SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
Sygn. akt SK 34/21
BAS-WAK-2014/21

Warszawa, 17 listopada 2022 r.

Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 69 ust. 2 w związku z art. 42 pkt 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2393) w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej P K z 4 sierpnia 2020 r. (sygn. akt SK 34/21), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 305 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.) w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność karną za wejście w porozumienie z inną osobą, jest **zgodny** z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Ponadto wnoszę o **umorzenie** postępowania w pozostałym zakresie, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 3 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, ze względu na zbędność wydania wyroku.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli

Występujący ze skargą konstytucyjną P K (dalej: skarżący) zakwestionował zgodność z Konstytucją art. 305 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm. – dalej: k.k. lub kodeks karny).

Przepis ten stanowi, że: „[k]to, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3".

Regulacja ta została przez skarżącego zakwestionowana w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność karną za wejście w porozumienie z inną osobą (tj. w zakresie zwrotu ustawowego „wchodzi w porozumienie z inną osobą").

Z uwagi na treść przedstawionych w skardze zarzutów przytoczyć należy również treść art. 305 § 2 k.k., zgodnie z którym: „[t]ej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany".

Postanowieniem z 10 czerwca 2021 r. (sygn. akt Ts 111/20) Trybunał Konstytucyjny nadał skardze konstytucyjnej dalszy bieg.

II. Stan faktyczny sprawy skarżącego

Uzasadnienie skargi konstytucyjnej oraz dołączone do niej załączniki pozwalają na zrekonstruowanie następujących istotnych elementów stanu faktycznego i prawnego sprawy skarżącego.

Skarżący był członkiem zarządu firmy D Sp. z.o.o. z siedzibą w Z . Został on oskarżony o to, że w czerwcu 2014 r. w Z i innych miejscowościach, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez przedsiębiorstwo S s.c. W. B T. Z , w związku z organizowanym przez Urząd Marszałkowski Województwa przetargiem nieograniczonym na

przeprowadzenie kampanii medialno-wizualnej na terenie województwa w wybranych miastach regionu w związku z realizacją imprez promujących żywność naturalną, tradycyjną, regionalną i lokalną województwa w 2014 r., wszedł w porozumienie z W B współwłaścicielem firmy S s.c. Dnia czerwca 2014 r. uzyskał od wymienionego wypełniony formularz ofertowy zawierający m.in. proponowaną cenę wyższą za wykonanie wyżej opisanej usługi i następnie przedstawił go jako ofertę firmy D (której był przedstawicielem) w ramach ww. zamówienia publicznego, przy tym przedsiębiorstwo S złożyło ofertę o niższej cenie, co umożliwiło mu uzyskanie tego zamówienia i czym działało na szkodę Urzędu Marszałkowskiego Województwa i Skarbu Państwa. Według aktu oskarżenia, czyn ten wypełniał znamiona występku z art. 305 § 1 k.k.

Wyrokiem z maja 2017 r., sygn. akt Sąd Rejonowy w O uniewinnił skarżącego od zarzutu popełnienia opisanego powyżej czynu zabronionego. W wyniku apelacji prokuratora Sąd Okręgowy w O wyrokiem z października 2017 r., sygn. akt , uchylił to rozstrzygnięcie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu Sąd Rejonowy w O wyrokiem z lipca 2019 r. sygn. akt uznał skarżącego za winnego popełnienia zarzucanego mu (a opisanego wcześniej) czynu zabronionego.

Po rozpoznaniu apelacji obrońcy skarżącego Sąd Okręgowy w O , wyrokiem z utego 2020 r., sygn. akt utrzymał w tym zakresie wyrok sądu pierwszej instancji w mocy.

Na to rozstrzygnięcie skarżącemu nie przysługiwały żadne zwyczajne środki odwoławcze. Wyrok ten stanowi zatem ostateczne rozstrzygnięcie jego sprawy w rozumieniu art. 77 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: uTK).

III. Zarzuty skarżącego

Skarżący sformułował zarzut niezgodności kwestionowanego przepisu z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji, a bardziej konkretnie powołuje się na naruszenie „konstytucyjnego prawa do podlegania pod przepis ustawy karnej, który dostatecznie precyzuje znamiona czynu zabronionego, tj. zasady *nullum crimen sine lege certa*"

(skarga, s. 2). Podniósł on, że zakwestionowana regulacja jest nieprecyzyjna i stwarza możliwość arbitralnej oceny. Na uzasadnienie zarzutu niezgodności z Konstytucją skarżący powołał się na pogląd wyrażony w literaturze prawa karnego przez prof. W. Wróbla w *Komentarzu do Kodeksu karnego* pod red. A. Zolla (wydanie IV, Warszawa 2016).

Uzasadnienie zarzutu zostało rozwinięte przez skarżącego w uzupełniającym piśmie procesowym z 4 sierpnia 2020 r., w którym stwierdzono, że „nawet na podstawie literalnej i systemowej wykładni nie można w sposób precyzyjny zrekonstruować woli ustawodawcy przy tworzeniu wskazanej normy prawnej" (pismo uzupełniające, s. 2).

Skarżący zwraca uwagę, że znamię „wejście z porozumienie" zostało sformułowane w dwóch przepisach Kodeksu karnego (tj. w art. 305 § 1 i w art. 305 § 2). Z uwagi na to powtórzenie redakcyjne w ocenie skarżącego możliwe są dwa podejścia interpretacyjne. Po pierwsze, twierdzić można, że znamię „wchodzi w porozumienie" nie stanowi samodzielnego znamienia samo przez się, lecz stanowi pewną modyfikację znamion podstawowych, tj. udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego (art. 305 § 1 k.k.) oraz rozpowszechniania informacji lub przemilczania, istotnych okoliczności, mających znaczenie dla zawarcia umowy, będącej przedmiotem przetargu (art. 305 § 2 k.k.). Takie podejście oznaczało, iż § 1 art. 305 k.k. obejmowałby sytuację polegającą na udaremnieniu przetargu lub jego utrudnieniu samodzielnie albo poprzez wejście w porozumienie mające na celu udaremnienie lub utrudnienie przetargu. Po drugie, uznawać można, że znamię „wchodzi w porozumienie" stanowi samodzielne znamię czynu zabronionego. Przy tym drugim podejściu pozostaje pod znakiem zapytania, w jakim celu ustawodawca mający się kierować zasadą racjonalizmu oraz zasadą poprawnej legislacji zawarł tożsame znamię aż w dwóch normach prawnych (pismo uzupełniające, s. 3).

Nawiązując do wcześniejszych regulacji prawnych, w szczególności rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (dalej: Kodeks karny z 1932 r.) skarżący stwierdza, że art. 305 § 1 k.k. w zakresie znamienia „wchodzi w porozumienie z inną osobą", nie precyzuje, co miałoby być przedmiotem porozumienia, a dodatkowo w przeciwieństwie do regulacji karnej z 1932 r. nie zawiera dalszego kryterium w postaci wyłącznej szkody majątkowej, lecz opiera się na przesłance jakiejkolwiek szkody (pismo uzupełniające, s. 3).

W ocenie skarżącego nie można zaaprobować faktu, aby w demokratycznym państwie prawnym obywatel ponosił odpowiedzialność karną na podstawie surowej (restrykcyjnej) normy prawa karnego, która nie spełnia ani standardów poprawnej legislacji, ani kryterium racjonalnego ustawodawcy, ani też precyzyjności (pismo uzupełniające, s. 3).

Poza tym zarówno w skardze, jak i w piśmie procesowym z 4 sierpnia 2020 r. przytoczono szereg orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego dotyczących interpretacji art. 42 ust. 1 Konstytucji.

IV. Analiza formalnoprawna

1. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (dalej: również Trybunał lub TK) przyjmuje się konsekwentnie, że rozpoznając sprawę, na każdym etapie postępowania powinno się badać, czy nie zachodzi któraś z ujemnych przesłanek wydania wyroku, skutkujących obligatoryjnym umorzeniem postępowania (zob. m.in. wyrok TK z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14; postanowienia TK z: 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 67/06; 14 listopada 2007 r., sygn. akt SK 53/06; 18 listopada 2009 r., sygn. akt SK 12/09; 25 września 2013 r., sygn. akt SK 44/12; 14 stycznia 2014 r., sygn. akt SK 54/12; 13 grudnia 2016 r., sygn. akt SK 16/15; 14 listopada 2017 r., sygn. akt SK 4/16; 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt SK 7/19). Pogląd ten ukształtował się w okresie obowiązywania ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), ale Trybunał zajął analogiczne stanowisko również pod rządami obowiązującej aktualnie uTK. Trybunał podkreśla również obecnie, że „merytoryczne rozpoznanie zarzutów sformułowanych w skardze konstytucyjnej jest uzależnione od spełnienia wszystkich warunków jej dopuszczalności" (wyrok TK z 25 września 2019 r., sygn. akt SK 31/16).

Z powołanych wcześniej orzeczeń wynika ponadto, że składu wyznaczonego do rozpoznania sprawy co do *meritum* nie wiąże stanowisko zajęte w postanowieniu Trybunału o nadaniu skardze konstytucyjnej dalszego biegu, wydanym na podstawie art. 61 ust. 2 uTK. Potwierdza to wyrok pełnego składu TK z 25 września 2019 r. (sygn. akt SK 31/16). Trybunał wyrażał także pogląd, że nadanie skardze konstytucyjnej biegu nie oznacza konwalidacji jej wad formalnych (zob. postanowienie TK z 27 listopada 2019 r., sygn. akt SK 17/19).

2. Wobec tego również na obecnym etapie postępowania wymaga oceny to, czy skarga konstytucyjna P K spełnia w całości wszystkie warunki jej dopuszczalności.

Zgodnie z art. 53 ust. 1 pkt 1 uTK skarga konstytucyjna powinna zawierać określenie kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji i w stosunku do którego skarżący domaga się stwierdzenia niezgodności z Konstytucją. Założyć należy, że przez określenie „przepis prawa" rozumieć należy „elementarną jednostkę systematyczną danego tekstu prawnego". Tak więc, gdy akt normatywny składa się z artykułów (ustępów, punktów, liter), to „każda tego rodzaju jednostka stanowi przepis prawny" (L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2016, s. 51). Z tak rozumianego przepisu prawa wynikać może wiele norm prawnych, w szczególności, jeśli uwzględnić jego związek z innymi przepisami. Skarżący może kwestionować zgodność z Konstytucją tylko niektórych z tych norm, a więc tylko części „treści normatywnej" danej jednostki systematycznej tekstu prawnego. Za niedopuszczalne uznać natomiast należy rozszerzenie lub zmodyfikowanie zakresu kontroli TK poprzez takie określenie zakresu zaskarżenia, który wykracza poza „zbiór norm", jakie wynikają z danego przepisu (przepisów) ustawy lub innego aktu normatywnego.

Zarówno z *petitum*, jak i uzasadnienia skargi jednoznacznie wynika, że skarżący nie kwestionuje całej treści normatywnej zawartej w art. 305 § 1 k.k., w szczególności nie podważa określonych w nim granic wymiaru kary. Zarzuty skierowane są wyłącznie w stosunku do części tego przepisu, określającej znamiona czynu zabronionego, a konkretnie opisującej jedną z postaci jego popełnienia (tzw. czynności sprawczej) ujętej w zwrocie „wchodzi w porozumienie". Jak już wskazano, taki sposób określenia przedmiotu skargi jest dopuszczalny.

Dodać tu należy, że zarzutów sformułowanych w skardze konstytucyjnej nie można uznać jako skierowanych wyłącznie w stosunku do aktów stosowania prawa, w szczególności orzeczeń zapadłych w sprawie skarżącego. Skarżący zaznacza co prawda, że „kryterium bezprawności na gruncie prawa karnego nie jest jednoznaczne z kryterium uczciwości, będącego co do zasady kategorią prawa moralnego, w związku z czym na gruncie prawa karnego niedopuszczalna jest ze strony organów ścigania i sądu wyłącznie subiektywna ocena danych zachowań oraz wykładnia

rozszerzająca (jak wynika to z jednej z reguł cząstkowych zasady *nullum crimen sine lege*)" (pismo uzupełniające, s. 5), co mogłoby sugerować, że w jego ocenie źródłem naruszenia konstytucyjnych praw było działanie organów ścigania i sądów oraz rozszerzająca wykładnia znamion typu czynu zabronionego. Jednak zacytowany fragment w kontekście całokształtu zarzutów traktować raczej należy jako próbę wskazania praktycznych skutków, które łączą się z naruszeniem zasady określoności w prawie karnym.

3. Zgodnie z art. 53 ust. 1 pkt 2 uTK, skarga konstytucyjna powinna zawierać m.in. wskazanie, która konstytucyjna wolność lub prawo skarżącego, i w jaki sposób – zdaniem skarżącego – zostały naruszone. W połączeniu z art. 79 ust. 1 Konstytucji prowadzi to do wniosku, że wzorcem kontroli w postępowaniu wszczętym skargą może być jedynie przepis statuujący prawa i wolności jednostki (M. Florczak–Wątor [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 262). Przytoczyć tu należy również pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 18 listopada 2008 r. (sygn. akt SK 23/06), w myśl którego: „[z]godnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego przyjęty w prawie polskim model skargi konstytucyjnej przesądza, że konieczne jest po pierwsze – wyraźne wskazanie w tekście skargi wolności lub prawa, które zostały naruszone (i sposobu tego naruszenia), po drugie – wykazanie, że osoba wnosząca skargę jest podmiotem danej wolności lub danego prawa, po trzecie – że ta wolność lub to prawo ma rangę konstytucyjną, tzn. ich podstawą jest przepis konstytucyjny. Wskazanie rozwiązań (instytucji, zasad) konstytucyjnych, które warunków tych nie spełniają, czyni skargę (a ściśle – jej merytoryczne rozpatrzenie) niedopuszczalną, niezależnie od tego, czy w sytuacji skarżącego doszło do naruszenia Konstytucji, a nawet – czy nastąpiło naruszenie jego konstytucyjnych wolności lub praw, których nie wskazano w skardze konstytucyjnej" (zob. też postanowienie TK z 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01).

W tym kontekście skarga spełnia wymagania proceduralne. Nie budzi wątpliwości, że wskazany w skardze jako wzorzec kontroli art. 42 ust. 1 Konstytucji spełnia powyżej opisane warunki. Z uwagi na to, że przepis ten zamieszczony został w rozdziale II Konstytucji, a więc w części poświęconej prawom i wolnościom osobistym człowieka i obywatela, jasne jest, że wyraża on jedno z konstytucyjnych praw jednostki. W wyroku pełnego składu TK z 16 marca 2011 r. (sygn. akt K 35/08)

Trybunał stwierdził wprost, że „[z]*asada nullum crimen, nulla poena sine lege* kreuje jedno z podstawowych praw człowieka". Ponadto skarżący jest niewątpliwie osobą, która przynajmniej w trakcie toczącego się przeciwko niemu postępowania karnego znajdowała się pod władzą RP (art. 37 ust. 1 Konstytucji), a zatem jest podmiotem, któremu to prawo przysługuje".

4. Natomiast co do drugiego z powołanych w skardze wzorców kontroli (art. 2 Konstytucji) to zauważyć trzeba, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyrażał pogląd, zgodnie z którym w skardze konstytucyjnej samodzielnym wzorcem kontroli nie mogą być przepisy o charakterze ustrojowym (zob. np. wyroki TK z: 1 lipca 2014 r., sygn. akt SK 6/12; 14 lipca 2015 r., sygn. akt SK 26/14; 13 października 2015 r., sygn. akt SK 63/12 oraz postanowienie TK z 26 czerwca 2002 r., sygn. akt SK 1/02). Do takich przepisów należy niewątpliwie art. 2 Konstytucji.

Ponadto TK stanął również na stanowisku, że zasada określoności regulacji prawnych stanowi istotny element ogólnej zasady państwa prawnego. Jednak ten ogólny wymóg określoności regulacji prawnych w odniesieniu do uregulowań z zakresu prawa represyjnego został skonkretyzowany w art. 42 ust. 1 Konstytucji. Powoływanie ogólnych zasad konstytucyjnych jako wzorców kontroli norm prawnych jest zaś zbędne, jeżeli treści zawarte w tych zasadach, wyprowadzane przez podmiot inicjujący kontrolę, zostały skonkretyzowane w bardziej szczegółowych przepisach konstytucyjnych. Zasada *nullum crimen sine lege certa* została wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji, a stwierdzenie naruszenia tej zasady czyni zbędną ocenę z punktu widzenia bardziej ogólnych przepisów konstytucyjnych jako podstawy wyprowadzenia tej zasady (wyrok TK z 13 maja 2008 r., sygn. akt P 50/07).

Przyjmując to stanowisko za właściwe, Sejm wnosi o **umorzenie** postępowania w zakresie kontroli zgodności art. 305 § 1 k.k. z art. 2 Konstytucji ze względu na zbędność wydania wyroku w tym zakresie.

5. Zgodnie z art. 53 ust. 1 pkt 3 uTK skarga konstytucyjna powinna zawierać uzasadnienie zarzutu niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego ze wskazaną konstytucyjną wolnością lub prawem skarżącego, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie. W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że: „[...] uzasadnienie zarzutów powinno opierać się na przedstawieniu we wniosku takiej argumentacji, która uprawdopodobni

ewentualną niekonstytucyjność kwestionowanych przepisów. W szczególności argumentacja taka nie może opierać się jedynie na odczuciach czy wyobrażeniach wnioskodawcy, ale powinna być poparta merytorycznym uzasadnieniem, mogącym uwzględniać m.in. wcześniejsze orzecznictwo TK, praktykę stosowania prawa czy dorobek doktryny" (zob. postanowienie TK z 6 listopada 2007 r., sygn. akt Tw 41/05; por. także postanowienia TK z: 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt Tw 23/05; 29 sierpnia 2006 r., sygn. akt Tw 14/06; 5 czerwca 2013 r., sygn. akt SK 25/12; 13 stycznia 2015 r., sygn. akt SK 17/13; 5 lipca 2017 r., sygn. akt SK 8/16; 5 czerwca 2019 r., sygn. akt SK 29/18). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie podkreślano również, że prawidłowe wykonanie obowiązku uzasadnienia zarzutu polegać powinno nie tylko na wskazaniu (numerycznym) postanowień Konstytucji, z którymi – zdaniem skarżącego – niezgodne są kwestionowane przepisy, ale również na precyzyjnym przedstawieniu treści prawa lub wolności, wywodzonych z tych postanowień, a naruszonych przez ustawodawcę. Powinna temu towarzyszyć szczegółowa i precyzyjna argumentacja uprawdopodobniająca stawiane zarzuty. Z tego obowiązku nie może zwolnić skarżącego, działający niejako z własnej inicjatywy, Trybunał Konstytucyjny (zob. m.in. postanowienie TK z 14 stycznia 2009 r., sygn. akt Ts 21/07). Poprzestanie przez skarżącego na lakonicznym lub zdawkowym uzasadnieniu zarzutu albo na całkowitym nieuzasadnieniu sformułowanych zarzutów stanowi niewykonanie dyspozycji ustawowej i winno skutkować umorzeniem postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uTK.

Oceniając z tego punktu widzenia uzasadnienie skargi, stwierdzić należy, że skarżący przedstawił argumentację, która uprawdopodobniła postawiony zarzut niezgodności z Konstytucją, uwzględnia ona dotychczasowe orzecznictwo Trybunału. Skarżący powołuje się również na literaturę prawniczą. Uzasadnienia nie można uznać za zdawkowe lub lakoniczne, a skarżący przedstawił bliżej treść prawa podmiotowego, wynikającego z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

6. Wątpliwości budzi natomiast kwestia zachowania przez skarżącego terminu określonego w art. 64 uTK, zgodnie z którym skargę konstytucyjną wnosi się po wyczerpaniu przez skarżącego drogi prawnej, w terminie 3 miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia. W niniejszej sprawie doręczenie takie nastąpiło 10 marca 2020 r., a złożenie skargi miało miejsce w dniu 4 sierpnia 2020 r., a więc po upływie ponad 4

miesięcy od doręczenia skarżącemu wyroku Sądu Okręgowego w O z lutego 2020 r. Jednak nie można tu pominąć, że bieg terminu odbywał się w okresie obowiązywania art. 15zzs 1 ust. ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2095, ze zm. – dalej ustawa antycovidowa). Zgodnie z tym przepisem:

„1. W okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID bieg terminów procesowych i sądowych w: [...]
10) innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustaw
– nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres".

W myśl art. 15 zzs ust. 2 tej ustawy wstrzymanie rozpoczęcia i zawieszenie biegu terminów, o których mowa w ust. 1, nie dotyczyło m. in. terminów w sprawach wniosków i pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego.

Przypomnieć należy, że stan zagrożenia epidemicznego w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 został ogłoszony 14 marca 2020 r. (§ 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego – Dz. U. poz. 433, ze zm.; dalej: rozporządzenie z 13 marca 2020 r.). Stan ten został odwołany 20 marca 2020 r. przez § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz. U. poz. 490) w związku z ogłoszeniem tego samego dnia stanu epidemii (§ 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii – Dz. U. poz. 491; dalej: rozporządzenie z 20 marca 2020 r.).

Artykuł 15zzs ustawy antycovidowej został uchylony 16 maja 2020 r. przez art. 46 pkt 20 w związku z art. 76 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. poz. 875, ze zm.; dalej: ustawa zmieniająca). Zgodnie zaś z art. 68 ust. 7 ustawy zmieniającej terminy w postępowaniach, o których mowa w art. 15zzs ustawy antycovidowej, których bieg uległ zawieszeniu na podstawie tej ustawy, biegną dalej po upływie siedmiu dni od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej.

W wydanym w ramach niniejszej sprawy postanowieniu z 10 czerwca 2021 r. Trybunał stwierdził, że art. 15zzs ust. 1 ustawy antycovidowej odnosi się do

zawieszenia biegu terminów procesowych i sądowych, a zgodnie z dotychczasowym poglądem Trybunału termin do wniesienia skargi konstytucyjnej jako termin materialnoprawny nie mieści się w tym zakresie. Ponadto zawieszenie ustawowe obowiązywało w okresie od 31 marca 2020 r. do 15 maja 2020 r., a więc nawet gdyby je uwzględnić to i tak skarga konstytucyjna została wniesiona z przekroczeniem terminu. Niezależnie od tego ustalenia, Trybunał ze względu na nadzwyczajne okoliczności (wynikające z pojawienia się wirusa COVID-19 i związanymi z dezorganizacją życia publicznego, w której obywatele nie byli w stanie realizować swoich praw w zwykłym trybie) zdecydował o dopuszczeniu skargi do merytorycznego rozpoznania.

Należy tu zauważyć, że problem wpływu ustawy antycovidowej na ustalenie terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej stanowił przedmiot ustaleń Trybunału Konstytucyjnego (zob. postanowienie z 9 marca 2021 r., sygn. akt Ts 21/20). W orzeczeniu tym Trybunał przyjął – po pierwsze – jednoznacznie, że art. 15zzs ust. 1 ustawy antycovidowej znajduje zastosowanie do ustalenia daty upływu terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej. Po drugie, termin ten powinien być obliczany na podstawie art. 114, art. 111 § 1 i art. 115 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeksu cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.; dalej: k.c.) w związku z art. 165 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.; dalej: k.p.c.) w związku z art. 36 i art. 77 ust. 1 uTK w związku z art. 15zzs ust. 1 pkt 10 w związku z art. 15zzs ust. 2 *in fine a contrario* ustawy antycovidowej w związku z art. 46 pkt 20 w związku z art. 76 *in principio* i art. 68 ust. 7 ustawy zmieniającej i wynosi dziewięćdziesiąt dni.

Uwzględniając zasady obliczania terminu wynikające z powołanych przepisów należy wskazać następujące daty jako relewantne przy ocenie, czy skarga konstytucyjna P K została wniesiona z zachowaniem ustawowego terminu:

- 10 marca 2020 r. (czyli następnego dnia po doręczeniu pełnomocnikowi skarżącej odpisu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego) rozpoczął bieg dziewięćdziesięciodniowy termin do wniesienia skargi konstytucyjnej;
- 14 marca 2020 r. bieg terminu uległ zawieszeniu na podstawie art. 15zzs ust. 1 pkt 10 w związku z art. 15zzs ust. 2 *in fine a contrario* ustawy antycovidowej w związku z § 1 rozporządzenia z 13 marca 2020 r. oraz § 1 rozporządzenia z 20 marca 2020 r., czyli po upływie czterech dni;

- 22 maja 2020 r. bieg terminu został wznowiony na mocy art. 68 ust. 7 ustawy zmieniającej i powinien upłynąć osiemdziesiąt sześć dni później, czyli w sobotę 15 sierpnia 2020 r.;
- na mocy art. 115 k.c. w związku z art. 165 § 1 k.p.c. w związku z art. 36 uTK ostatnim możliwym dniem do wniesienia skargi był poniedziałek 17 sierpnia 2020 r. (ponieważ koniec terminu do dokonania tej czynności przypadał w sobotę, która poprzedzała niedzielę, będącą dniem ustawowo wolnym od pracy).

Należy tu zaznaczyć, że w niniejszej sprawie odpis prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w O z lutego 2020 r. został doręczony obrońcy skarżącego 10 marca 2020 r., a więc o dzień później niż nastąpiło doręczenie ostatecznego orzeczenia w sprawie pod sygn. akt Ts 121/20, w której Trybunał przyjął zachowanie terminu, chociaż skarga w tym postępowaniu została wniesiona 17 sierpnia 2020 r.

Nie można zaprzeczyć, że pogląd, leżący u podstaw postanowienia z 9 marca 2021 r. nie odpowiada utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału, zgodnie z którą termin do wniesienia skargi konstytucyjnej jest terminem materialnoprawnym, niepodlegającym przywróceniu (zob. postanowienie TK z 20 lutego 2020 r., sygn. akt Ts 191/19 i powołane tam orzeczenia), co wyeksponowano w postanowieniu z 10 czerwca 2021 r. Jednak nie można pomijać znaczenia argumentacji zawartej w punkcie 5 uzasadnienia tego orzeczenia, w szczególności stwierdzenia, że „uniemożliwienie obywatelowi ochrony jego praw konstytucyjnych w szczególnych sytuacjach (*vis major*) w oparciu o nadmierny formalizm stanowiłoby niewątpliwie naruszenie lojalności wobec obywatela". Należy podkreślić, że Trybunał powoływał się na „nieprocesowy" charakter terminu do wniesienia skargi jako uzasadnienie niedopuszczalności zastosowania przepisów k.p.c., dotyczących trybu i przesłanek przywracania terminów procesowych (zob. np. postanowienie TK z 20 grudnia 1999 r., sygn. akt Ts 74/99). Biorąc pod uwagę szczególne okoliczności, w jakich doszło do uchwalenia ustawy antycovidowej i jej cel stwierdzić można, że użyte w niej wyrażenie termin procesowy ma szersze znaczenie niż wynikające z art. 168 k.p.c. w zw. z art. 74 uTK.

Sejm zauważa, że metoda obliczania terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej w okresie obowiązywania art. 15zzs ustawy o COVID przyjęta w postanowieniu TK z 9 marca 2021 r. jest nieco inna, niż przedstawiona przez

skarżącego (zob. pismo procesowe z 4 sierpnia 2020 r.), choć zastosowanie obu metod prowadziło do zbieżnych wyników. Rozbieżność dotyczy daty, od której nastąpiło zawieszenie terminu: czy z dniem wejścia w życie ustawy antycovidowej (31 marca 2020 r.) czy też z dniem wprowadzenia stanu zagrożenia epidemicznego (14 marca 2020 r.). Wykładnia językowa wskazywałaby na wariant drugi, jednak przyjęcie tego stanowiska zakłada swego rodzaju wsteczne skutki art. 15zzs ust. 1 ustawy antycovidowej. Wobec tych trudnych do rozstrzygnięcia wątpliwości interpretacyjnych odwołać się można do „argumentacji konstytucyjnej" i stwierdzić, że z uwagi na przyznanie bezpośrednio na poziomie przepisów ustawy zasadniczej uprawnienia do wystąpienia ze skargą konstytucyjną przyjąć należy interpretację „korzystną" dla skarżących i zgodną z paremią *in dubio pro actione* (w razie wątpliwości co do interpretacji przepisów postępowania należy dać pierwszeństwo takiej ich wykładni, która nie pozbawia zainteresowanych ich prawa do skutecznego złożenia środka prawnego). Na zasadę *in dubio pro actione* powołał się zresztą Trybunał Konstytucyjny w wydanym w pełnym składzie wyroku z 24 października 2007 r. (sygn. akt SK 7/06).

Na podstawie powyższych ustaleń Sejm opowiada się za przyjęciem, że skarga konstytucyjna P K została złożona z zachowaniem ustawowego terminu do jej wniesienia. W tym zakresie Sejm podziela stanowisko wyrażone w postanowieniu TK z 9 marca 2021 r. i uznaje za najbardziej uzasadnioną przyjętą w nim metodę ustalenia upływu terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej, który biegł (lub miał – według reguł ogólnych – rozpocząć swój bieg) w okresie obowiązywania art. 15 zzs ust. 1 ustawy antycovidowej.

Jednocześnie podnieść trzeba, że argumentacja zawarta w postanowieniu TK z 10 czerwca 2021 r., sygn. akt Ts 21/20, jest trudna do zaakceptowania. Prowadzi bowiem do sytuacji, w której Trybunał mógłby – powołując się na dość ogólnikową argumentację konstytucyjną – rozpatrywać skargi konstytucyjne złożone po upływie terminu, co godzi nie tylko w zasadę pewności prawa, ale prowadzić może do naruszenia zasady równości wobec prawa.

7. Podsumowując tę część stwierdzić należy, że skarga – z zastrzeżeniem wskazanym powyżej w punkcie 4 – spełnia wymagania formalne, a zatem winna być przez Trybunał rozpatrzona co do *meritum*.

V. Wzorce kontroli

1. Artykuł 42 ust. 1 Konstytucji – wskazany w skardze jako (podstawowy) wzorzec kontroli – stanowi, że: „[o]dpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego". Zdanie drugie tego przepisu nie ma z oczywistych przyczyn znaczenia w niniejszej sprawie.

W piśmiennictwie przyjmuje się, że z zasady *nullum crimen sine lege poenale anteriori* – wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji – wynikają następujące reguły szczegółowe:

1) czyny zabronione muszą być określone w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*),
2) typy przestępstw muszą być określone w sposób maksymalnie dokładny (*nullum crimen sine lege certa*),
3) niedopuszczalne jest stosowanie (niekorzystnej dla sprawcy) analogii i wykładni rozszerzającej,
4) ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzająca nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*) (zob. wyrok TK z 9 czerwca 2010 r. sygn. akt SK 5/08).

W związku z zakresem zarzutów sformułowanych w skardze konstytucyjnej istotna w niniejszej sprawie jest treść reguły wskazanej powyżej w punkcie drugim, nazywanej również zasadą określoności w prawie karnym.

2. W wyroku z 11 lipca 2019 r. (sygn. akt K 11/10) Trybunał Konstytucyjny sformułował pięć ogólnych wymagań, jakie muszą spełniać przepisy prawa karnego, by były zgodne z wyrażoną w tym przepisie zasadą *nullum crimen sine lege certa*:

1) przepis prawa karnego powinna cechować precyzyjność, jasność oraz legislacyjna poprawność;
2) adresat normy prawnokarnej powinien być w stanie zrekonstruować, jedynie na podstawie określających ją przepisów, a więc z zastosowaniem wyłącznie językowych reguł wykładni, zasadnicze znamiona czynu zabronionego;

3) jednostka nie powinna być w stanie niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony;
4) norma karna powinna wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu;
5) użycie zwrotów niedookreślonych lub wieloznacznych w obszarze prawa karnego wymaga istnienia szczególnych gwarancji proceduralnych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ państwa.

3. W najnowszym orzecznictwie podkreśla się, że w bogatej praktyce konkretyzacji wymagań adresowanych do ustawodawcy stanowisko Trybunału Konstytucyjnego podlegało znacznej ewolucji. Wzbogacane było o istotne dodatkowe założenia, przy czym ze względu na sformułowane w skardze zarzuty skoncentrować się należy na problematyce dopuszczalności posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi lub ocennymi. Początkowo Trybunał Konstytucyjny akcentował bezwzględny obowiązek wyczerpującego określenia znamion czynu zabronionego i kary za jego popełnienie w ustawie, z uwagi m.in. na funkcję gwarancyjną prawa karnego (zob. postanowienie TK z 13 czerwca 1994 r., sygn. akt S 1/94).

W późniejszym orzecznictwie powyższe stanowisko było jednak wyraźnie łagodzone. W wyroku z 20 lutego 2001 r. (sygn. akt P 2/00) Trybunał zaakceptował po raz pierwszy możliwość doprecyzowania elementów określonego w ustawie podmiotu, znamion przedmiotowych przestępstwa i kary w „aktach wykonawczych wydanych w zgodzie z art. 92 Konstytucji".

W wyroku z 8 lipca 2003 r. (sygn. akt P 10/02) Trybunał zgodził się z uczestnikami postępowania, że „nie jest możliwe całkowite wyeliminowanie znamion pozaustawowych w prawie represyjnym". W tym kontekście uznał dopuszczalność dookreślania pewnych elementów opisu czynu, który zabroniony został przez ustawodawcę pod groźbą kary, w aktach prawa miejscowego (m.in. ze względu na demokratyczną legitymację organów stanowiących samorządu terytorialnego) oraz posługiwania się przez ustawodawcę techniką blankietu zupełnego pod określonymi warunkami.

Z kolei w wyroku z 26 listopada 2003 r. (sygn. akt SK 22/02) TK podkreślił, że „nie można też *a priori* wykluczyć możliwości posługiwania się przez ustawodawcę klauzulami generalnymi czy normami blankietowymi, a zatem stosowania norm niezupełnych w szerokim znaczeniu. [...] Dotyczy to również norm z zakresu prawa karnego. Jednak zdaniem Trybunału Konstytucyjnego stosowanie tego ostatniego narzędzia regulacji prawnokarnych powinno być w istotnej mierze ograniczone. Normy takie powinno się w procesie stosowania prawa wprowadzać wyjątkowo i wyłącznie wówczas, gdy z punktu widzenia racjonalnego ustawodawcy nie jest możliwe stosowanie unormowania pełnego w ramach przepisów prawa karnego".

W orzeczeniu z 12 września 2005 r., sygn. akt SK 13/05, znalazło się stwierdzenie, że: „[k]onstytucyjny standard określoności przepisów prawnych, także w zakresie normowania art. 42 ust. 1 Konstytucji, nie wyklucza jednak posługiwania się w obrębie prawa karnego pewnym marginesem swobody regulacyjnej państwa. Dlatego standard ten w zakresie regulacji penalnej, jakkolwiek stawiający wyższe wymagania ustawodawcy, nie wymaga jasności czy komunikatywności wyrażenia zakazu lub nakazu prawnego w stopniu absolutnym".

Ponadto przyjąć należy, że również w zakresie regulacji o charakterze represyjnym „ocena zgodności przepisów prawa z zasadą określoności regulacji prawnych musi uwzględniać specyfikę poszczególnych gałęzi prawa, charakter adresatów ustanowionych norm prawnych, a także wagę praw jednostki i interesów, których dotyczy dana regulacja. Mniejsza precyzja sformułowań może wynikać z konieczności uwzględnienia różnorodności sytuacji w określonej sferze życia społecznego" (wyrok TK z 14 grudnia 2012 r., sygn. akt P 20/10).

Zwrócić też należy uwagę, że „celem nakazu zachowania określoności przepisów prawa karnego jest zapewnienie adresatowi normy prawnej możliwości orientowania się – na podstawie samego tylko przepisu ustawowego – co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu" (wyrok z 9 czerwca 2010 r., sygn. akt SK 52/08). Ponadto znamiona przestępstwa muszą być sformułowane na tyle jasno i przejrzyście, aby „w drodze zwykłego ich odczytania, względnie dokonania wykładni sądowej, dało się w sposób nie budzący wątpliwości odróżnić zachowanie przez prawo zakazane od działania lub zaniechania prawnie indyferentnego" (wyrok TK z 17 lipca 2014 r., sygn. akt SK 35/12).

Zaznaczyć należy, że w zdecydowanej większości spraw, w których wzorcem kontroli był art. 42 ust. 1 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny potwierdził domniemanie

konstytucyjności zaskarżonych przepisów. Inaczej było jedynie w sprawach o sygn. akt P 33/05 i sygn. akt K 17/13 (ze względu na unormowanie znamion czynów zabronionych w całości w regulacjach niebędących źródłami prawa powszechnie obowiązującego) oraz w sprawie o sygn. akt P 50/07 (ponieważ badane w tej sprawie odesłanie do innych przepisów tej samej ustawy nie pozwalało na ustalenie, które konkretnie zachowania podlegają karze).

VI. Ocena zgodności

1. Przed przystąpieniem do analizy zasadności zarzutów sformułowanych w skardze przypomnieć należy, że skarżący nie zakwestionował całej treści normatywnej art. 305 § 1 k.k., ale ściśle określoną część ujętą w sformułowaniu „wchodzi w porozumienie". Również uzasadnienie skargi dotyczy właściwie wyłącznie niekonstytucyjności tego fragmentu. Oznacza to, że zgodnie z zasadą związania Trybunału zakresem zaskarżenia wskazanym we wniosku, pytaniu prawnym lub skardze konstytucyjnej (art. 67 ust. 1 uTK), kontrolą Trybunału w niniejszej sprawie nie jest objęta pozostała część treści normatywnej zakwestionowanego przepisu. Ocena konstytucyjności nie może jednak być dokonana bez odwołania się również do tej niezaskarżonej części. Zastrzeżenie to wydaje konieczne, ponieważ w literaturze prawa karnego formułowano szereg zastrzeżeń co do precyzji (określoności) przyjętej w art. 305 k.k. regulacji, związanych głównie z pojęciem „przetargu publicznego". Zagadnienia te pozostają jednak poza zakresem niniejszego postępowania.

2. Na wstępie zwrócić też należy krótko uwagę na pewne kwestie terminologiczne. Czyn zabroniony opisany w art. 305 k.k. określany jest w doktrynie prawa karnego na ogół jako zakłócenie przetargu publicznego. Jeśli jego popełnienie następuje przez zrealizowanie czynności sprawczej w postaci „wejścia w porozumienie z inną osobą", używa się wyrażenia zmowa przetargowa. Trzeba tu zaznaczyć, że w języku prawniczym określenia zmowa przetargowa występuje w podobnym, ale w kilku kwestiach odmiennym rozumieniu w dziedzinie publicznego prawa gospodarczego, a bardziej konkretnie prawa ochrony konkurencji (zob. G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 36). Związane to jest z regulacją zawartą w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), zgodnie z którym

zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji w następstwie uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. W języku potocznym (i publicystycznym) na określenie zachowań tego rodzaju często stosuje się termin „ustawienie przetargu".

3. Za podstawowy (bo wskazany w samej skardze konstytucyjnej) argument, mający świadczyć o zakresowej niezgodności art. 305 § 1 k.k. z art. 42 ust. 1 Konstytucji uznać należy poglądy W. Wróbla. Przytoczyć należy zatem w całości odpowiedni fragment jego rozważań: „[a]rtykuł 305 przewiduje odpowiedzialność karną za wejście w porozumienie z inną osobą. Za usterkę legislacyjną należy uznać fakt powtórzenia tego znamienia zarówno w § 1, jak i § 2 art. 305. Przepis nie określa bliżej, na czym miałoby polegać działanie objęte porozumieniem, nie wskazuje także celu tego porozumienia. W tym zakresie art. 305 stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności czynu karalnego (art. 42 Konstytucji RP). Prawdopodobnie znamię to miało opisywać zmowę uczestników przetargu, za którą groziła odpowiedzialność karna na gruncie art. 283 Kodeksu karnego z 1932 r. Ustawa ta wskazywała uczestników przetargu, używała ocennego sformułowania dla określenia porozumienia («zmowa»), a także wyraźnie precyzowała jego cel – «podwyższenie lub obniżenie ceny» (W. Wróbel, M. Iwański [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III. Komentarz do art. 278-363 k.k., wyd. V, red. A. Zoll, Warszawa 2022, uwaga 29 do art. 305).

Należy zauważyć, że teza o niezgodności z Konstytucją analizowanej tu części art. 305 § 1 k.k. jest często powtarzana w doktrynie prawa karnego. Tytułem przykładu przytoczyć można fragmenty dwóch opracowań. W jednym z nich stwierdzono, że: „Znamię wejścia w porozumienie, charakteryzujące przestępstwa z § 1 i 2, jest przejawem zdublowania typizacji. Zakresy zastosowania obu norm sankcjonujących zdekodowanych w art. 305 § 1 i 2 są identyczne i w pełni nakładają się na siebie. Trafne ponadto jest spostrzeżenie, że brak znamienia celu zachowania sprawcy polegającego na wejściu w porozumienie sprawia, że art. 305 § 1 i 2 w zakresie, w jakim penalizuje komentowany czyn zabroniony, pozostaje w kolizji z konstytucyjną zasadą ustawowej dostatecznej określoności z art. 42 Konstytucji RP" (G. Łabuda [w:]

Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, red. J. Giezek, Warszawa 2021, uwaga 12 do art. 305).

Według A. Michalskiej-Warias: „[p]oważne wątpliwości budzi natomiast wykładnia użytego w obu przepisach znamienia «wchodzi w porozumienie z inną osobą». Samo wchodzenie w porozumienie niewątpliwie należy rozumieć podobnie jak w art. 16 § 1 (zob. uwagi do art. 16), jednak użycie tego zwrotu w art. 305 zmusza do postawienia pytania o zakres kryminalizacji wynikający z jego użycia. W gruncie rzeczy bowiem wadliwa redakcja obu przepisów powoduje, że z wykładni językowej w żaden sposób nie wynika, czego ma dotyczyć porozumienie, w które sprawca przestępstwa wchodzi z inną osobą. Należy zatem podzielić pogląd o niedookreśloności w tym zakresie regulacji art. 305, stojącej w jawnej sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege certa*" (A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, uwaga 3 do art. 305).

Podkreślić jednak należy, że cytowane wypowiedzi nie oznaczają, że zaprezentowana w nich jest oceną powszechnie wyrażaną w doktrynie prawa karnego. W niektórych publikacjach w ogóle pomija się ten wątek (zob. np. M. Bojarski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, red. M. Filar, Warszawa 2016, uwagi do art. 305), a w niektórych przytacza się ten pogląd, ale bez zajęcia wyraźnego stanowiska co do jego trafności (zob. K. Buczkowski, *"Zmowy przetargowe" jako jedna z postaci przestępstwa z art. 305 k.k.*, „Prawo w Działaniu" 2015, nr 23, s. 216).

4. Przed przystąpieniem do bliższej analizy przytoczonych poglądów doktrynalnych należy zauważyć, że ich podstawą nie jest stwierdzenie niejasności znaczenia samego opisu czynności sprawczej w postaci wejścia w porozumienie z inną osobą. Zarzutu takiego nie formułuje również skarżący. W tym zakresie zgodzić się należy z poglądem, że określenie to rozumieć należy podobnie jak w innych przepisach Kodeksu karnego, w których występuje (A. Michalska-Warias, *op. cit.*). Zwrotu tego ustawodawca używa w art. 16 § 1 k.k., zgodnie z którym przygotowanie zachodzi tylko wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego podejmuje czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania, w szczególności w tymże celu wchodzi w porozumienie z inną osobą, uzyskuje lub przysposabia środki, zbiera informacje lub sporządza plan działania. Poza tym w myśl art. 343 § 3 k.k. karze podlega żołnierz,

który wchodzi w porozumienie z innymi żołnierzami w celu popełnienia czynu zabronionego określonego w 243 § 1 lub 2 Kodeksu karnego.

W odniesieniu do rozumienia analizowanego zwrotu w art. 16 § 1 k.k. w literaturze zauważa się, że: [w]ejścia w porozumienie nie należy utożsamiać z ogólnie rozumianym «porozumiewaniem się», to znaczy komunikowaniem się jednostek ludzkich, informowaniem kogoś o swoich planach, nawiązywaniem kontaktu z inną osobą. W związku z koniecznością odczytywania znamion czynnościowych opisanych w ustawie karnej w aspekcie dokonanym, wyrażenie «wchodzi w porozumienie» oznacza włączenie się sprawców do porozumienia, nie zaś jedynie rozpoczynanie porozumiewania się z drugą osobą" (M. Małecki [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Cześć I. Komentarz do art. 1-52,* wyd. V, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, uwaga 23 do art. 16). Należy zauważyć, że podobny w istocie pogląd co do rozumienia przyjmowany jest w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. W postanowieniu SN z 18 stycznia 2017 r. (sygn. akt II KK 324/16) zacytowano – bez kwestionowania prawidłowości dokonanych ustaleń – obszerny fragment uzasadnienia sądu rozpatrującego apelację w tej sprawie. W cytacie tym znalazł się fragment: „składane przez oskarżonych wyjaśnienia zarówno, w toku postępowania przygotowawczego jak i na rozprawie przed Sądem Rejonowym, zeznania świadków, nie potwierdziły, aby ich rozmowy podczas spotkań w mniejszym lub większym gronie dotyczyły «wejścia w porozumienie, aby działać na szkodę GDDK i A (Skarb Państwa)». Za takie «porozumienie» nie mogą być uznane rozmowy dotyczące warunków i kwestii organizacji przetargów, cen materiałów i usług które oskarżeni toczyli w mniejszych lub większych grupach na różnego rodzaju spotkaniach. (...) Nie ulega też wątpliwości, że oskarżeni będąc pracownikami firm, które przystępowały do przetargu lub miały zamiar przystąpić, uzyskiwali informacje na temat jakie oferty będą składać firmy konkurencyjne lub też wymieniali się informacjami dotyczącymi warunków przetargów. Firmy wchodziły też w skład konsorcjów, które przystępowały wspólnie do przetargów. Analizując materiał dowodowy Sąd Rejonowy wysnuł słuszny wniosek, że nie było «porozumienia w celu działania na szkodę instytucji na rzecz której przetarg jest ogłaszany». Nie ustalono bowiem warunków porozumienia, które byłyby akceptowane przez osoby biorące udział w «zmowie przetargowej»".

Na tej podstawie można stwierdzić, że zwrot „wchodzi w porozumienie z inną osobą" może mieć co najwyżej charakter niedookreślony, w niedostatecznym stopniu precyzyjny.

5. Wracając do oceny zarzutów skarżącego, zauważyć należy, że cytowane wcześniej poglądy doktrynalne sformułowane zostały w sposób wysoce syntetyczny i nie są oparte o szczegółową argumentację, a zwłaszcza nie nawiązują wprost do rozumienia zasady określoności przyjętej w orzecznictwie Trybunału Konstytucji i zasygnalizowanej wcześniej ewolucji tej zasady.

Zarówno dla skarżącego, jak i dla autorów cytowanych wcześniej poglądów punktem wyjścia dla formułowania tezy o niezgodności art. 305 k.k. z konstytucyjną zasadą określoności jest stwierdzenie wadliwego sposobu sformułowania tego przepisu, co prowadzi do wspomnianego wcześniej „powtórzenia" czy też „dublowania" typizacji. W tym miejscu zauważyć należy, że w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z 14 maja 2019 r. stwierdzono, że: „[t]rzeci obecnie istniejący problem wynika z faktu, że art. 305 § 1 k.k. zawiera dodatkowe znamię czasownikowe: «wchodzi w porozumienie z inną osobą», które to znamię zostaje następnie powtórzone w § 2. Powtórzenie to należy uznać za błąd legislacyjny, gdyż jedno i to samo zachowanie jest penalizowane dwukrotnie: raz w § 1, drugi raz w § 2. Brzmienie § 2 jest wprawdzie szersze, lecz czyn polegający na wejściu w porozumienie w związku z przetargiem mieści się w zakresie obu tych przepisów" (druk sejmowy nr 3451/VII kadencja, s. 53). Takie samo stanowisko zostało wyrażone w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z 22 lutego 2022 r. (druk sejmowy nr 2024/IX kadencja, s. 94). Należy zaznaczyć, że Sejm pośrednio uznał to stanowisko za uzasadnione, uchwalając ustawę z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Postępowanie ustawodawcze w tej sprawie nie zostało w momencie przygotowywania niniejszego stanowiska zakończone. Ustawa „oczekiwała" na głosowanie w Sejmie dotyczące uchwały Senatu odrzucającej tę ustawę.

6. Jednak oczywiste wydaje się, że samo stwierdzenie usterki legislacyjnej nie jest wystarczające jako właściwe uzasadnienie niezgodności z zasadą *nullum crimen sine lege certa*. Odnosząc to do kwestii „zdublowania typizacji" zauważyć należy, że

o naruszeniu wspomnianej zasady można byłoby mówić, gdyby rozgraniczenie „konkurujących" ze sobą typów było niejasne i niejednoznaczne. W przypadku art. 305 § 1 i art. 305 § 2 k.k. tak nie jest, ponieważ w pierwszym przypadku wymagany jest cel sprawcy w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej, a drugim – nie. Łączy się z tym istotna różnica związana z treścią art. 9 k.k. Nie wnikając w szczegóły chodzi o to, że w pierwszym przypadku w grę wchodzi tylko zamiar bezpośredni, a w drugim również zamiar ewentualny. Jak stwierdza się w literaturze: „[s]trona podmiotowa występku stypizowanego w art. 305 § 1 polega na umyślności w postaci zamiaru bezpośredniego kierunkowego (sprawca musi podejmować przestępne zachowanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej). W związku z tym utrudnianie lub udaremnianie przetargu, którego sprawca kierowałby się np. chęcią zemsty czy złośliwością, nie wypełni znamion tego przestępstwa. Natomiast przestępstwo określone w art. 305 § 2 można popełnić zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym" (A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, uwaga 5 do art. 305).

Poza tym problem „podwójnej karalności" nabiera istotnego znaczenia przede wszystkim w sytuacji, gdy zagrożenie karą określone w „konkurujących" typach czynów zabronionych jest różne. Wówczas można jednak mówić o ewentualnym naruszeniu zasady określoności kary (*nulla poena sine lege certa).* Taka sytuacja w przypadku analizowanych tu przepisów nie zachodzi, bowiem zagrożenie karą jest takie samo, analogiczne są również inne kodeksowe konsekwencje o charakterze sankcji karnej (środki karne), jakie można stosować w przypadku skazania za przestępstwo z art. 305 § 1 oraz z art. 305 § 2 (zob. art. 40 § 2 i art. 41 § 1aa i 1aab k.k.). Przy tym skarżący w żaden sposób nie powołuje się na brak precyzji rozgraniczenia między typami występków z art. 305 § 1 i § 2 k.k. Należy również podkreślić, że w doktrynie prawa karnego stwierdza się, iż: „[w] przypadku realizacji znamion typów określonych w obu przepisach należy stosować art. 305 § 1 jako *lex specialis* (pozorny zbieg przepisów ustawy)." (W. Wróbel, M. Iwański, *op. cit.*, uwaga 62 do art. 305).

7. Wobec powyższych ustaleń stwierdzić należy, że kluczowy w niniejszej sprawie jest zarzut dotyczący braku w art. 305 § 1 k.k. określenia, czego dotyczy porozumienie, którego zawarcie podlega karze (a więc przedmiotu tego porozumienia), ani też jego celu.

Zasadnie można stwierdzić, że w Kodeksie karnym z 1932 r. taki element częściowo występował w art. 283 § 2 postaci zwrotu: „co do działania przy przetargu publicznym, mogącego wyrządzić szkodę majątkową wierzycielowi lub dłużnikowi", przy czym nie było tu – w odróżnieniu od art. 283 §1 tej ustawy – wprost mowy o obniżeniu ceny. Jednakże jasne jest, iż samo ustalenie, że art. 305 § 1 obowiązującego k.k. jest mniej precyzyjny od regulacji zawartej Kodeksie karnym z 1932 r. nie jest okolicznością decydującą w procesie kontroli konstytucyjności ustaw przez TK.

W literaturze prawa karnego zauważa się, że: „[a]rtykuł 305 k.k. nie jest całkowicie pozbawiony znamion dookreślających cechy porozumienia, które podlega karaniu. Z jego treści niewątpliwie wynika, że dla bezprawności wejścia w porozumienie z inną osobą zachowanie to musi stanowić działanie na szkodę wymienionych w art. 305 k.k. osób (§ 1 i 2) oraz musi być związane z przetargiem publicznym (§ 2)" (G. Materna, *op. cit.*, s. 265). W odniesieniu do art. 305 § 1 k.k. dodać należy, że elementów dookreślających przedmiot i cel porozumienia doszukiwać się można również w zastrzeżeniu, że karalność dotyczy działań podjętych w celu uzyskania korzyści majątkowej. Istotnie można przychylić się do poglądu, że „[...] samo oparcie się na tych znamionach zawartych w treści przepisu nie jest wystarczające do zrekonstruowania zakresu kryminalizacji, gdyż mogłoby prowadzić do uznania za karalne również takich zachowań, które są wprawdzie związane z przetargiem publicznym i mogą wywoływać skutki niekorzystne dla wymienionych w art. 305 k.k. osób, ale zarazem ich podejmowanie jest dozwolone i mogą być uznane za normalną praktykę gospodarczą" (G. Materna, *op. cit.* s. 265). Dodać jednak koniecznie trzeba, że w niniejszej sprawie przedmiotem oceny nie jest to, czy ustawodawca w sposób prawidłowy określił zakres zachowań, podlegających karze (czyli zgodnie z zasadą trafnej represji), ale wyłącznie to, czy uczynił to w sposób zgodny z zasadą określoności. Stąd też nawet ustalenie, że zrekonstruowany na podstawie wspomnianych „znamion dookreślających" zakres penalizacji jest zbyt szeroki, nie powoduje sprzeczności z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Może powodować sprzeczność z innymi postanowieniami Konstytucji, jednak w skardze w żaden sposób nie postawiono zarzutu naruszenia przez zakwestionowaną regulację innych praw lub wolności konstytucyjnych niż określone w art. 42 Konstytucji. Poza tym Trybunał wielokrotnie zwracał uwagę na fakt, że nie jest on organem powołanym do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę (zob. np.

Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 1999 roku, https://trybunal.gov.pl/ publikacje/informacje-o-problemach-wynikajacych-z-dzialalnosci-i-orzecznictwa-tk/1999).

8. Z powyższych rozważań wynika, że teza, zgodnie z którą art. 305 § 1 k.k. nie określa przedmiotu oraz celu karalnego „wejścia w porozumienie" musi być traktowana jako uproszczenie zagadnienia. Wprawdzie kwestia ta nie została uregulowana wprost w analizowanym przepisie, ale w sposób pośredni już tak. Tak więc dla oceny zgodności art. 305 § 1 k.k. w zakwestionowanym w skardze zakresie z art. 42 ust. 1 Konstytucji najważniejsze znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy wskazane wcześniej dookreślenie znamienia „wejście w porozumienie" jest dostateczne z punktu standardów konstytucyjnych.

Udzielenie odpowiedzi w tym względzie poprzedzone powinno być przyjęciem założenia, zgodnie z którym: „zrealizowanie wymogów zasady *nullum crimen sine lege certa* w sposób maksymalistyczny wydaje się niemożliwe. Wynika to ze specyfiki języka prawnego, którego podstawą jest język naturalny, ten zaś ze swej natury operuje zwrotami ocennymi, nieostrymi, niedookreślonymi i wieloznacznymi, jak również z faktu obejmowania regulacjami prawnymi coraz to bardziej skomplikowanych i wyspecjalizowanych sfer życia społecznego" (R. Rejmaniak, *Konstytucyjna zasada nullum crimen sine lege certa a istotne części broni palnej jako przedmiot czynności wykonawczej czynu zabronionego z art. 263 § 2 KK* [w:] *Demokracja, teoria prawa, sądownictwo konstytucyjne: księga jubileuszowa dedykowana profesorowi zw. nauk prawnych Adamowi Jamrozowi z okazji pięćdziesięciolecia pracy zawodowej*, red. M. Aleksandrowicz, M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak, Białystok 2018, s. 295-296 i powołana tam literatura).

Dodać też należy, że – jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego – standard zasady określoności zależy w pewnym stopniu od charakteru przedmiotu ochrony. W cytowanym wcześniej wyroku w sprawie pod sygn. akt P 2/00 Trybunał stwierdził, że „nie rezygnując z wymagania określenia wyłącznie w ustawie podmiotu, znamion przedmiotowych przestępstwa oraz kary, należy jednak przyjąć, że dopuszczalne jest doprecyzowanie tych elementów w aktach wykonawczych wydanych w zgodzie z art. 92 konstytucji. Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu, czy przeciwko interesom fiskalnym państwa, konstrukcja ustawy karnej, która by

całkowicie wykluczała potrzebę odwołania się do rozporządzeń regulujących określoną sferę działalności, jest trudna do wyobrażenia. Odesłanie do aktów wykonawczych umożliwia dopasowanie norm określających poszczególne zakazy i nakazy do zmieniających się stosunków (np. gospodarczych, społecznych, ekologicznych itp.) i wyposażenie ich w jednolitą sankcję". W ocenie Sejmu pogląd ten należałoby stosować analogicznie również do sytuacji, w której konkretyzacja treści przepisów karnych staje się w praktyce zadaniem sądów. W tym kontekście istotne znaczenie posiada to, że art. 305 k.k. umiejscowiony został w rozdziale XXXVI tej ustawy zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym", a treści § 3 wyraźnie wynika, że jednym z jego celów była ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa.

9. Nie wnikając tu w problematykę pojęcia przetargu oraz przetargu publicznego w sytuacji gdy – jak już wskazywano – zarzuty skargi w ogóle nie dotyczą tej kwestii skoncentrować się należy w dalszej kolejności na zjawisku zmowy przetargowej w kontekście realiów życia gospodarczego i zróżnicowanych jej form. W literaturze przedstawia się czasem pewne typologie zmów bądź też wskazuje się różne ich przykłady występujące w praktyce.

Tytułem ilustracji przytoczyć można następujące ustalenia: „[w] praktyce wyróżnia się cztery podstawowe i najczęściej spotykane rodzaje zmów przetargowych. Pierwszym z nich jest składanie oferty zabezpieczającej – ma ono na celu stworzenie pozorów rzeczywistej konkurencji i może polegać na celowym złożeniu oferty, która jest droższa od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferent może też złożyć ofertę zawierającą warunki szczególne, które nie mogą zostać zaakceptowane przez zamawiającego. Drugim rodzajem zmowy jest ograniczanie ofert przetargowych – jeden lub więcej przedsiębiorców uczestniczących w zmowie nie bierze udziału w przetargu lub cofa wcześniej złożoną ofertę, aby wybrano ofertę wyznaczoną uprzednio jako zwycięska. W istocie dana oferta nie jest składana do ostatecznego rozpatrzenia. Trzeci typ polega na składaniu rotacyjnych ofert przetargowych – przedsiębiorcy składają oferty w taki sposób, aby każda z nich po kolei została wybrana jako zwycięska. Czwartym rodzajem zmowy jest alokacja rynkowa – konkurenci dzielą rynek między siebie i ustalają, iż nie będą składać ofert określonym zamawiającym lub w obrębie określonych obszarów geograficznych. Porozumienie to polega zatem na podziale rynku, w szczególności według kryterium przedmiotowego

lub geograficznego. Zmowom przetargowym często towarzyszy porozumienie dotyczące podwykonawstwa. Zgodnie z treścią zmowy, konkurenci, którzy zgodzili się nie składać oferty lub złożyć ofertę z góry obliczoną na przegraną, otrzymują kontrakty podwykonawcze od przedsiębiorcy, który wygrał przetarg. W ten sposób następuje podział zysków między uczestnikami porozumienia" (D. E. Wojtczak, *Zwalczanie zmów przetargowych w Polsce*, „Państwo i Prawo" 2010, nr 7, s. 68-69).

W innym ujęciu wskazuje się na: „[p]orozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji jednego przedsiębiorcy ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polegają na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach, ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, czasu realizacji, okresu gwarancji); porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, czy niezłożenia wadium); składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach, np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór" (K. Magier, *Rzecz o zmowach przetargowych* Monitor Zamówień Publicznych, 2021, Nr 198, https://www.monitor-zamowien.pl/artykul/rzecz-o-zmowach-przetargowych)

W nieco zmienionej wersji stwierdza się, że „[w] praktyce można wyróżnić następujące rodzaje działań, które mogą zostać zakwalifikowane jako zmowy przetargowe: 1) porozumienia między oferentami, w szczególności: a) uzgodnienie cen w ofertach w celu doprowadzenia do wyboru oferty jednego z uczestników zmowy; oferty z wyższymi cenami nie stanowią realnej konkurencji dla oferty wybranej (oferta zabezpieczająca); b) uzgodnienie zakresu oferty prowadzące do podziału przedmiotu zamówienia pomiędzy uczestników, którego efektem jest wyeliminowanie konkurencji między oferentami; do tego rodzaju zmowy może dojść w wypadku umożliwienia przez

zamawiającego złożenia ofert na jeden lub kilka z wielu określonych zakresów zamówienia, np. obszary geograficzne świadczenia usług (alokacja rynkowa); c) uzgodnienie powstrzymania się od złożenia oferty prowadzącej do ograniczenia liczby ofert przetargowych (bid suppression); może to przybrać formę składania tzw. ofert rotacyjnych (jeden z uczestników zmowy rezygnuje ze złożenia oferty w jednym przetargu w zamian za rezygnację ze złożenia oferty przez drugiego uczestnika w innym); d) uzgodnienie złożenia przez część uczestników zmowy tzw. ofert kurtuazyjnych, pozornych (complementary bidding, courtesy bidding), niestanowiących realnej konkurencji dla oferty pozostałych uczestników porozumienia; może to nastąpić poprzez np. złożenie ofert niespełniających wymogów formalnych, które następnie nie są uzupełniane lub poprzez popełnienie innych błędów dyskwalifikujących ofertę; oferty kurtuazyjne stanowią formę oferty zabezpieczającej, służąc na ogół uwiarygodnieniu przetargu; e) uzgodnienie złożenia kilku ofert przez uczestników zmowy w warunkach konkurencji, a następnie doprowadzenie do odrzucenia ofert niższych (np. poprzez nieuzupełnienie braków formalnych), jeżeli oferty wyższe zajęłyby w takim wypadku ich miejsce; 2) porozumienia między oferentem a zamawiającym, tzw. ustawienie przetargu, w szczególności: a) uzgodnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w sposób faworyzujący danego oferenta; b) uzgodnienie ujawnienia poufnych informacji, np. o treści złożonych ofert, przed ich otwarciem, pozwalające jednemu lub kilku oferentom pozostającym w zmowie na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami lub maksymalizację korzyści kosztem zamawiającego; c) uzgodnienie faworyzowania danego oferenta przy ocenie spełniania przez niego oraz pozostałych oferentów warunków uczestnictwa w przetargu lub ocenie jego oferty kryteriów innych niż cena. Powyższy katalog, choć ma jedynie charakter przykładowy, identyfikuje najbardziej powszechne rodzaje zmów przetargowych" (M. Minkiewicz, *Ochrona zamawiającego przed zmowami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny"* 2015, nr 4(4), s. 21-22).

Można do tego wszystkiego dodać również tzw. zmowy referencyjne, polegające – w uproszczeniu rzecz ujmując – na umawianiu się co do (najczęściej wzajemnego) wystawiania dokumentów w postaci „listów referencyjnych" potwierdzających „doświadczenie" w wykonywaniu usług pewnego rodzaju (zob.

wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 20 maja 2020 r., sygn. akt XVII AmA 11/19).

Nie omawiając bliżej mechanizmu poszczególnych form porozumień przetargowych, które jednoznacznie oceniane są jako zagrożenie dla prawidłowego obrotu gospodarczego, istotne jest stwierdzenie, że dotyczyć one mogą wielu różnych zachowań (zarówno działań, jak i powstrzymania się od pewnych czynności), podejmowanych przez uczestników (potencjalnych uczestników) przetargu, osoby, działające na ich rzecz, oraz osoby uczestniczące w organizacji przetargu. Ich negatywne konsekwencje związane mogą być nie tylko z uzgodnieniami co do ceny, ale również z bardzo szczegółowymi kwestiami zarówno o charakterze materialnym (np. okresem gwarancji), jak i proceduralnym (np. uzupełnianiem oferty). Z reguły ich bezpośrednim celem jest umożliwienie, ale czasem tylko pewne ułatwienie „wygrania" przetargu przez jednego konkretnego uczestnika.

10. Wobec tego nie powinna budzić wątpliwości teza, że precyzyjne wskazanie przedmiotu społecznie szkodliwej zmowy przetargowej jest właściwie niemożliwe, a gdyby nawet podjąć taką próbę, to – po pierwsze – musiałoby być ono bardzo kazuistyczne. Po drugie, wobec dynamicznych zmian procesów ekonomicznych, trudno byłoby to uznać za rozwiązanie właściwe z uwagi na potrzebę względnie częstych zmian. Należy przypomnieć, że „nadmierna kazuistyka w konkretnych sytuacjach prowadzić może do deformacji idei państwa prawnego" (wyrok TK z 14 lutego .2012 r., sygn. akt P 20/10). Powoduje to jednocześnie, że w odniesieniu do oceny konstytucyjności zakwestionowanej regulacji zastosować należy założenie przyjęte przez Trybunał Konstytucyjny, zgodnie z którym: „[...] zasada określoności przepisu prawa karnego (represyjnego) nie wyklucza możliwości zawarcia znamion czynu zabronionego w innej ustawie (akcie normatywnym) oraz posługiwania się przez ustawodawcę, w ograniczonym zakresie i ściśle określonych granicach, klauzulami generalnymi czy normami blankietowymi, choć stosowanie tego ostatniego narzędzia regulacji prawnokarnych powinno mieć charakter wyjątkowy i następować wyłącznie wówczas, gdy z punktu widzenia racjonalnego ustawodawcy nie jest możliwe stosowanie unormowania pełnego w ramach przepisów prawa karnego" (wyrok TK z 27 lutego 2014 r., sygn. akt P 31/13 i powołane tam inne orzeczenia).

11. Problem polega więc na ustaleniu, czy sformułowanie „działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany" w sposób dostatecznie precyzyjny charakteryzuje podlegające karze wejście w porozumienie, do którego dochodzi w związku z przetargiem publicznym.

Należy w tym miejscu podkreślić, że rozumienie zacytowanego zwrotu zostało sprecyzowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W postanowieniu z 7 maja 2012 r., sygn. akt V KK 402/11, SN stwierdził, że „[z]awarte w art. 305 § 1 k.k. wyrażenie «działając na szkodę» jest znamieniem skutku przestępstwa. Skutkiem tym nie musi być realna szkoda majątkowa, do której dochodzi w rezultacie rozstrzygnięcia przetargu, lecz już samo wywołanie zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany". Stanowisko to SN zajmuje konsekwentnie i jednolicie (zob. postanowienia z: 18 stycznia 2017 r., sygn. akt II KK 324/16 i 6 czerwca 2019 r., sygn. akt III KK 130/18) Pogląd ten przyjmowany jest również w orzecznictwie sądów powszechnych (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 16 maja 2017 r., sygn. akt II AKa 35/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 stycznia 2019 r., sygn. akt II AKa 253/18).

Należy podkreślić, że – jak wynika z przytoczonego w skardze fragmentu uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego w O z maja 2017 r. – nie można mówić o podważeniu powyższych założeń w sprawie skarżącego. Sąd wyraźnie wskazał, że: „[z]auważyć należy, iż w orzecznictwie i doktrynie podaje się różne przykłady porozumień powodujących realne zagrożenie dla bezpieczeństwa interesów organizującego przetarg [...] i powołał się [na] wyrok SN [z] 17 października 2006 r., sygn. akt WA 28/06" (skarga, s. 5), w którym stwierdzono, że „[w]arunkiem dokonania tego przestępstwa nie jest spowodowanie efektywnej szkody, a jedynie podejmowanie działań mogących taką szkodę spowodować. Karalność tego przestępstwa obejmuje narażenie na niebezpieczeństwo interesów właściciela mienia objętego przetargiem". Jest to pogląd w istocie zbieżny z przytoczonymi wcześniej orzeczeniami SN.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że choć art. 305 § 1 k.k. nie precyzuje przedmiotu zmowy przetargowej, nie oznacza, że w drodze wykładni nie da się ustalić, jakich spraw ona dotyczy. Jest to uregulowane w drodze pewnej klauzuli generalnej, której bardziej dokładna treść wynika z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego.

12. Oceniając zaskarżony przepis pod kątem przewidywalności (względnie dowolności) jego stosowania należy ponadto wskazać, że choć formalnie czyn zabroniony z art. 305 § 1 k.k. ma charakter przestępstwa powszechnego, to jednak w praktyce dotyczy ono głównie osób prowadzących lub uczestniczących w prowadzeniu działalności gospodarczej w ramach wykonywanej aktywności zawodowej, jak również osób, które uczestniczą w przygotowaniu i organizacji przetargów publicznych. Dodać tu można, że „[p]odmiotom gospodarczym można i trzeba stawiać jednakowo wysokie wymagania dotyczące staranności działania, jakie obowiązują profesjonalistów w obrocie prawnym" (wyrok SN z 25 lipca 2013 r., sygn. akt II CSK 613/12). Tego rodzaju należyta staranność obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok SN z 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93). Choćby ze względu na konieczność przestrzegania przepisów dotyczących ochrony konkurencji trudno racjonalnie przypuszczać, żeby w ramach różnych rodzajów przedsiębiorców sprawami uczestnictwa w przetargach zajmowały się osoby, które nie są do tego w żaden sposób fachowo przygotowane. Analogicznie jest w sytuacji osób uczestniczących w organizacji przetargów, chyba że pełnią wyłącznie funkcje techniczne.

Oznacza to, że w odniesieniu do zarzutu nieokreśloności (niedostatecznej określoności) odwołać się można do wyrażonego w doktrynie poglądu, w myśl którego „w obecnym stanie prawnym brak jest podstaw, aby wymagać od zwykłego obywatela, by układał swoje sprawy życiowe nie tylko z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawnych, ale także orzecznictwa i poglądów doktryny (który to standard ulega zaostrzeniu w przypadku tzw. profesjonalistów, osób, od których można wymagać szerszej znajomości prawa z uwagi na pełniony zawód)" (A. Rychlewska-Hotel, *Zasada nullum crimen sine lege jako wymóg przewidywalności konsekwencji prawnokarnych*, Kraków 2018, s. 122-123).

Ważne w tym miejscu wydaje się odwołanie do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka (dalej: ETPC), do którego nawiązał Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie SK 52/08. Trybunał Konstytucyjny zauważył wówczas, że „wypracowany i utrwalony standard strasburski wymaga: po pierwsze, aby jednostka wiedziała z brzmienia danego przepisu karnego i, o ile zajdzie taka potrzeba, z jego wykładni sądowej, jakie działania i zaniechania są zagrożone odpowiedzialnością karną".

Poza tym ETPC przyjmuje, że prawo krajowe wciąż zapewnia przewidywalność skutków zachowania, jeżeli adresat normy (w tym osoba wykonująca zawód obligujący do dochowania szczególnej ostrożności) musi uprzednio skorzystać z profesjonalnej porady prawnika dla racjonalnej w danych okolicznościach oceny skutków prawnych danego zachowania. Trybunał strasburski dopuszcza – w celu unikania nadmiernej sztywności i dotrzymywania kroku zmieniającym się okolicznościom – aby przepisy prawa karnego nie były absolutnie precyzyjne (zob. bliżej pkt 7.3.2 uzasadnienia wyroku TK z 9 czerwca 2010 r., sygn. akt SK 52/08 i powołane tam orzeczenia ETPC). Powyżej zarysowane typy zmów przetargowych, związanych z przetargami publicznymi, nie wykluczają powstawania w praktyce nowych ich form, a zatem to „dotrzymanie kroku zmieniającym okolicznościom" polega w tym przypadku na nadawaniu przepisom takiego kształtu, aby nie były konieczne ciągłe ich modyfikacje.

13. Skarżący powołuje się również na wątpliwości co do zakresu zastosowania art. 305 § 1 k.k. w zakwestionowanej części poprzez niejasność co do relacji między wymienionymi w tym przepisie określeniami czynności sprawczej w postaci „wejścia w porozumienie", „uniemożliwienia" oraz „utrudnienia przetargu publicznego". Formułując ten zarzut, skarżący nie odwołuje się jednak ani do literatury, ani do orzecznictwa. Istotnie stwierdzić można, że „w piśmiennictwie wskazuje się na trudności w ustaleniu związku pomiędzy «wejściem w porozumienie z inną osobą» a pozostałymi wymienionymi w art. 305 k.k. karalnymi formami zachowania sprawcy, tj. «udaremnianiem» i «utrudnianiem» przetargu publicznego (§ 1) oraz rozpowszechnianiem informacji i przemilczaniem okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu (§ 2)" (G. Materna, *op. cit.,* s. 262). Nie wnikając w szczegóły zaznaczyć należy, że zachowanie zasady określoności oceniać należy nie tyle w kontekście wątpliwości, o których mowa w literaturze prawniczej, ile z punktu widzenia adresata norm, a więc zrozumiałości przepisu z językowego punktu widzenia. Przyjmując to założenie, trudno zaprzeczyć, że użycie spójnika „albo" oznacza alternatywę. Co więcej, z perspektywy językoznawstwa podkreśla się, że spójnik ten łączy zdania współrzędne lub równorzędne części zdań, zapowiada ich wzajemną wymienność lub wykluczanie się (zob. *Popularny słownik języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 2000, s 6, por. również *Słownik języka polskiego PWN,* https://sjp.pwn.pl/slowniki/albo.html - 10.09.2022). Niezależnie od tego przytoczyć tu należy pogląd doktryny, zgodnie z którym: „[z]decydowanie zbyt

daleko idącym uproszczeniem byłoby zarazem stwierdzenie, że każde porozumienie z inną osobą określone w art. 305 k.k. jest tylko szczególną (bo nie indywidualną, lecz kolektywną) formą jednego z pozostałych typów zachowania wymienionych w tym przepisie" (G. Materna, *op. cit.*, s. 264).

14. Należy również ustosunkować się do zawartego w piśmie uzupełniającym skargę z 4 sierpnia 2020 r. zarzucie dotyczących niejasności dotyczących tego, czy popełnienie czynu zabronionego opisanego w art. 305 § 1 k.k. wymaga wystąpienia zagrożenia tylko szkodą majątkową, czy też obejmuje również zagrożenie szkodą niemajątkową. Z proceduralnego punktu widzenia stwierdzić można, że stanowi to wykroczenie poza granice skargi wynikające z jej *petitum*. Wskazana wyżej wątpliwość nie dotyczy bowiem ustawowego zwrotu „wchodzi w porozumienie z inną osobą", ale wyrażenia (części wyrażenia); „działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany".

Powyższy zarzut jest nieuzasadniony, nadto problem ten został jednoznacznie wyjaśniony w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Jak wynika z postanowienia SN z 6 czerwca 2019 r., sygn. akt III KK 130/18, „[z]e względu na rodzaj dóbr chronionych przez przepisy rozdziału XXXVI Kodeksu karnego i na istotę przetargu publicznego, który stanowi instytucję, za pomocą której dochodzi do zawierania umów w gospodarce rynkowej, w art. 305 § 1 k.k. mowa jest o szkodzie o charakterze majątkowym. Ustawodawca co prawda nie sprecyzował tego pojęcia, zatem – *lege non distinguente* – należy przez nie rozumieć każdy uszczerbek majątkowy obejmujący zarówno damnum emergens, jak i lucrum cessans, przy czym jego rozmiar może być różny i – co oczywiste – rzutował będzie na oceną stopnie społecznej szkodliwości czynu (art. 115 § 2 k.k.). Nie ulega więc kwestii, że taka szkoda majątkowa musi wyrażać się w określonej kwocie pieniężnej. Ciężar udowodnienia (*onus probandi*) tej okoliczności, a więc rozmiaru szkody warunkującego w ogóle możliwość przypisania winy w płaszczyźnie art. 305 § 1 k.k., spoczywa – w myśl art. 5 § 1 k.k. – na oskarżycielu publicznych. Silnie trzeba podkreślić, że powinność poszukiwania dowodów określających w sposób wiarygodny wielkość wyrządzonej lub grożącej szkody w związku ze zmową przetargową nie obciąża sądu; dążyć do wykazania takiej szkody powinien prokurator. Sumując, wolno stwierdzić: Użyty w art. 305 § 1 k.k. zwrot «działając na szkodę» oznacza zarówno efektywne wystąpienie szkody materialnej, jak i realne, a nie abstrakcyjne niebezpieczeństwo jej powstania,

przy czym niezbędne jest tu ustalenie rozmiaru tego uszczerbku majątkowego, jako że od tego zależy – ze względu na treść art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 1 § 1 i 2 k.k. – możliwości uznania czynu sprawcy za przestępstwo". Niezależnie od tego, że z wyrażonym przez Sąd Najwyższy poglądem można polemizować, stwierdzić należy, iż przyczynia się ono do nadania art. 305 § 1 k.k. – również w zakresie okoliczności dotyczących czynności sprawczej polegającej na wejściu w porozumienie z inną osobą –większej precyzji. Skarżący w żaden sposób nie poruszył powyższego aspektu.

15. Na zakończenie zwrócić trzeba uwagę na istotną kwestię procesową. Otóż, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 9 maja 2015 r., sygn. akt SK 47/13, „[z]e względu na reguły rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu przed Trybunałem, a także z uwagi na specyfikę postępowania zainicjowanego przez wniesienie skargi konstytucyjnej [...], to na skarżącym ciąży powinność wykazania, że przepis karny – ze względu na niedostateczną precyzyjność i jasność – dotknięty jest kwalifikowaną postacią niedookreśloności, która uniemożliwia (nawet z zastosowaniem odpowiednich reguł wykładni, w tym wykładni w zgodzie z Konstytucją) ustalenie treści normy prawnokarnej, i tym samym rodzi niebezpieczeństwo arbitralnego represjonowania przez władze publiczne zachowań, które nie zostały *expressis verbis* określone jako zabronione w kwestionowanym przepisie". Trudno byłoby przyjąć, że w niniejszym postępowaniu skarżący tak sformułowany wymóg wypełnił, ponieważ nie odnosi się w ogóle do orzecznictwa sądowego, z którego wynika, że w praktyce sądy za pomocą różnych metod wykładni dokonują ustalenia treści art. 305 § 1 k.k. i nie powołuje okoliczności, świadczących, że ewentualne nieprawidłowości w tym zakresie prowadzą do arbitralności.

Ponadto, jak zauważył Trybunał w wyroku z 3 grudnia 2002 r., sygn. akt P 13/02, „[z] reguły niejasność przepisu powodująca jego niekonstytucyjność musi mieć charakter «kwalifikowany», przez wystąpienie określonych dodatkowych okoliczności z nią związanych, które nie mają miejsca w każdym przypadku wątpliwości co do rozumienia określonego przepisu. Dlatego tylko daleko idące, istotne rozbieżności interpretacyjne albo już występujące w praktyce, albo - jak to ma miejsce w przypadku kontroli prewencyjnej - takie, których z bardzo wysokim prawdopodobieństwem można się spodziewać w przyszłości, mogą być podstawą stwierdzenia niezgodności z Konstytucją określonego przepisu prawa". Skarżący nie wykazał rozbieżności interpretacyjnych, występujących w praktyce, nie mówiąc już o uzasadnieniu, że są

one daleko idące. We wcześniejszych rozważaniach wskazano natomiast przykłady orzeczeń wskazujących na względną jednolitość wykładni sądowej dotyczącej art. 305 § 1 k.k.

16. Podsumowując, w ocenie Sejmu zakwestionowana przez skarżącego regulacja ustawowa nie narusza zasady określoności przepisów prawa karnego, wynikającej z art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji. Choć regulacja ta budzi pewne wątpliwości interpretacyjne, to nie powodują one, aby adresaci tego przepisu nie byli w stanie przeprowadzić racjonalnego testu przewidywalności prawnokarnych konsekwencji swojego zachowania.

Z uwagi na powyższe Sejm wnosi o stwierdzenie, że art. 305 § 1 k.k. w zakresie określonym przez skarżącego jest **zgodny** z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU

Elżbieta Witek