników wszystkie zabezpieczone dowody istnienia zmywy przetargowej.

Po zrealizowaniu wskazanych wyżej kroków, podjęcie decyzji o wykluczeniu zamawiających się przedsiębiorców będzie właściwie udokumentowane, co zmniejszy ryzyko odwołania lub w przypadku jego złożenia przez przedsiębiorców – zwiększy szanse utrzymania decyzji w wyroku KIO.

Oczywiście, podjęcie decyzji o wykluczeniu oferentów nie wyłącza możliwości złożenia zawiadomienia do Prezesa UOKiK – takie zawiadomienie powinno być złożone w każdym przypadku podejrzenia istnienia zmywy.

8.8. Co grozi zamawiającym się?

Zawarcie przez przedsiębiorców porozumienia antykonkurencyjnego może być podstawą do wydania przez Prezesa UOKiK decyzji stwierdzającej naruszenie przepisów ochrony konkurencji i nałożenia na przedsiębiorców

kary finansowej. Wysokość tej kary jest ustanawiana jako procent obrotu zrealizowanego przez danego przedsiębiorcę w roku poprzedzającym wydanie decyzji. Kara ta może wynosić maksymalnie 10% obrotu.

Postępowania w zakresie zmów przetargowych stanowią w ostatnich latach jeden z priorytetowych obszarów polityki ochrony konkurencji Prezesa UOKiK. Trend ten jest również widoczny na całym świecie. Przykładowo – na Litwie postępowania w temacie zmów stanowią niemalże połowę wszystkich postępowań w temacie porozumień antykonkurencyjnych.

Z tego powodu oraz z racji wysokiej postrzeganej szkodliwości dla konkurencji zmów przetargowych, kary za zawieranie zmów przetargowych mogą, w wymiarze procentowym, być wyższe niż dla innych antykonkurencyjnych praktyk.

Równolegle do możliwych kar finansowych nakładanych przez Prezesa UOKiK, przedsiębiorcy poszkodowani przez zakazaną zmwę przetargową mogą dochodzić odszkodowania na ogólnych zasadach wynikających z prawa cywilnego.

Oznacza to, że w przypadku stwierdzenia przez Prezesa UOKiK istnienia zmywy przetargowej zarówno zamawiający, jak i inni oferenci w danym postępowaniu, co do zasady, będą mieli możliwość dochodzenia odszkodowania w wysokości poniesionej przez te podmioty szkody.

A zatem, jeżeli w wyniku zmywy przetargowej dojdzie do zawyżenia ceny zwycięskiej oferty, możliwe będzie dochodzenie odszkodowania

w wysokości dodatkowych kosztów wynikających z zakazanego porozumienia poniesionych przez zamawiających lub innych oferentów.

Uczestnictwo w znowie jest uważane za poważne naruszenie przepisów ochrony konkurencji i może wiązać się z dotkliwymi karami dla jej uczestników.

9. Przeciwdziałanie korupcji w regulacjach unijnych

Dyrektywy unijne, regulujące kwestie zamówień publicznych, stawiają przed sobą cel pozytywny. Jest nim zapewnienie udzielania zamówień zgodnie z określonymi zasadami, m.in. zasadą równego traktowania przedsiębiorców, niedyskryminacji oraz przejrzystości. Dyrektywa ma zagwarantować, że w przepisach krajowych „zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję”²⁵.

W treści dyrektywy wielokrotnie podkreśla się konieczność zapewnienia przez zamawiających uczciwej konkurencji między wykonawcami. W szczególności „uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”²⁶. Korupcja i zмова przetargowa są niewątpliwie podejmowane właśnie z takim zamiarem.

Wiele szczegółowych regulacji, które mają zapewnić przestrzeganie powyższych zasad, ma jednocześnie wymiar antykorupcyjny i przeciwdziałający zmomom przetargowym. Należą do nich choćby przepisy określające: okoliczności stosowania poszczególnych procedur (trybów), zasady publikowania ogłoszeń, minimalne terminy, zasady informowania wykonawców, zasady dokumentowania i przejrzystości procesu podejmowania decyzji, sposoby zapobiegania konfliktowi interesów czy ograniczenia dotyczące modyfikacji umów. W pewnym sensie samo ustanowienie systemu

²⁵ Motyw 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (dalej – dyrektywy klasycznej).

²⁶ Art. 18 ust. 1 dyrektywy klasycznej.

zamówień publicznych ogranicza ryzyko korupcji i zmowy przetargowej na jednolitym rynku.

Kilka przepisów dyrektywy odnosi się wprost do zagadnienia korupcji i zmowy przetargowej. Należą do nich zasady:

- nieudzielania zamówień publicznych wykonawcom, których uznano winnymi korupcji i wykluczania takich wykonawców²⁷;
- przechowywania i publicznego dostępu do dokumentów związanych z zamówieniem²⁸;
- nieprawidłowości ofert, w przypadku których „istnieją dowody na zmowę lub korupcję”²⁹;
- wykluczania wykonawców ze względu na zawarcie zmowy, co „można stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek”³⁰;
- wykluczania wykonawców, którzy podjęli kroki, „aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą”; co obejmuje także sytuacje korupcyjne³¹;
- monitorowania przypadków korupcji w zamówieniach publicznych przez państwa członkowskie³².

W wypadku wystąpienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy m.in. ze względu na korupcję lub zmowę, otrzymali oni możliwość samooczyszczenia się, tj. przedstawienia dowodów na swoją rzetelność³³.

²⁷ Motyw 100 oraz art. 57 ust. 1 pkt b dyrektywy klasycznej.

²⁸ Motyw 126 dyrektywy klasycznej.

²⁹ Art. 26 ust. 4 pkt b oraz art. 35 ust. 5 dyrektywy klasycznej.

³⁰ Art. 57 ust. 4 pkt b dyrektywy klasycznej.

³¹ Art. 57 ust. 4 pkt i dyrektywy klasycznej.

³² Art. 83 ust. 3 dyrektywy klasycznej.

³³ Art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej.

10. Przeciwdziałanie korupcji w Prawie zamówień publicznych

Podobnie jak na poziomie unijnym, także polska ustawa stawia przed sobą cel pozytywny. Jest nim udzielanie zamówień publicznych „w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości³⁴”.

Przepisy, służące realizacji tego celu, mają zazwyczaj także wymiar antykorupcyjny. Ich zakres jest podobny, jak w implementowanych dyrektywach unijnych.

Do Prawa zamówień publicznych implementowano także większość szczegółowych rozwiązań antykorupcyjnych i przeciwdziałających znikom przetargowym.

Należą do nich przepisy dotyczące:

- dokumentowania, jawności postępowania i dostępu do informacji o zamówieniach na zasadach dostępu do informacji publicznej (art. 8, art. 9 ust 1 i inne);
- wykluczenia wykonawcy ze względu na skazanie za korupcję jego lub osób go reprezentujących (art. 24 ust. 1 pkt 13–14);
- wykluczenia wykonawcy, „który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego”, w czym mieszczą się praktyki korupcyjne (art. 24 ust. 1 pkt 18);

³⁴ Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- wykluczenia wykonawcy, który brał udział w zмовie przetargowej, „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych” (art. 24 ust. 1 pkt 18);
- możliwości samooczyszczenia się wykonawcy (art. 24 ust. 8–11);
- monitorowania zamówień publicznych (art. 98).

W Prawie zamówień publicznych nie występuje przepis odpowiadający bezpośrednio przepisowi dyrektywy, mówiącemu o nieprawidłowości ofert, w wypadku których istnieją dowody na zмовę lub korupcję. Występuje natomiast przepis mówiący o odrzuceniu oferty, jeżeli „jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (art. 89 ust. 1 pkt 3), co obejmuje w szczególności przekupstwo pracownika zamawiającego³⁵.

Na koniec warto dodać, że podobnie jak w wypadku dyrektyw unijnych, już samo ustanowienie całościowych ram prawnych procesu udzielania zamówień publicznych, opartych na wymienionych wyżej zasadach, ma znaczenie dla ograniczenia ryzyka korupcji i zмовy przetargowej.

10.1. Wykluczenie wykonawcy z powodu bezprawnego wpływu

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzony nowelizacją z roku 2016, przewiduje wykluczenie wykonawcy, „który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu

³⁵ Art. 15a ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

o udzielenie zamówienia”, jeżeli „nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”³⁶.

Korzystając z tego przepisu, warto zwrócić uwagę na następujące zagadnienia.

- Działania korupcyjne zarówno skuteczne (przyjęcie korzyści lub jej obietnicy), jak i nieskuteczne (z powodu odrzucenia korupcyjnej propozycji) mieszczą się w zakresie „bezprawnego wpływu lub jego próby”.
- Mogą one dotyczyć zarówno prowadzonego postępowania, jak i zdarzeń, które dotyczyły innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a zaistniały w ciągu ostatnich 3 lat. Nie dotyczą jednak zdarzeń korupcyjnych, które zaszły w związku z czynnościami, które nie podlegają przepisom Prawa zamówień publicznych (przykładowo: przetargi na zbycie mienia, na dzierżawę obiektów, konkursy na przyznanie dotacji).
- Wykluczenia wykonawcy zamawiający może dokonać na każdym etapie postępowania, a więc aż do momentu zawarcia umowy zamówienia publicznego.
- Najprostsza dowodowo sytuacja zajdzie wtedy, kiedy bezprawny wpływ lub jego próba zostanie stwierdzona przez kompetentny organ. W sytuacji praktyk korupcyjnych może to mieć miejsce w wypadku przeszłych postępowań, natomiast trudno liczyć na prawomocny wyrok sądu wydany przed zakończeniem prowadzonego postępowania.

³⁶ Art. 24 ust. 7 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

- Przepis nie ogranicza jednak przesłanek wykluczenia do przypadków potwierdzonych przez kompetentny organ. Przesłanką jest sam fakt bezprawnego wpływu lub próby bezprawnego wpływu. Przykładowo sytuacja, w której przedstawiciel wykonawcy usiłuje przekupić pracownika zamawiającego, a ten propozycji nie przyjmuje.
- W sytuacji wykluczenia wykonawcy należy się liczyć z jego odwołaniem do KIO. Wtedy – podobnie jak w wypadku podejrzenia zmowy przetargowej – ciężar udowodnienia bezprawnego wpływu lub jego próby spoczywa na zamawiającym, jako na stronie wykluczającej oferentów.
- Przesłanką wykluczenia nie mogą więc być jedynie symptomy czy objawy korupcji. Aby dochodzić skutecznie swoich racji przed KIO, powinny to być czyny określone w przepisach kodeksu karnego i na tyle udokumentowane, że są podstawą złożenia zawiadomienia do organów ścigania. W takich sytuacjach należy zarówno wykluczyć wykonawcę, jak i złożyć zawiadomienie. Należy przy tym pamiętać, że sam fakt złożenia zawiadomienia czy wszczęcia postępowania przygotowawczego przez organy ścigania, a nawet postawienia zarzutów, nie będzie sam w sobie determinował korzystnego orzeczenia KIO. Izba dokona samodzielnej oceny przedstawionych dowodów.

11. Jak zarządzać ryzykiem korupcji? Porady dla kierownika zamawiającego

Na kierownikach zamawiającego spoczywa szczególna odpowiedzialność za takie zorganizowanie procesu udzielania i realizacji zamówień publicznych, które będzie ograniczać ryzyka korupcyjne. Zaniedbania w tym zakresie mogą nie tylko ułatwiać popełnianie przestępstw przez innych, ale także być przesłanką odpowiedzialności karnej dla kierownika.

Czy wystarczy samo przestrzeganie procedur określonych w Prawie zamówień publicznych i innych przepisach? Legalizm działania jest bardzo ważny, ale może nie wystarczyć. Wiele przestępstw korupcyjnych może zostać popełnionych przy formalistycznym zachowaniu obowiązujących procedur.

Potrzeba czegoś więcej. W dalszej części tego rozdziału przedstawiamy kilka praktycznych porad.

11.1. Świadomość ryzyka

W postępowaniu z każdym ryzykiem ważna jest jego świadomość. Zamówienia publiczne są zawsze obszarem narażonym na korupcję. Ryzyko oznacza możliwość wystąpienia zdarzenia wywołującego negatywne skutki, ale nie jego pewność. Ryzyko korupcji nie oznacza, że pracownicy zamawiającego są skorumpowani, ale że osoby nieuczciwe – z zewnątrz lub z wewnątrz jednostki – mogą podejmować próby korupcji. Ryzyko jest wysokie, jeżeli takie próby mogą być częste i często kończyć się powodzeniem. Poziom ryzyka jest niski, jeżeli próby są rzadkie i rzadko kończą się sukcesem.

Zadaniem kierownika zamawiającego jest podejmowanie działań ograniczających ryzyko korupcji. Mówiąc fachowo – zarządzanie ryzykiem korupcji. Można to robić w ramach całościowego procesu zarządzania ryzykiem w jednostce zamawiającej lub wydzielić jako osobny proces.

Zauważmy, że kierownicy jednostek sektora finansów publicznych (najczęstszy typ zamawiającego) są zobowiązani wdrożyć zarządzanie ryzykiem jako część systemu kontroli zarządczej. W ramach tego systemu powinni także zapewnić zgodność działalności z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi, a także przestrzeganie i promowanie zasad etycznego postępowania.

11.2. Postawa proaktywna

Wielu kierowników zamawiającego ma psychologiczne bariery przed aktywnym wdrażaniem rozwiązań antykorupcyjnych. Podążanie za zmieniającymi się przepisami prawa jest dla nich czymś oczywistym, ale wdrażanie procedur antykorupcyjnych? Kojarzy im się to z samooskarżeniem, że ich jednostki są przeżarte korupcją, a pracownicy skorumpowani. Poza tym nie mają duszy policjanta, a takie działania kojarzą im się z zadaniami policji, CBA czy prokuratury.

Tymczasem warto sobie uświadomić, że zarządzanie ryzykiem (każdym ryzykiem) ma przede wszystkim wymiar zapobiegawczy. Nie koncentrujemy się na karaniu, ale na zapobieganiu negatywnym zjawiskom.

Skuteczne zarządzanie ryzykiem (każdym ryzykiem) wymaga postawy proaktywnej. Należy przewidywać, co może pójść źle i starać się temu zapobiec lub przynajmniej zminimalizować straty.

W naszym przypadku istotne jest obserwowanie i przewidywanie, jakie luki w naszym wewnętrznym systemie zamówień publicznych mogą zostać wykorzystane przez osoby nieuczciwe i jak te luki zlikwidować. Wyciąganie wniosków na przyszłość, gdy już coś poszło nie tak.

Najgorszą postawą jest ignorowanie ryzyka (każdego ryzyka). W jednostkach, które ryzyko ignorują, materializuje się ono znacznie częściej niż w tych, które nim zarządzają.

Aktywne zarządzanie ryzykiem korupcji nie oznacza, że jesteśmy skorumpowani, ale że jesteśmy świadomi tego ryzyka i że mamy wolę mu przeciwdziałać.

11.3. Etyczne przywództwo i komunikacja

Jednym z warunków sukcesu polityki antykorupcyjnej w jednostce jest jej wiarygodność. Znane są przykłady organizacji, w których systemy antykorupcyjne wdrażano głośno, ale pozostawały na papierze i załatwianie spraw szło dalej niezmiennym torem. Gdzie indziej procedury antykorupcyjne wdrażano tak cicho, że nikt o nich nie słyszał.

Pracownicy będą więc bacznie obserwować, czy za deklaracjami idą czyny. Czy nowe rozwiązania wdrażane są „na serio”, czy można im ufać i czy należy się nimi przejmować w praktyce.

Kluczowym czynnikiem wiarygodności rozwiązań antykorupcyjnych w dziedzinie zamówień publicznych jest własny przykład kierownika

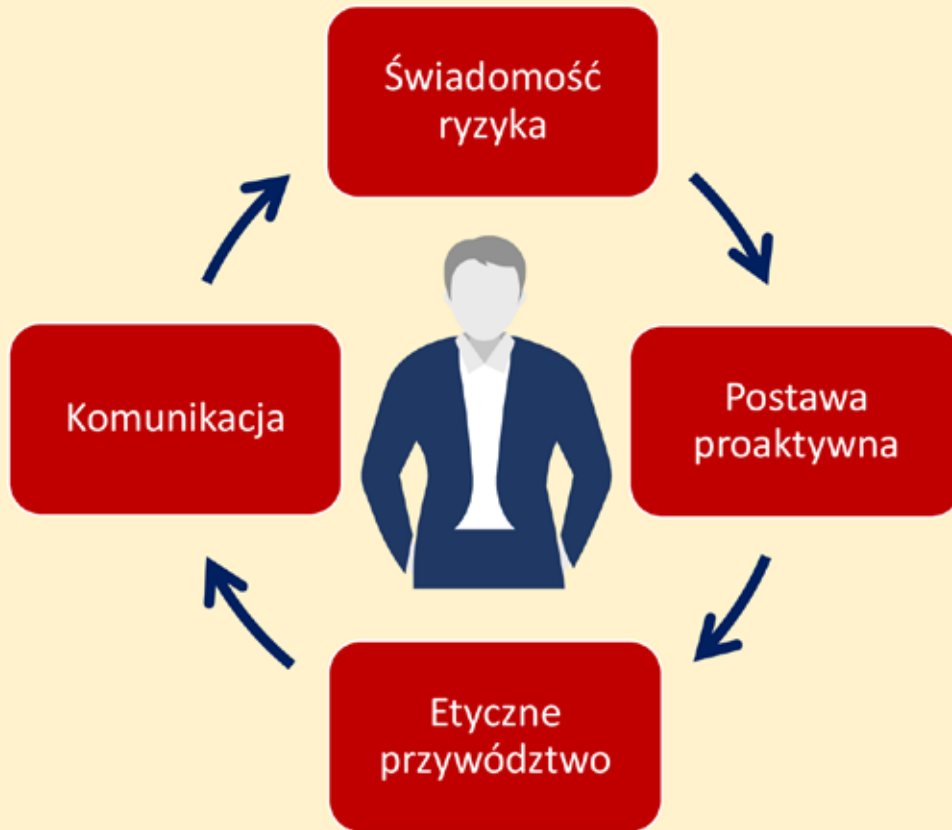
zamawiającego i osoby, której powierzył czynności w postępowaniach. Jeżeli sami postępują etycznie, unikają konfliktu interesów, są otwarci i reagują na sygnały o ryzykach korupcyjnych, wspierają w tym swoich pracowników – to zaufanie do polityki i procedur rośnie. Wysoki poziom zaufania, wynikający z autentycznego przywództwa etycznego, pozwala wręcz zneutralizować niedostatki wynikające z niedoskonałości procedur. Przejawy korupcji i zmowy przetargowej będą zgłaszane i analizowane, a następnie znajdowane najlepsze rozwiązanie.

Jeżeli kierownik zamawiającego i osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, będą zachowywać się nieetycznie, działać w sytuacji konfliktu interesów, sugerować rozwiązania „na skróty” bądź unikać zajmowania się trudnymi problemami z zakresu korupcji i zmowy – to ich wiarygodność jako liderów etycznych będzie zerowa. A wtedy nawet najlepsze procedury będą ignorowane, aby nie narażać się na bezcelowy wysiłek.

Za pozytywnym przykładem własnym powinna iść właściwa komunikacja wewnętrzna. Nie wystarczy raz zadekretować rozwiązań antykorupcyjnych, aby były znane, rozumiane i stosowane. Trzeba je wyjaśniać i popierać w codziennej praktyce zarządczej, w publicznych wypowiedziach, podczas spotkań i narad. Pracownikom należy zapewnić stosowne szkolenia i materiały informacyjne.

Dobrym rozwiązaniem będzie także powołanie koordynatora ds. antykorupcji oraz doradcy ds. etyki i udzielanie im widocznego wsparcia.

JAK ZARZĄDZAĆ RYZYKIEM KORUPCJI?



Aktywne zarządzanie ryzykiem korupcji nie oznacza, że jesteśmy skorumpowani, ale że jesteśmy **świadomi** tego ryzyka i że mamy **wolę** mu przeciwdziałać.

Rysunek 10. Zarządzanie ryzykiem korupcji.

11.4. Trójkąt nadużyć

Planując rozwiązania ograniczające ryzyko korupcji, warto się zastanowić, jakie czynniki psychologiczne i organizacyjne powodują, że niektórzy pracownicy zamawiającego – nasi współpracownicy, którym ufamy, ludzie wydający się podobni do nas – angażują się w korupcję i nadużycia innego charakteru.

Badania amerykańskiego kryminologa i socjologa, Donalda R. Cresseya, wskazują na wagę jednoczesnego wystąpienia trzech czynników: presji, okazji i racjonalizacji. Graficznie zostały przedstawione w postaci tzw. trójkąta nadużyć.



Rysunek 11. Trójkąt nadużyć.

Presja (motywy) mają najczęściej charakter finansowy. Mogą być związane z chciwością, życiem ponad stan czy potrzebami wynikającymi z kosztownych nałogów (hazard, narkotyki). Mogą także wynikać z nagłych potrzeb finansowych, takich jak wpadnięcie w pułapkę kredytową, straty na giełdzie czy polislokatach, potrzeba sfinansowania kosztownej operacji czy utrata pracy przez małżonka. Czasami motywem może być presja innych osób: przełożonych, współpracowników, środowiska, życiowego partnera czy osób, którym chce się zaimponować. Motywy mogą być także osobiste, często związane z miejscem pracy, takie jak zemsta, wypalenie zawodowe czy chęć zapewnienia sobie środków finansowych na okres po przejściu na emeryturę lub zwolnieniu z pracy.

Działania zapobiegawcze, które może podjąć kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, obniżające poziom presji to przykładowo:

- znajomość personelu zajmującego się zamówieniami publicznymi, wzajemnych stosunków i relacji;
- zapewnienie możliwości kontaktu w sprawach zarówno służbowych, jak i osobistych;
- odsuwanie od zadań związanych z zamówieniami publicznymi osób mających nadmierne potrzeby finansowe: uzależnionych od hazardu, narkotyków, używek, prowadzących zbyt wystawny styl życia, stale zapożyczających się, ryzykujących oszczędności życia w wątpliwych inwestycjach;
- zapewnienie adekwatnego wynagrodzenia i warunków pracy, inwestowanie w rozwój zawodowy;

- stworzenie pracownikom jednostki warunków pomocy finansowej w nagłych sytuacjach życiowych poprzez kasy zapomogowo-pożyczkowe czy doraźne składki koleżeńskie;
- zdecydowana reakcja na przejawy mobbingu czy presji ze strony współpracowników.

Okazja czyni złodzieja, jak mówi przysłowie. Okazja to możliwości popełnienia nadużycia przy niskim prawdopodobieństwie wykrycia. W zamówieniach publicznych trudno zapobiec samemu wręczeniu czy przyjęciu nienależnej korzyści, dlatego należy się koncentrować na możliwościach skutecznego i bezkarnego popełnienia nadużycia, za które wręczana jest korzyść. Ogólnie mówiąc, im lepszy jest system kontroli zarządczej czy wewnętrznej oraz system antykorupcyjny – tym okazji jest mniej. Gdy system kontroli zarządczej jest nieefektywny, a systemu antykorupcyjnego brak – to okazje aż się proszą, aby z nich skorzystać.

Działania zapobiegawcze, które należy podjąć, to przykładowo:

- przegląd i usunięcie luk w wewnętrznych procedurach zamówień publicznych;
- rozciągnięcie wewnętrznych procedur na zamówienia nieobjęte prawem zamówień publicznych (np. podprogowe czy niejawne);
- przegląd i doprecyzowanie zakresów kompetencji i odpowiedzialności osób uczestniczących w procedurach zamówień publicznych i ich realizacji;
- zapewnienie właściwego dokumentowania i rozliczalności podejmowanych czynności, zapewnienie przejrzystości i praktycznego dostępu do informacji publicznej;

- przegląd lub ustanowienie wewnętrznego systemu antykorupcyjnego, obejmującego m.in. procedury reakcji na propozycje korupcyjne, na podejrzenia lub symptomy korupcji lub zmowy przetargowej, procedury zgłaszania i wewnętrznego wyjaśniania sygnałów o korupcji lub nadużyciach, procedury ochrony sygnalistów;
- prowadzenie szkoleń, opracowanie i dystrybucja materiałów informacyjnych z zakresu zamówień publicznych i antykorupcji;
- bieżący nadzór nad procesem;
- wyciąganie konsekwencji;
- analiza zakończonych postępowań oraz zrealizowanych umów pod kątem określania słabych i mocnych stron organizacji procesu, stałe uczenie się i doskonalenie.

Analizując przeprowadzone postępowania, można skorzystać z narzędzi takich jak barometr ryzyka korupcji w zamówieniach publicznych, dostępny na stronie <http://barometrryzyka.pl/>.

Trzecim bokiem trójkąta nadużyć jest **racjonalizacja**, czyli **samousprawiedliwienie się**. Racjonalizacja jest istotna zwłaszcza przy pierwszych przypadkach korupcji, zanim staną się one nawykiem. Sposoby samousprawiedliwienia się mogą być różne:

- „za mało zarabiam, odbieram tylko to, co mi się należy”;
- „wszyscy tak robią, inaczej wyszedłbym na idiotę”;
- „ci na górze nie są lepsi, nabierają chochlą, a ja tylko łyżeczką, najpierw niech sami przestaną brać”;
- „nikogo za to nie ukarano, nikt na to nie zwraca uwagi, więc chyba jest to naturalne”;

- „tylko raz, nikt się nie dowie, muszę to zrobić dla małżonka / dzieci / rodziny”;
- „oni nie zbiednieją, a ja nie naruszam prawa”;
- „ich na to stać, mają specjalny fundusz, ja nikogo nie krzywdzę”;
- „jeśli ja odmówię, to i tak znajdą kogoś innego”;
- „to była tylko obietnica, jeszcze się zastanowię, czy przyjmę korzyść”;
- „takie prezenty w biznesie to norma, nie rozumiem, dlaczego my mamy być pozbawieni naszych praw obywatelskich”;
- „to tylko zwyczajowy dowód wdzięczności, te promocyjne gadżety rozdają na prawo i lewo, przecież nie ma w tym nic złego”;
- „ten samochód przecież tylko czasowo testuję, potem go zwracam, więc o co chodzi?”;
- „muszę dbać o dobre relacje z kluczowymi wykonawcami”.

Zapobieganie racjonalizacji przejawów korupcji może obejmować szereg działań:

- zarządzanie przez wartości, budowa etosu służby publicznej, wskazanie, że nie jest to zwykła praca, ale służba obywatelom i Polsce;
- przywództwo etyczne, promocja zasad etycznego postępowania, kodeksy etyczne, ich wdrażanie, szkolenia, wskazywanie, jakie postępowanie jest, a jakie nie jest akceptowane;
- podnoszenie świadomości czym jest korupcja i jakie są jej negatywne skutki;
- proporcjonalne wyciągane konsekwencji, napiętnowanie łamania zasad;
- powołanie doradcy ds. etyki służącego radą w wątpliwych sytuacjach.

11.5. Dobre praktyki stosowane przez zamawiających

Jednym z przejawów postawy proaktywnej jest wyszukiwanie i wdrażanie dobrych praktyk, wychodzących poza to, co jest prawnie absolutnie niezbędne.

Czynnikiem ułatwiającym korupcję jest brak transparentności. Składanie wniosków o udostępnienie informacji publicznej jest czasochłonne dla wnioskodawców, a udzielanie odpowiedzi dla jednostki zamawiającej? Można praktycznie skokowo zwiększyć transparentność, publikując na swojej stronie wykaz wszystkich dokonanych wydatków, w tym dotyczących zamówień publicznych³⁷.

Problemem jest, do kogo wysłać zapytanie ofertowe przy zamówieniach podprogowych i czasochłonność prowadzenia korespondencji? A może zbyt mała liczba ofert w większych postępowaniach? Można przecież podłączyć się do biznesowych platform zakupowych³⁸.

Chcemy ograniczać korupcję we współpracy z wykonawcami? Możemy skorzystać z doświadczeń paktów uczciwości³⁹.

Czy mamy pewność, że nasi pracownicy mają wystarczającą świadomość ryzyka korupcji i zmyślenia przetargowej? Czy potrafią się odpowiednio zachować? Świadomość taka może być budowana lekturą tego poradnika i innych, przytoczonych w kolejnym rozdziale. Jej utrwalenie i internalizacja

³⁷ <https://otwarte.starachowice.eu/rejestr-wydatkow>

³⁸ <https://platformazakupowa.pl/starachowice>

³⁹ <http://paktuczciwosci.pl/>

wymaga szkoleń i warsztatów, z praktycznymi ćwiczeniami zachowania się w ryzykownych sytuacjach.

Warto być także na bieżąco ze stroną dobrych praktyk przygotowaną przez Urząd Zamówień Publicznych⁴⁰.

⁴⁰ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki>

12. Lektura uzupełniająca

Zachęcamy do lektury dodatkowych publikacji, w których znajdują Państwo wiele cennych informacji i wskazówek, rozszerzających materiał tego poradnika.

„Rekomendacje postępowań antykorupcyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych”, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Warszawa, 2015 r.

<http://antykorupcja.gov.pl/download/4/14331/2015.pdf>

„Wskazówki antykorupcyjne dla urzędników”, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Warszawa, 2015 r.

<http://antykorupcja.gov.pl/download/4/14332/2015.pdf>

„Świadomi nadużyć finansowych i korupcji. Podręcznik dla urzędników zajmujących się zamówieniami publicznymi”, Centralne Biuro Antykorupcyjne we współpracy z Międzynarodowym Bankiem Odbudowy i Rozwoju (Grupa Banku Światowego), Warszawa, 2015 r.

<http://antykorupcja.gov.pl/download/4/14006/SwiadominaduzyfinansowychikorupcjiPodrecznikdlaurzednikowzajmujacychsiezamowieni.pdf>

Maciej Wnuk, Adam Sawicki, **„Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik”**, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2017 r.

https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0030/35994/Konflikt-interesow-w-zamowieniach-publicznych.-Praktyczny-poradnik..pdf

Grzegorz Makowski, „**Korupcja a rynek zamówień publicznych – jak ją rozumieć, jak mierzyć?**”, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa, 2017 r.
http://barometrryzyka.pl/dokumenty/1_korupcja_a_zamowienia.pdf

„**Zmowy przetargowe**”, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wyd. III, Warszawa, 2017 r.

<https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=20405>

Lena Grzesiak, „**Przesłanki popełniania nadużyć w przedsiębiorstwach**”, Marketing i Rynek 4/2017, str. 83.

https://www.researchgate.net/publication/317264936_Przeslanki_popełniania_naduzyc_w_przedsiębiorstwach

Maciej Wnuk, „**Procedury antykorupcyjne w jednostkach sektora publicznego i prywatnego**”, Forum Media Polska, Poznań, 2017 r.

Podziękowania:

W trakcie opracowywania poradnika swoje cenne uwagi przedstawili nam: Michał Czuma, Michał Kulesza i Michał Orzechowski.

Praktyczny poradnik dla pracowników i kierowników zamawiającego

Publikacja została opracowana w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”.

Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne, w latach 2017- 2018.

ISBN: 978-83-88686-64-1

Warszawa 2018