

Uwagi w ujęciu komparatystycznym

Zwalczanie i zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych

Rozwiązania przyjęte w ustawie z 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej także Pzp) zakładają zwiększenie swobody zamawiających. Przejawia się ona m.in. odformalizowaniem postępowań poniżej wartości tzw. progów unijnych, zniesieniem prymatu trybów przetargowych czy też oczekiwaniem szerszego wykorzystywania kryteriów pozacenowych. Elastyczność postępowania niesie jednak ryzyko nasilenia mechanizmów korupcyjnych. Było to widoczne w momencie uchwalenia tzw. specustawy covidowej, która zniosła obowiązek stosowania przepisów Pzp do postępowań związanych z zapobieganiem i zwalczaniem pandemii. Potwierdziło to potrzebę rozważenia zmian rodzimych regulacji. Celem powinno być zagwarantowanie spójności systemu, polegającej z jednej strony na utrzymaniu swobody zamawiających, z drugiej zaś na uszczelnieniu regulacji *sensu largo* dotyczącej zapobiegania i zwalczania korupcji. Pomocna może się tu okazać analiza komparatystyczna i przyjrzenie rozumieniu zjawisk korupcji oraz mechanizmom jej zwalczania w porządkach prawnych innych państw.

MICHAŁ KANIA

Wprowadzenie

Realizacja celów stawianych przed należycie funkcjonującą regulacją dotyczącą zamówień publicznych wymaga oparcia jej na kilku fundamentalnych zasadach.

W literaturze zagranicznej słusznie zalicza się do nich m.in. ochronę i wspieranie konkurencyjności, uczciwość uczestników rynku zamówień publicznych (ang. *Integrity*) oraz przejrzystość procedury¹. Przedmiotem zainteresowania w niniejszym opracowaniu będzie problematyka

¹ Zob. Ch. Yukins: *Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law*, „Public Contract Law Journal”, Vol. 36, No. 3, 2007, s. 320.

określana w literaturze zagranicznej mianem „uczciwości”. Zagwarantowanie uczciwej procedury wiąże się przy tym z mechanizmami zapobiegania i zwalczania korupcji. Korupcja jest bowiem traktowana jako jeden z podstawowych czynników zakłócających efektywne wydatkowanie środków publicznych. Jej bezpośrednie koszty obejmują utratę środków publicznych z powodu niewłaściwej ich alokacji lub wyższych wydatków. Związane są również zwykle z niższą jakością zakupionych towarów, usług czy też robót budowlanych. Koszty pośrednie korupcji związane są z kolei – z trudnymi do wyceny – zakłóceniami konkurencji, ograniczaniem dostępu do rynku i mniejszą skłonnością do prowadzenia działalności gospodarczej przez potencjalnych wykonawców na rynku zamówień publicznych².

Obecna reforma polskiego Prawa zamówień publicznych, wprowadzona na mocy ustawy z 11 września 2019 roku³, zakłada zwiększenie swobody zamawiających w procedurze udzielania zamówień publicznych. Przyjmuje się bowiem założenie, że szersze kompetencje zamawiających powinny się przyczynić do podniesienia racjonalności zakupów publicznych. Istotne znaczenie ma w tym kontekście wprowadzenie *lege iuris* zasady efektywności, o której mowa

w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy⁴ czy też rezygnacja z zasady prymatu trybów przetargowych. Zakłada się również zwiększenie roli i udziału kryteriów pozacenowych, a tym samym wzrost znaczenia aspektów środowiskowych, społecznych oraz innowacyjnych. Zamówienia publiczne mają być traktowane jako inteligentna forma wspierania rozwoju gospodarczego, w tym konkurencyjności i innowacyjności polskiej gospodarki.

Długo oczekiwana modernizacja krajowego rynku zamówień publicznych może jednak nieść konkretne zagrożenia. Komparatystyczna obserwacja praktyki zamówień publicznych wskazuje, że większa elastyczność postępowania wiąże się zwykle z większym prawdopodobieństwem narażenia poszczególnych postępowań na określone nieprawidłowości. Dotyczy to przede wszystkim krajów, w których nie osiągnięto dostatecznego poziomu wykształcenia standardów administracji publicznej. Skrajnym, krajowym przypadkiem „uwolnienia” zakupów publicznych od regulacji prawa zamówień publicznych było przyjęcie 2 marca 2020 roku ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁵. Na wczesnym etapie zagrożenia

² Zob. OECD, Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju: *Preventing Corruption in public procurement*. 2016, s. 7 i 8.

³ Dz.U. z 2019 r. poz. 2019.

⁴ W świetle art. 17 ust. 1 pkt. 2 zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 374, zwana także „ustawą covidową”. Szerzej pisali o tym również: W. Robaczyński: *Dyscyplina finansów publicznych a stan epidemii – znaczenie nowych przepisów dla organów kontroli*, „Kontrola Państwowa” nr 5/2021, s. 16 oraz R. Kujawiński: *Nowe regulacje w kontroli zamówień publicznych – zasady, uwarunkowania i wpływ na działalność NIK*, „Kontrola Państwowa” nr 5/2021, s. 99.

epidemicznego uchwalono ustawę, która miała dostosowywać szereg obowiązujących w Polsce regulacji prawnych do potrzeb związanych ze zbliżającym się wówczas niebezpieczeństwem. Z praktycznego punktu widzenia, jednym z kluczowych obszarów regulacji zawartej w specustawie w sprawie koronawirusa stała się kwestia wyłączenia obowiązku stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych. Takie rozwiązanie zostało przewidziane w art. 6 ustawy covidowej. Zgodnie z zawartą w nim dyspozycją do zamówień, których przedmiotem były dostawy⁶ lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, nie stosuje się przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Wywołało to nasiloną dyskusję, w związku z licznymi wątpliwościami dotyczącymi zamówień na szczeblu rządowym, która dotyczyła zagrożeń związanych z szeroko rozumianą korupcją i nepotyzmem.

W celu uszczelnienia systemu, jak również osiągnięcia postulowanych celów wprowadzonych w 2021 roku przepisów z zakresu zamówień publicznych, warto zastanowić się nad zwiększeniem roli mechanizmów antykorupcyjnych. Bez stosowania

sójnej regulacji antykorupcyjnej, nawet należycie skonstruowany system zamówień publicznych może bowiem okazać się ułomny i patologiczny⁷.

Korupcja jest zjawiskiem groźnym, zarówno dla konkretnego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, jak i całego systemu. Na poziomie Unii Europejskiej brakuje całościowej regulacji antykorupcyjnej w tej dziedzinie⁸. Jest to związane przede wszystkim z ograniczeniami wynikającymi z zasady proporcjonalności i subsydiarności prawa Unii Europejskiej. Istniejące rozwiązania mają jedynie charakter cząstkowy i obejmują przede wszystkim takie instytucje, jak: regulacja konfliktu interesów (art. 24 dyrektywy UE⁹) oraz wykluczenie z postępowania (art. 57 dyrektywy UE). Całościową regulację antykorupcyjną w zamówieniach pozostawiono krajom członkowskim, w zależności od ich potrzeb związanych z identyfikacją tych zjawisk w praktyce.

Wartość polskiego rynku zamówień publicznych została wyceniona w 2020 roku na 281 mld zł. Udzielone zamówienia publiczne oszacowano zaś w 2020 roku na 183,5 mld zł, zawarto przy tym 135 048 umów w sprawach zamówień publicznych¹⁰. Brakuje szczegółowych danych dotyczących przypadków korupcji w ramach prowadzonych

⁶ W wersji uchwalonej 2.3.2020 była mowa o towarach.

⁷ Jednym z mechanizmów ograniczających ryzyko występowania zjawisk korupcyjnych pod rządami nowej ustawy powinna być elektroniczna procedura w ramach zamówień publicznych. K. Potapenko: *Przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych i nowy system e-zamówień „ProZorro” na Ukrainie*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa doktorantów UJ Nauki Społeczne” nr 17 (2/2017), s. 9-27.

⁸ Por. Ch. P. Moukiou: *The Principles of Transparency and Anti-Bribery in Public Procurement*, „EPPPL” 2/2016, s. 79.

⁹ Dyrektywa z 26.2.2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

¹⁰ Zob. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r.*, Warszawa 2021, s. 7.

postępowań, jak również mogących pojawić się na etapie wykonywania umów. Badania na temat korupcji w krajowych zamówieniach publicznych miały jak dotąd charakter wycinkowy. Zlecony przez Komisję Europejską w 2013 r. raport na temat zjawisk korupcyjnych w zamówieniach współfinansowanych ze środków unijnych wykazał np., że pojawiały się one w Polsce aż w 19-23 procentach krajowych postępowań¹¹.

Z kolei 23 stycznia 2020 roku ogłoszono wyniki następnej edycji Indeksu percepcji korupcji¹². Badanie prowadzone jest corocznie przez Transparency International, organizację międzynarodową działającą na rzecz przejrzystości i uczciwości w życiu publicznym i gospodarczym. Indeks bazuje na wielu źródłach. Raport powstaje na podstawie ankiety uzupełnianej przez przedstawicieli środowisk biznesowych, a także ocen sporządzanych przez ekspertów z danego kraju. Za 2019 rok ewaluacji poddano 180 krajów, które mogły otrzymać od 0 do 100 punktów, przy czym 0 pkt oznacza kraj wysoce skorumpowany, zaś 100 znikomą skalę korupcji. Polska zajęła dopiero 41 miejsce, otrzymując 58 pkt. Średni wynik dla grupy Europa Zachodnia i Unia Europejska, do której należy Polska, wynosił zaś 66 punktów.

O ryzyku występowania korupcji na krajowym rynku zamówień publicznych może w pewnym stopniu świadczyć liczba postępowań, w ramach których została przedstawiona tylko jedna oferta. Taka sytuacja generalnie świadczy o dysfunkcjach rynku zamówień publicznych, który *ex natura* powinien być atrakcyjny dla sektora prywatnego. Jedną z nich może być brak zainteresowania potencjalnych wykonawców ze względu na przekonanie o wysokim poziomie korupcji i braku realnych szans na zawarcie umowy. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę, że w Polsce odsetek postępowań z jedną ofertą jest najwyższy w UE i wynosi aż 46%.

Przyczyn zjawisk korupcyjnych może być bardzo wiele. Mają bardziej lub mniej złożony charakter, zawsze są związane z negatywną motywacją konkretnych osób. Mogą być wynikiem przemysłanych i długotrwałych zachowań określonej osoby lub grupy, ale również następować „pod wpływem chwili”. Przyczyny te mogą być również rozpatrywane z punktu widzenia zamawiającego i mieć zdecydowanie bardziej złożony i wielopłaszczyznowy charakter, jak również z perspektywy wykonawców, kiedy zwykle sprowadzają się do chęci uzyskania kontraktu i osiągnięcia w ten sposób zysku finansowego. Do najpopularniejszych w pierwszej grupie przyczyn zaliczyć należy

¹¹ Badanie oparto na danych z 8 państw Unii Europejskiej. Ich wybór był zatwierdzony przez Komisję Europejską (KE) i uwzględniał zarówno te o wysokim (Rumunia, Włochy), średnim (Polska, Hiszpania, Węgry, Litwa) i niskim (Holandia, Francja) poziomie korupcji. Badanie zostało przygotowane przez firmy PwC i Ecorys przy wsparciu Uniwersytetu w Utrechcie, na potrzeby KE. Jego celem było przygotowanie informacji, metodologii i narzędzi służących Komisji lub organom państw członkowskich we wprowadzaniu polityki antykorupcyjnej, a także zaprezentowanie metodologii do szacowania kosztów korupcji w zamówieniach publicznych w tych sektorach gospodarki, w których wykorzystywane są fundusze europejskie.

¹² Corruption Perceptions Index – CPI.

chęć wzbogacenia się przez określonego przedstawiciela zamawiającego lub osoby z nim związanej, w zamian za dokonanie określonej czynności na rzecz konkretnego wykonawcy. Wzbogacenie może przy tym polegać na przyjęciu korzyści majątkowej lub otrzymaniu innego rodzaju benefitu, np. zatrudnieniu osoby bliskiej u przedsiębiorcy.

Celem artykułu nie jest przedstawienie szczegółowego modelu zapobiegania i zwalczania korupcji w krajowym systemie prawa zamówień publicznych. Opracowanie ma być przyczynkiem do dyskusji nad koniecznością modernizacji regulacji i polityki antykorupcyjnej w krajowych zamówieniach publicznych w trosce o pełne wykorzystanie potencjału reformy wprowadzonej na mocy ustawy z 11 września 2019 roku.

Po pierwsze, zostanie wskazany zakres znaczeniowy pojęcia korupcji na podstawie aktów prawa międzynarodowego oraz polskiego. Następnie przedstawione sytuacje w trakcie postępowania, w których pojawia się ryzyko wystąpienia zjawisk korupcyjnych, określane mianem „czerwonych flag”. W dalszej kolejności będą omówione wybrane przykłady zapobiegania i zwalczania korupcji z perspektywy komparatystycznej.

Pojęcie korupcji w prawie międzynarodowym i polskim

Pojęcie korupcji wywodzi się z języka łacińskiego. *Corruptio* oznacza zepsucie, przekupstwo, sprzedajność. W języku potocznym korupcja to z kolei przyjmowanie łapówek przez urzędników lub funkcjonariuszy. Nie istnieje zatem jednolita definicja. Pojęcie to występuje w wielu obszarach badań naukowych, w tym w naukach ekonomicznych, socjologicznych, filozoficznych, psychologii oraz prawie. Korupcja w sensie ogólnym nie jest również terminem języka prawnego. Obejmuje bowiem zachowania, które nie są spenalizowane w prawie karnym, a więc takie, których popełnienie „co najwyżej” narusza zasady etyki, moralności, kultury, ale nie przepisy prawa karnego materialnego.

„Korupcja” jest również pojęciem prawnym, zdefiniowanym w prawie międzynarodowym i polskim. Pierwszą umową międzynarodową odnoszącą się do tych korupcji była Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, która weszła w życie 14 grudnia 2005 roku¹³. W art. 9 wskazano, że każde z państw stron, działając zgodnie z podstawowymi zasadami swojego systemu prawnego, podejmie niezbędne środki dla ustanowienia stosownych systemów odnoszących

¹³ Podpisanie Konwencji zostało poprzedzone zawarciem wielostronnych instrumentów mających na celu zapobieganie i zwalczanie korupcji, między innymi Ogólnoamerykańską Konwencją Zwalczania Korupcji przyjętą przez Organizację Państw Amerykańskich 29.3.1996, Konwencję dotyczącą walki z korupcją, w którą zaangażowani są funkcjonariusze Wspólnot Europejskich lub funkcjonariusze Państw Członkowskich Unii Europejskiej, przyjętą przez Radę Unii Europejskiej 26.5.1997, Konwencję zwalczania łapówkarstwa przez zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, przyjętą przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju 21.11.1997, Konwencję prawa karnego o korupcji przyjętą przez Radę Ministrów Rady Europy 27.1.1999, Konwencję prawa cywilnego o korupcji przyjętą przez Radę Ministrów Rady Europy 4.11.1999 oraz Konwencję Związku Afrykańskiego o zapobieganiu i zwalczaniu korupcji przyjętą przez głowy państw i rządów Związku Afrykańskiego 12.7.2003.

się do zamówień publicznych, opartych na przejrzystości, konkurencyjności i obiektywnych kryteriach przy podejmowaniu decyzji, które będą służyć między innymi zapobieganiu korupcji.

Kwestie dotyczące zapobiegania i zwalczania korupcji zostały również uregulowane w ustawie modelowej UNCITRAL o zamówieniach¹⁴. W art. 21 ustawy wskazano, że podmiot zamawiający wyklucza dostawcę lub wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy ten oferuje, wręcza lub zgadza się wręczyć, bezpośrednio lub pośrednio, jakiegokolwiek obecnemu lub byłemu urzędnikowi lub pracownikowi podmiotu zamawiającego lub innego organu rządowego gratyfikację w jakiegokolwiek formie, ofertę zatrudnienia lub jakąkolwiek inną rzecz o charakterze usługowym lub wartościowym, w celu wywarcia wpływu na działanie lub decyzję lub procedurę stosowaną przez podmiot zamawiający w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Również dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych¹⁵ odnosi się do kwestii korupcji przede wszystkim w kontekście wykluczenia z postępowania nieuczciwych wykonawców. W pkt. 100 preambuły wskazano, że nie należy udzielać zamówień

wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano winnymi korupcji, nadużycia ze szkodą dla interesów finansowych Unii, przestępstw terrorystycznych, prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. W świetle pkt. 126 preambuły możliwość przesłedzenia i przejrzystość procesu podejmowania decyzji w postępowaniach o udzielenie zamówienia są niezbędne do zapewnienia ich prawidłowości, w tym skutecznego zwalczania korupcji i oszustw. W samym tekście dyrektywy korupcja potraktowana została jako przesłanka obligatoryjnego wykluczenia wykonawców z postępowania. Zgodnie z art. 57 dyrektywy instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy został wydany prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej¹⁶ i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW¹⁷, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy.

¹⁴ UNCITRAL Model Law on Public Procurement, Zob. np. Ch. Yukins: *Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law*, „Public Contract Law Journal”, Vol. 36, No. 3, 2007.

¹⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

¹⁶ Decyzja ramowa Rady 2008/841/WSiSW z 24.10.2008 w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej (Dz.U. L 300 z 11.11.2008, s. 42).

¹⁷ Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z 22.7.2003 w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz.U. L 192 z 31.7.2003, s. 54).

W celu zrekonstruowania zakresu znaczeniowego pojęcia korupcji dyrektywa odsyła zatem do dwóch wymienionych wyżej aktów. W świetle art. 2 Konwencji korupcję bierną stanowi umyślne działanie urzędnika, który bezpośrednio lub za pośrednictwem żąda lub otrzymuje korzyści dowolnego rodzaju dla siebie lub strony trzeciej lub przyjmuje obietnicę takiej korzyści w zamian za dokonanie lub powstrzymanie się, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z jego funkcji lub w ramach wykonywania jego funkcji. Korupcja czynna z kolei, zgodnie z art. 3, stanowi umyślne działanie kogokolwiek, polegające na dawaniu obietnicy lub przekazywaniu, w sposób bezpośredni lub za pośrednictwem, korzyści dowolnego rodzaju urzędnikowi lub stronie trzeciej, aby sprawić, że osoba ta dokona lub powstrzyma się, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z jej funkcji lub w ramach wykonywania jej funkcji.

Zgodnie z decyzją ramową Rady 2003/568/WSISW z 22 lipca 2003 roku w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym, obejmuje ona następujące działania umyślne stanowiące przestępstwo, jeżeli mają miejsce w toku działań gospodarczych:

a) obiecywanie, oferowanie lub przekazywanie, bezpośrednio lub przez pośrednika, osobie, która sprawując jakąkolwiek

funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracując, nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, z przeznaczeniem dla tej osoby lub dla strony trzeciej, w takim celu, aby ta osoba podjęła działania lub powstrzymała się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby;

b) żądanie lub otrzymywanie – bezpośrednio lub przez pośrednika – nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju lub też przyjmowanie obietnicy takiej korzyści, z przeznaczeniem dla siebie lub strony trzeciej, przy zarządzaniu podmiotem w sektorze prywatnym lub wykonywaniu w nim pracy na jakimkolwiek stanowisku, w celu podjęcia działań lub powstrzymania się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby.

Na poziomie prawa unijnego warto również zwrócić uwagę na rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, EURATOM) nr 883/2013 z 11 września 2013 roku dotyczące dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych¹⁸ (dalej także OLAF, Urząd). Celem rozporządzenia było wzmocnienie dostępnych środków do zwalczania nadużyć finansowych, przy jednoczesnym poszanowaniu zasady wewnętrznej autonomii organizacyjnej każdej z instytucji. W tym celu, decyzją 1999/352/WE, Komisja Europejska utworzyła, jako jedną ze swoich służb, Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć

¹⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 883/2013 z 11.9.2013 dotyczące dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1073/1999 Parlamentu Europejskiego i Rady i rozporządzenie Rady (Euratom) nr 1074/1999.

Finansowych¹⁹ odpowiedzialny za prowadzenie dochodzeń administracyjnych o takim charakterze. Komisja przyznała Urzędowi całkowitą niezależność w wykonywaniu zadań dochodzeniowych. Decyzja 1999/352/WE przewiduje m.in., że OLAF korzysta z uprawnień przyznanych na mocy prawa Unii. Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia Urząd zapewnia państwom członkowskim pomoc ze strony Komisji w organizacji ścisłej i regularnej współpracy między ich właściwymi organami w celu koordynowania ich działań służących ochronie interesów finansowych Unii przed nadużyciami finansowymi. Urząd uczestniczy również w opracowywaniu i rozwijaniu metod zapobiegania im oraz korupcji i wszelkiej innej nielegalnej działalności na szkodę interesów finansowych Unii oraz zwalczania tych zjawisk. Urząd promuje i koordynuje, wraz z państwami członkowskimi oraz wśród nich, dzielnie się doświadczeniami operacyjnymi oraz najlepszymi rozwiązaniami proceduralnymi w dziedzinie ochrony interesów finansowych Unii, a także wspiera wspólne działania na rzecz zwalczania nadużyć finansowych podejmowane dobrowolnie przez państwa członkowskie. W świetle zaś art. 1 ust. 4 rozporządzenia 883/2013 OLAF prowadzi dochodzenia administracyjne w instytucjach, organach, urzędach i agencjach ustanowionych Traktatami lub na ich podstawie w celu zwalczania

nadużyć finansowych, korupcji oraz wszelkiej innej nielegalnej działalności na szkodę interesów finansowych Unii. W tym celu Urząd prowadzi dochodzenia w poważnych sprawach związanych z wypełnianiem obowiązków służbowych, stanowiących zaniechanie obowiązków urzędników i innych pracowników Unii, które może prowadzić do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego lub, w zależności od przypadku, postępowania karnego, lub równoważne niedopełnienie obowiązków przez członków instytucji i organów, szefów urzędów i agencji lub członków personelu instytucji, organów, urzędów lub agencji niepodlegających regulaminowi pracowniczemu.

Warto również wspomnieć o definicji korupcji zawartej w regulacjach Banku Światowego (dalej także BŚ, Bank). Bank podejmuje bowiem działania mające na celu jej zapobieganie i zwalczanie w procedurze wydatkowania środków należących do niego, tworząc rozwiązania wzorcowe dla innych organizacji zajmujących się zamówieniami publicznymi²⁰. Bank Światowy przyjął cztery znormalizowane definicje odnoszące się do przestępstw korupcyjnych, które podlegają sankcjom administracyjnym. Są to: praktyki korupcyjne, nadużycia, zmowa i przymus. Bank Światowy może także ukarać spółkę lub osobę fizyczną za tzw. praktyki utrudniające prowadzenie czynności dochodzeniowych. Praktyka korupcyjna w świetle

¹⁹ *Office de Lutte Anti-Fraude*. Więcej na temat działalności OLAF: Marcin Krawczak: *OLAF w systemie kontroli Unii Europejskiej – Urząd do spraw Zwalczania Nadużyć Finansowych*, „Kontrola Państwowa” nr 6/2021, s. 24.

²⁰ Zob. np. Ch. Yukins: *Rethinking the World Bank’s Sanctions System*, „The Government Contractor”, Vol. 55, No. 42/2013, s. 354; P. H. Dubois: *Domestic and International Administrative Tools to Combat Fraud & Corruption: A Comparison of US Suspension and Debarment with the World Bank’s Sanctions System*, „University of Chicago Legal Forum”, Vol. 2012, Issue 1, Article 10, s. 196 i nast.

regulacji Banku to proponowanie, wręczanie lub nakłanianie do proponowania czy wręczania, bezpośrednio lub pośrednio, jakiegokolwiek dobra w celu nieuzasadnionego wpływania na czynności strony drugiej. Nadużycie to z kolei jakakolwiek czynność lub zaniechanie czynności, włącznie ze świadomym lub nierozważnym wprowadzeniem w błąd lub zamiarem wprowadzenia w błąd w celu przyjęcia finansowej lub innej korzyści, lub uniknięcia zobowiązania. Przymus oznacza osłabianie lub szkodenie, lub groźbę osłabienia lub szkodenia, bezpośrednio lub pośrednio, pozycji jakiegokolwiek strony lub własności strony w celu wywierania niewłaściwego wpływu na działania przez nią podejmowane. Zmowa to ustalenia poczynione między dwiema lub więcej stronami służące osiągnięciu nienależnej korzyści, włącznie z niewłaściwym wywieraniem wpływu na inną stronę.

W prawie krajowym przepisy związane z korupcją zostały uregulowane przede wszystkim w Kodeksie karnym. W rozdziale XXIX Kodeksu²¹ wyróżniono cztery podstawowe formy korupcji: sprzedajność urzędniczą (łapownictwo bierno), przekupstwo, płatną protekcję bierną oraz czynną, przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków.

Przestępstwo łapownictwa biernego uregulowane zostało w art. 228 k.k. Ma ono charakter indywidualny. Sprawcą może być wyłącznie osoba pełniąca funkcję publiczną. Pojęcie to zostało z kolei zdefiniowane w art. 115 § 19 Kodeksu karnego.

W świetle tego przepisu osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Biorąc pod uwagę argumenty wykładni systemowej oraz celowościowej pojęcie zatrudnienia należy przy tym rozumieć szeroko, jako wykonywanie określonych świadczeń (usług) na rzecz konkretnego podmiotu, także na podstawie umów o charakterze cywilnoprawnym, takich jak np.: umowa-zlecenie czy też umowa o dzieło. Wskazana definicja obejmuje swoim zakresem również osoby wykonujące pracę u zamykającego.

Artykuł 228 k.k. wskazuje na konieczność zaistnienia korzyści majątkowej lub osobistej. Korzyść majątkowa ma mieć wartość ekonomiczną, wyrażoną w pieniądzu, choć nie musi mieć postaci pieniędzy. Precyzyjne określenie tej kwoty nie zawsze jest możliwe²². Korzyścią osobistą będzie z kolei korzyść niewymierna w pieniądzu. Korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego. Obietnica korzyści może być wyartykułowana w każdy sposób mogący wywołać u adresata wrażenie, że zostanie ona spełniona. Nie będzie zatem można tak potraktować obietnic w sposób

²¹ Ustawa z 6.6.1997 – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 Nr 88 poz. 553).

²² Postanowienie SN z 13.2.2008, III KK 369/07, OSNKW 2008/6, poz. 46.

oczywisty i obiektywny niemożliwych do spełnienia²³.

Przestępstwo przekupstwa zostało uregulowane *lege iuris* na gruncie art. 229 k.k. Czynność sprawcza w typie podstawowym polega na udzieleniu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z tą funkcją²⁴. Przestępstwo przekupstwa ma charakter formalny. Jest dokonane w czasie udzielenia korzyści lub jej obietnicy, niezależnie od tego, czy wystąpiły jakiegokolwiek skutki. Przestępstwo przekupstwa ma charakter powszechny. Sprawcą w jego wszystkich typach może być każdy, w tym także osoby związane z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego. Warto zwrócić uwagę, że art. 229 par. 5 k.k. rozciąga karalność łapownictwa czynnego także na sytuacje, gdy korzyść lub jej obietnica są udzielane osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej.

Przestępstwo płatnej protekcji biernej ujęto w art. 230 k.k. Z kolei płatna protekcja czynna została uregulowana w art. 230a. Strona przedmiotowa przestępstwa płatnej protekcji polega na podjęciu się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego, w zamian za korzyść majątkową lub jej obietnicę, przez powołanie się na swoje wpływy w tych instytucjach²⁵. Czynność wykonawcza, o której mowa

w art. 230 k.k., polega na dwóch zachowaniach. Po pierwsze, sprawca albo powołuje się na wpływy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej lub krajowej bądź zagranicznej jednostce dysponującej środkami publicznymi albo wywołuje u innej osoby takie przekonanie, albo utwierdza ją w tym przekonaniu. Po drugie, sprawca podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w zamian za korzyść majątkową, osobistą albo jej obietnicę. Dwa wskazane elementy muszą wystąpić łącznie²⁶. Wpływy, o których mowa w komentowanym przepisie, mogą być różnego rodzaju, w szczególności oparte na relacjach osobistych lub służbowych²⁷. Powoływanie się na wpływy powinno być wyartykułwane wyraźnie, jeśli sprawca robi to w sposób dorozumiany (np. nie zaprzecza twierdzeniom innej osoby), będzie można mówić o wywoływaniu przekonania lub utwierdzaniu w nim. Pośrednictwo oznacza bycie łącznikiem pomiędzy oferującym korzyść albo jej obietnicę a osobą uprawnioną do załatwienia sprawy lub mającą wpływ na jej załatwienie²⁸. Dla wyczerpania znamion przestępstwa nie ma znaczenia, czy sprawca rzeczywiście może wpłynąć na załatwienie sprawy. Wystarczy, że podejmuje się wywarcia takiego wpływu. W perspektywie działań korupcyjnych, które mogą pojawić się w praktyce zamówieniowej warto wskazać, że sprawca nie musi powoływać się

²³ Zob. V. Konarska-Wrzosek (red.): *Kodeks karny*. LEX, Komentarz, wyd. III, komentarz do art. 228.

²⁴ Zob. M. Mozgawa (red.): *Kodeks karny*. LEX, Komentarz do art. 229 (aktualizowany).

²⁵ Zob. T. Bojarski (red.): *Kodeks karny*. LEX, Komentarz do art. 230 k.k., wyd. VII.

²⁶ Zob. M. Mozgawa (red.): *Kodeks karny*. LEX, Komentarz do art. 230 k.k. (aktualizowany).

²⁷ Zob. V. Konarska-Wrzosek (red.): *Kodeks karny*. LEX, Komentarz, wyd. III, komentarz do art. 230.

²⁸ Tamże.

na swoje bezpośrednie wpływy w instytucji, lecz może także powołać się na inną osobę, która ma wpływ bezpośredni na osobę powiązaną z instytucją²⁹.

W wypadku czynnej protekcji płatnej czynność wykonawcza polega na udzieleniu korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce dysponującej środkami publicznymi. Pośrednictwo, o którym mowa, powinno polegać na bezprawnym wywarceniu wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji³⁰.

Przestępstwo nadużycia uprawnień zostało uregulowane w art. 231 k.k. Czynność wykonawcza polega w tym wypadku na działaniu na szkodę interesu

publicznego lub prywatnego. Należy przyjąć, że ma to miejsce wówczas, kiedy z zachowania funkcjonariusza może wynikać taka szkoda³¹. Jest to przestępstwo bezskutkowe. Nie jest konieczne, by wystąpił jakikolwiek uszczerbek w chronionych prawem dobrach. Działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego powinno nastąpić w związku z przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków, przy czym źródła jednych i drugich są określane w normach prawnych regulujących kompetencje konkretnych funkcjonariuszy³².

„Czerwone flagi” w postępowaniach o udzielenie zamówienia

Ryzyko związane z wystąpieniem zachowań korupcyjnych może pojawiać się na każdym etapie procesu udzielania zamówień, począwszy od planowania

²⁹ Zob. wyrok SN z 10.10.2007 r., III KK 25/07, OSNwSK 2007/1, poz. 2200.

³⁰ Zob. M. Mozgawa (red.): *Kodeks karny*. LEX, Komentarz do art. 230a k.k. (aktualizowany).

³¹ Zob. M. Mozgawa (red.): *Kodeks karny*. LEX, Komentarz do art. 231 k.k. (aktualizowany).

³² Pojęcie korupcji pojawia się również w ustawie z 9.6.2006 o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Zgodnie z art. 1 ust. 3a ustawy korupcją w rozumieniu ustawy jest czyn:

- 1) polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji;
- 2) polegający na żądaniu lub przyjmowaniu przez osobę pełniącą funkcję publiczną bezpośrednio, lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji;
- 3) popełniany w toku działalności gospodarczej, obejmującej realizację zobowiązań względem władzy (instytucji) publicznej, polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub pośrednio, osobie kierującej jednostką niezaliczaną do sektora finansów publicznych lub pracującej w jakimkolwiek charakterze na rzecz takiej jednostki, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub na rzecz jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki i stanowi społecznie szkodliwe odwzajemnienie;
- 4) popełniany w toku działalności gospodarczej, obejmującej realizację zobowiązań względem władzy (instytucji) publicznej, polegający na żądaniu lub przyjmowaniu bezpośrednio lub pośrednio przez osobę kierującą jednostką niezaliczaną do sektora finansów publicznych lub pracującą w jakimkolwiek charakterze na rzecz takiej jednostki, jakichkolwiek nienależnych korzyści lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki i stanowi społecznie szkodliwe odwzajemnienie.

i przygotowania postępowania przez etap jego udzielenia, aż po realizację. Z praktycznego punktu widzenia istotną rolę powinny odgrywać symptomy, które zazwyczaj towarzyszą lub zapowiadają występowanie zjawisk korupcyjnych. W literaturze zagranicznej, jak również wśród praktyków takie symptomy zwykło się określać mianem „czerwonych flag”. Ich występowanie niekoniecznie musi być dowodem na istnienie korupcji. Może być również przejawem niekompetencji zamawiających. Powinno być jednak traktowane jako sygnał, że może dziać się coś niepokojącego i że warto to sprawdzić. Poniżej zostaną wskazane wybrane przypadki pojawienia się tzw. czerwonych flag w procedurze zamówień publicznych³³.

Ryzyko wystąpienia zachowań korupcyjnych w fazie planowania i przygotowania postępowania jest związane z chęcią ukształtowania warunków udziału w nim, w taki sposób, aby preferować konkretnego wykonawcę i w konsekwencji doprowadzić do wyeliminowania konkurentów. Do „czerwonych flag” na tym etapie zalicza się m.in. sytuację, w której przedmiot zamówienia zostaje określony zbyt precyzyjnie, zwłaszcza w części technicznej, jak również gdy przedmiot zamówienia został określony mało precyzyjnie, zwłaszcza jeśli chodzi o usługi. Inny symptom związany jest z sytuacją, w której występują niejednoznaczne, niezrozumiałe lub wprowadzające w błąd określenie kryteriów oceny

ofert: zwłaszcza niejasności w określeniu punktacji kryteriów pozacenowych, czasami także cen ofertowych czy też występowaniu nieracjonalnych kryteriów pozacenowych (pozakosztowych) lub w przyjęciu ich nieracjonalnie dużej wagi³⁴.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystąpienie symptomów mogących zwiastować zachowania korupcyjne jest związane przede wszystkim z ukształtowaniem wymogów kwalifikacji wykonawców oraz kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. Jeśli chodzi o pierwszy czynnik, działania korupcyjne mogą być kontynuacją zachowań podjętych w pierwszej fazie, bądź też przybrać postać niezależnych czynności. Celem korupcji będzie takie ukształtowanie wymogów stawianych wykonawcom w odniesieniu do udziału w postępowaniu, które w konsekwencji doprowadzi do wyeliminowania części konkurencji. Do symptomów na tym etapie postępowania zaliczyć należy w szczególności manipulacje związane z udzielaniem wyjaśnień wykonawcom, udzielanie zdawkowych wyjaśnień lub nie odnoszących się do pytania, nieracjonalny opór przed poprawieniem błędów i nieprawidłowości w specyfikacji wskazanych przez wykonawców, czy też wywieranie presji lub wyrażanie wobec członków komisji oczekiwań lub opinii odnośnie do wybrania lub niewybrania określonego wykonawcy lub produktu przez innych członków lub osoby spoza komisji³⁵.

³³ Ich szczegółowy wykaz wraz z pożądaną reakcją przedstawiony został w opracowaniu M. Wnuk, K. Krak, M. Żelewski: *Świadomość ryzyka korupcji i mowy przetargowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018 r.

³⁴ Tamże, s. 64-65.

³⁵ Tamże, s. 71-77.

Na etapie realizacji umowy zachowania korupcyjne będą zwykle zmierzały do zagwarantowania braku należytej kontroli nad realizowanym zamówieniem bądź na braku wyciągania odpowiednich konsekwencji wyników związku z ustaleniami, przeprowadzonych kontroli polegających np. na braku naliczania kar umownych. Możliwą jest również sytuacja, w której zachowania korupcyjne będą miały na celu korzystną dla wykonawcy zmianę umowy. Do symptomów takich zachowań zalicza się również np. nierzetelny odbiór przedmiotu zamówienia.

Wybrane mechanizmy przeciwdziałania i zwalczania korupcji

W dyrektywie UE zachęca się państwa do podjęcia działań mających na celu zapobieganie i zwalczanie mechanizmów korupcyjnych w ramach procedur zamówieniowych. Mogą one opierać się na klasycznych sankcjach karnych. Przyjmują również postać środków prowadzących bezpośrednio do wyeliminowania wykonawców dopuszczających się praktyk korupcyjnych z rynku zamówień publicznych. Dużą rolę odgrywają również działania szkoleniowe i informacyjne. Kluczowe znaczenie dla zwalczania korupcji na rynku krajowych zamówień publicznych ma Centralne Biuro Antykorupcyjne (CBA). Do zadań CBA należy ujawnianie przypadków nieprzestrzegania określonych przepisami prawa procedur podejmowania

i realizacji decyzji m.in. w przedmiocie udzielania zamówień publicznych.

Problem korupcji w zamówieniach publicznych ma charakter globalny. Skandale z tym związane mogą wybuchnąć w każdym zakątku globu. Korupcja jest bowiem obecna w każdym kraju i w każdym systemie zamówień publicznych³⁶. Różnice dotyczą jednak poziomu jej występowania, świadomości wynikających z niej zagrożeń oraz działań systemowych zmierzających do jej wyeliminowania. Kraje aspirujące do miana tych, które posiadają nowoczesny system zamówień publicznych czynią problem zwalczania korupcji jednym z centralnych elementów punktów budowy swojego otoczenia rynkowego. Promują wiedzę i rozwiązania antykorupcyjne. Bez wątpienia nowoczesny model zamówień publicznych, oparty na rozwiązaniach ustawy z 11 września 2019 roku, zasługuje na wypracowanie szczelnej ochrony antykorupcyjnej.

Poniżej zostaną zasygnalizowane wybrane rozwiązania mające na celu zapobieganie i zwalczanie korupcji w praktyce amerykańskiej oraz niemieckiej.

Interesujące rozwiązania przyjęto w amerykańskiej regulacji w zakresie zamówień publicznych na poziomie rządowym – *Federal Acquisition Regulation (FAR)*³⁷. Mają charakter powszechnie obowiązujący. Są to m.in. obowiązek posiadania polityki *compliance* (zgodności, o czym szerzej napisano poniżej)

³⁶ Zob. np. J. Tilipman: *A House of Cards Falls: Why "Too Big to Debar" is All Slogan and Little Substance*, „Fordham Law Review Res Gestae” Volume 80, 49/2012.

³⁷ Na temat amerykańskich regulacji prawnych w zakresie zamówień rządowych zob. np. Ch. Yukins: *The U.S. Federal Procurement System: An Introduction*, „Procurement Law Journal” No. 2-3/2017.

przez wykonawców przed przystąpieniem do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jak również konstrukcje tzw. niezależnego obserwatora, wyznaczanego na podstawie umowy administracyjnej zawieranej pomiędzy zagrożonymi wykluczeniem wykonawcami a agencjami rządowymi.

W celu eliminowania tzw. ryzyka reputacyjnego – polegającego na zawieraniu umów w sprawach zamówień publicznych z podmiotami, które nie dają gwarancji uczciwości w swoich działaniach – prawodawca amerykański wprowadził obowiązek posiadania odpowiednich programów *compliance* już na etapie ubiegania się o jakiegokolwiek zamówienia rządowe. *Compliance* jest przy tym rozumiane jako polityka wewnętrzna obowiązująca w danym przedsiębiorstwie, której celem jest doprowadzenie do zgodności z obowiązującymi regulacjami prawnymi oraz wysokimi standardami panującymi na rynku amerykańskich rządowych zamówień publicznych. Polityka *compliance* ma zatem charakter regulacji wewnętrznych, których wdrożenie ma na celu realizację przepisów powszechnie obowiązujących zawartych w FAR. Regulacje te obejmują zarówno przepisy prawa powszechnie obowiązującego, jak również różnego rodzaju wytyczne³⁸. Chodzi zatem zarówno o dotrzymanie standardów ustawowych, jak i etycznych czy też związanych z dobrymi praktykami przyjętymi w obrocie

gospodarczym. Przed wdrożeniem polityki koniecznym staje się dokonanie wszechstronnej analizy ryzyka, które może pojawić się u danego zamawiającego. Następnie wprowadza się rozwiązania, które mają zapobiegać zwalczaniu zachowań korupcyjnych. Punktem wyjścia do wprowadzenia *compliance* w zakresie zapobiegania korupcji jest założenie, zgodnie z którym zagrożenia korupcyjne mogą pochodzić zarówno ze środowiska zewnętrznego, jak i od samych pracowników zamawiającego. Istotne jest jasne zarysowanie i przedstawianie misji związanej z tego rodzaju polityką. W związku z tym kluczowe stają się szkolenia dotyczące zjawisk korupcyjnych, ich identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania. Ponadto dużą wagę przywiązuje się do kontroli wewnętrznej wykonywanej w jednostkach zamawiających. Polityce *compliance* towarzyszy zwykle wprowadzenie kodeksu zachowania pracownika jednostki odnoszącego się do postępowania względem wykonawców, kontaktów z nimi, przyjmowania prezentów, udziału w przedsięwzięciach organizowanych przez wykonawców itp.³⁹ Kluczowe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania polityki ma komunikacja w jednostce. Powinna obejmować relacje pomiędzy pracownikami, pracownikami a kierownikiem jednostki oraz pracownikami a pełnomocnikiem lub działem odpowiedzialnym za zwalczanie zachowań korupcyjnych.

³⁸ Zob. J. Wood: *Government Contractors Standards of Ethical Conduct: The Need for a More Detailed Regulatory Scheme*, 36 Pub. Cont. L.J. 437 (2007).

³⁹ Zob. np. J. Tillipman: *Gifts, Hospitality & the Government Contractor*, „BRIEFING PAPERS”, No. 14-7/2014.

Podobne rozwiązanie zostało przyjęte w brytyjskiej ustawie *Bribery Act*⁴⁰ oraz francuskiej ustawy „Sapin II”⁴¹. Omawiane rozwiązanie różni się jednocześnie od tych przyjętych *lege iuris* w przepisach unijnych w ramach tzw. instytucji samooczyszczenia (ang. *Self-cleaning*). Zgodnie bowiem z art. 57 dyrektywy UE wdrożenie odpowiednich rozwiązań, w tym konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie, aby zapobiegać dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu, może nastąpić *ex post*, stanowiąc przesłankę mechanizmu samooczyszczenia wykonawcy. Amerykańskie rozwiązanie tymczasem opiera się na założeniu, zgodnie z którym jedynie przedsiębiorcy, którzy zawczasu wdrożyli odpowiednie procedury *compliance* mogą planować udział w postępowaniach o udzielenie kontraktów rządowych. Węższe podejście prezentowane w dyrektywie UE może wynikać z ogólnego założenia celu polityki prawodawcy unijnego, który zakładając nadrzędne znaczenie zasady konkurencji, dopuszcza wykonawców – pomimo popełnienia przez nich określonych czynów karalnych – jeśli wykazują chęć dokonania tzw. aktu samooczyszczenia. Cel ten, oparty na polityce wspierania konkurencyjności i integracji UE różni się od restrykcyjnego podejścia amerykańskiego, w którym nadrzędną rolę

pełni ochrona interesów podatnika amerykańskiego.

Nie ma obecnie przeszkód, aby w prawie polskim wprowadzić rozwiązanie wzorowane na podejściu amerykańskim, uwzględnione również w ustawodawstwie francuskim oraz brytyjskim. Zakładałoby ono konieczność posiadania i wdrożenia odpowiedniej polityki *compliance*, kładącej szczególny nacisk na działania antykorupcyjne każdego wykonawcy przystępującego do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Ewentualne działania polegające na tzw. samooczyszczeniu wykonawców miałyby w takiej sytuacji charakter korygujący, nie zaś fundamentalny.

Kolejnym interesującym rozwiązaniem na rynku amerykańskim jest instytucja tzw. niezależnego obserwatora’ (ang. *Independent monitor*)⁴². Zostało ono przewidziane w FAR, posiada zatem charakter powszechnie obowiązujący. Osoba pełniąca wskazaną funkcję pojawia się w sytuacji naruszenia przez wykonawców przepisów prawa, będących podstawą do ich wykluczenia z rynku zamówień publicznych, w tym regulacji dotyczących korupcji. Wyznaczenie niezależnego obserwatora następuje zwykle na podstawie umowy administracyjnej (ang. *Administrative agreement*), zawieranej pomiędzy agencją rządową a wykonawcą, który dopuścił się czynu grożącego wykluczeniem z rynku⁴³.

⁴⁰ Zob. N. Kochan: *The UK Bribery Act – Britain’s New Legal Landscape*, „Crim. Just.”, Fall 2013, s. 46.

⁴¹ Zob. S. Bonifassi: *The New “Sapin II” French Anti-Corruption Law*, 33 Int’l Enforcem. L. Rep. 21 (2017).

⁴² Zob. J. Pachter: *Independent Monitors: What They Do and How to Avoid the Need for Them*, „Federal Contracts Report”, 100 FCR 637, 2013.

⁴³ Zob. np. Ch. Yukins, M. Kania: *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU’s Next Steps in Procurement*, „UrT” No 47/2019, s. 72 i nast.

Zadaniem obserwatora jest wzmocnienie wewnętrznej organizacji wykonawców tak, aby w przyszłości nie dochodziło do podobnych naruszeń. Niezależny obserwator może zatem sugerować określone rozwiązania organizacyjne, techniczne oraz kadrowe, które mają służyć zapobieganiu i zwalczaniu nawet załączków mechanizmów korupcyjnych. W trakcie współpracy z wykonawcą niezależny obserwator składa raporty z postępów pracy odpowiedniej agencji rządowej z ewentualną rekomendacją dopuszczenia do rynku zamówień wykluczonego wykonawcy.

Warto również śledzić rozwój amerykańskich prac nad wykorzystaniem sztucznej inteligencji do wykrywania zagrożeń korupcyjnych pojawiających się w praktyce gospodarczej⁴⁴. Rozwiązania te opierają się m.in. na wykorzystaniu metod NLP związanych z przetwarzaniem języka naturalnego. NLP to proces pozyskiwania językowych danych wejściowych w postaci tekstu oraz mowy, przekazanie ich do odpowiedniego algorytmu i utworzenie ustrukturyzowanych danych wyjściowych⁴⁵. Wskazane rozwiązania mogą zostać z powodzeniem wykorzystywane do identyfikacji zwrotów językowych odpowiednio skonfigurowanych z omówionymi powyżej tzw. czerwonymi flagami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub z etapem realizacji umowy. Określone konstrukcje językowe użyte w dokumentach zamówieniowych,

байд в trakcie negocjacji mogą sygnalizować potencjalne ryzyko korupcyjne. Odpowiednie wykorzystanie rozwiązań bazujących na sztucznej inteligencji może służyć samemu zamawiającemu, jak również instytucjom kontrolującym zamówienia, wskazując na pojawiające się zagrożenia. Nie ma przeszkód aby podobne, wzorcowe rozwiązania zostały opracowane i wdrożone przez krajowe instytucje odpowiedzialne za rozwój rynku zamówień publicznych w Polsce. Wydają się tym bardziej możliwe w kontekście pełnej elektronizacji procedur zamówień publicznych w Polsce.

Inne interesujące przykłady zapobiegania praktykom korupcyjnym płyną z ustawodawstwa niemieckiego. Jednym z nich jest zawieranie tzw. umów o uczciwości (niem. *Integritätsklauseln*). Rozwiązanie to o charakterze regulacji wewnętrznych zastosowano m.in. podczas zamówienia publicznego związanego z budową portu lotniczego Schönefeld w Berlinie⁴⁶. Umowa łączyła wszystkich uczestników postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w tym zamawiającego, projektantów, wykonawców, biegłych a jej przedmiotem było zobowiązanie do powstrzymania się przed działaniami noszącymi znamiona korupcji. Umowa uwzględniała przepisy dotyczące praktyki antykorupcyjnej uregulowanej w aktach prawa międzynarodowego. W umowie znalazły się m.in. postanowienia zobowiązujące zamawiającego

⁴⁴ Zob. np. *AI for corporate integrity: identifying partner corruption risk with data science*, „MSJAR”, Vol 12/2020.

⁴⁵ Zob. A. Castrounis: *AI dla ludzi i firmy. Potencjał sztucznej inteligencji w biznesie*, Gliwice 2020, s. 119.

⁴⁶ Por. M. H. Wiehen: *Der Flughafen Berlin-Brandenburg in Schönefeld und der Transparency International Integritätspakt*. Wyd. Transparency International, Deutschland, Berlin 2013.

do podjęcia wszelkich działań zmierzających do zapobiegania korupcji, w tym równego traktowania wszystkich wykonawców, również przez zagwarantowanie transparentności postępowania. Ponadto musiał informować odpowiednie służby w przypadku podejrzenia zachowań korupcyjnych pracowników, wykonawców, podwykonawców lub osób z ich otoczenia. Wykonawcy zobowiązali się natomiast do powstrzymania przed jakimikolwiek działaniami mogącymi prowadzić do działań korupcyjnych, w tym wręczania prezentów lub innych korzyści pracownikom zamawiającego. W przypadku takich zachowań zamawiający poza natychmiastową możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania, służyło prawo żądania odszkodowania w wysokości 3% wartości najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy zobowiązali się do przedłożenia odpowiednich oświadczeń dotyczących zobowiązań zawartych w umowie również od swoich podwykonawców.

Nad przestrzeganiem postanowień umowy czuwał wskazany przez zamawiającego obserwator, wykonujący obowiązki na podstawie umowy cywilnoprawnej. Był niezależny i niezawisły. O każdym zachowaniu noszącym znamiona korupcji obserwator miał informować bezpośrednio kierownika zamawiającego. W wypadku braku reakcji z jego strony, obserwator był upoważniony do samodzielnego zawiadomienia odpowiednich organów ścigania.

Podobne rozwiązania mogą być z powodzeniem wdrażane w przypadku większych projektów infrastrukturalnych realizowanych na mocy przepisów Prawa zamówień publicznych w Polsce.

Podsumowanie

Realizacja celów zamówień publicznych powinna opierać się na solidnych fundamentach, które tworzą m.in. zasada uczciwej konkurencji oraz transparentność. Jedną z poważniejszych dysfunkcji rynku zamówień publicznych są praktyki korupcyjne. Prowadzą one m.in. do obniżenia jakości dostaw, usług i robót budowlanych, zwiększają wydatki publiczne oraz obniżają zainteresowanie sektora prywatnego udziałem w rynku zamówień publicznych.

Krajowa reforma zamówień publicznych wprowadzona mocą ustawy z 11 września 2019 roku zakłada rozszerzenie uprawnień zamawiających, m.in. poprzez odformalizowanie procedur poniżej wartości tzw. progów unijnych, zniesienie prymatu trybów przetargowych, czy też promocję kryteriów pozacenowych, w tym uwzględniających aspekty środowiskowe, społeczne oraz innowacyjne. Słuszny kierunek modernizacji krajowych regulacji w zakresie Prawa zamówień publicznych niesie jednak ryzyko. Jest nim np. wzrost praktyk korupcyjnych.

Dlatego w celu zachowania spójności nowej regulacji warto rozważyć wzmocnienie działań antykorupcyjnych. Interesujące rozwiązania przyjęto m.in. w USA oraz Niemczech. W wypadku rozwiązań amerykańskich, przyjętych również w prawodawstwie francuskim oraz brytyjskim, na szczególną uwagę zasługuje obowiązek posiadania odpowiedniej polityki *compliance* przez wszystkich wykonawców zamierzających ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Ich istotny komponent stanowią rozwiązania antykorupcyjne. Warto również śledzić amerykańskie

rozwiązania bazujące na wykorzystaniu narzędzi sztucznej inteligencji pozwalających na wykrywanie możliwych symptomów zachowań korupcyjnych. Rozwiązania bazujące na metodach NLP – identyfikacji tekstu oraz mowy – mogą być wykorzystywane do powiadamiania o potencjalnym ryzyku korupcji. W ustawodawstwie niemieckim z kolei interesującym rozwiązaniem są tzw. umowy o uczciwości,

zawierane przez uczestników postępowań w sprawie większych projektów infrastrukturalnych realizowanych w procedurze zamówień publicznych na roboty budowlane.

dr hab. MICHAŁ KANIA, prof. UŚ,
Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID: 0000-0003-1562-541X

Słowa kluczowe: korupcja, zamówienia publiczne, efektywność, uczciwość, compliance

Bibliografia:

1. Bonifassi S.: *The New "Sapin II" French Anti-Corruption Law*, "33 Int'l Enforcem. L. Rep." No 21 (2017).
2. Dubois P. H.: *Domestic and International Administrative Tools to Combat Fraud & Corruption: A Comparison of US Suspension and Debarment with the World Bank's Sanctions System*, "University of Chicago Legal Forum" Vol. 1/2012.
3. Kochan N.: *The UK Bribery Act – Britain's New Legal Landscape*, "Crim. Just.", Fall 2013.
4. Moukiou Ch. P.: *The Principles of Transparency and Anti-Bribery in Public Procurement*, "EPPPL" No 2/2016.
5. Pachter J.: *Independent Monitors: What They Do and How to Avoid the Need for Them*, "Federal Contracts Report", 100 FCR 637.
6. Potapenko K.: *Przeciwdziałanie korupcji w zamówieniach publicznych i nowy system e-zamówień „ProZorro” na Ukrainie*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa doktorantów UJ Nauki Społeczne” nr 2/2017.
7. Tilipman J.: *A House of Cards Falls: Why „Too Big to Debar” is All Slogan and Little Substance*, "Fordham Law Review Res Gestae" Volume 80, 49/2012.
8. Tillipman J.: *Gifts, Hospitality & the Government Contractor*, "BRIEFING PAPERS" No. 14-7/2014.
9. Wiehen M. H.: *Der Flughafen Berlin-Brandenburg in Schönefeld und der Transparency International Integritätspakt*, Transparency International, Berlin 2013.
10. Wnuk M., Krak K., Żelewski M.: *Świadomość ryzyka korupcji i zmowy przetargowej w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2018 r.
11. Wood. J.: *Government Contractors Standards of Ethical Conduct: The Need for a More Detailed Regulatory Scheme*, 36 Pub. Cont. L.J., 2007.

12. Yukins Ch.: *Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law*, "Public Contract Law Journal" No. 3/2007.
13. Yukins Ch.: *Rethinking the World Bank's Sanctions System*, "The Government Contractor" No. 42/2013.
14. Yukins Ch. Kania M.: *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement*, "UrT" No. 47/2019.

ABSTRACT

Preventing And Combating Corruption In Public Procurement – Comments in a Comparative Approach

Effective spending of public funds calls for basing regulations related to public procurement on solid grounds stemming from, among other, the principle of fair competition and transparency. The role of public procurement, seen through the prism of contemporary challenges, is to support innovativeness and promotion of ecological and social solutions. The solutions adopted in the Act of 11 September 2019 – Public Procurement Law provide for increasing the freedom of the ordering party. This is evidenced, among other, in less formalised proceedings below the so called EU thresholds, abolishing tender primacy, or broader consideration of non-price criteria. However, the flexibility of proceedings brings a risk of increased corruption mechanisms. It was visible at the time of the adoption of the so called covid law, which abolished the obligation to comply with the regulations of the Public Procurement Law in the proceedings related to pandemic prevention and counteracting. This confirmed the need to consider changes in the national regulations, aimed at strengthening corruption prevention and counteracting, especially in the light of new legal regulations. The article describes the reasons for corruption prevention and fighting in public procurement, the understanding of the notion of corruption in the international and Polish law, the importance and occurrence of the so called red flags in public procurement proceedings, and examples of mechanisms for corruption prevention and fighting in the American and German regulations.

Michał Kania, PhD, Silesian University in Katowice

Key words: corruption, public procurement, efficiency, integrity, compliance