

Michał Makowski¹

Odpowiedzialność kierownika zamawiającego za przestępstwo nadużycia służbowego w związku z udzieleniem zamówienia publicznego (art. 231 w związku z art. 296 Kodeksu karnego)

Criminal Liability of the Head of Contracting Authority
for the Offense of Abuse of Trust in the Context of Awarding
a Public Contract (Article 231 in Connection With Article 296
of the Polish Criminal Code)

1. Wprowadzenie

System zamówień publicznych gwarantujący racjonalne i efektywne wydatkowanie środków pozostających w dyspozycji Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i innych instytucji publicznych stanowi niezbędne ogniwo dla sprawnego funkcjonowania demokratycznego państwa prawa. Fundament systemu zamówień publicznych stanowi ustawa – Prawo zamówień publicznych². Podstawowym założeniem ustawodawcy jest optymalizacja wydatków publicznych realizowana w oparciu o konkurencyjno-ofertową konstrukcję przetargu, która została częściowo przeniesiona również na inne ustawowe, konkurencyjne tryby udzielenia zamówienia publicznego.

Patrząc na praktykę stosowania ustawy PZP z perspektywy już kilkunastu lat jej obowiązywania, nie sposób nie zauważyć, że przedmiotowy

¹ Michał Makowski – radca prawny Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie, aktualnie prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Śródmieście Północ w Warszawie / attorney-at-law, prosecutor at District Prosecutor's Office for Warszawa Śródmieście Północ.

² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. 2015, poz. 2164, tekst jedn. ze zm., dalej: ustawa PZP.

cel jest permanentnie narażony na zamach ze strony nieuczciwych uczestników rynku. Zjawiska przestępne występują zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców. Na podstawie analizy stanów faktycznych będących kanwą orzeczeń sądów w sprawach karnych można dostrzec pewną tendencję wyrażającą się w kierowaniu aktów oskarżenia wobec osób pełniących funkcje kierownicze w jednostkach organizacyjnych Skarbu Państwa, jak i osób pełniących funkcje organów jednostek samorządu terytorialnego w związku z nieprawidłowościami w zakresie udzielenia zamówień publicznych. Prawnokarne oceny zachowania tych osób koncentrują się wokół kwestii przekroczenia lub nadużycia uprawnień, niedopełnienia obowiązków wynikających z ustawy PZP, co w konsekwencji skutkować ma wyrządzeniem znacznej szkody.

Podstawę wartościowania karnoprawnego stanowią zatem przepisy art. 231 Kodeksu karnego³, jak art. 296 k.k. Stosowanie tych przepisów jest generalnie trafne⁴, jednakże bliższa analiza orzecznictwa i poglądów doktryny dotyczących wymienionych czynów zabronionych wskazuje na zasadnicze problemy związane z zastosowaniem przedmiotowych przepisów w sferze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w szczególności dotyczy ustalenia podmiotu tych czynów zabronionych oraz kwestii oceny charakteru zbiegu tych przepisów, co przekłada się na poziom efektywności karnoprawnej ochrony⁵. Wybór jednego z przepisów jako podstawy kwalifikacji prawnej czynu zabronionego i wymiaru kary ma doniosłe znaczenie praktyczne. Przepisy zakładają inne zagrożenia karą, co przedkłada się również na okres przedawnienia karalności. W aspekcie procesowym zarzucenie popełnienia czynu zabronionego z art. 296 k.k. wymaga udowodnienia wyrządzenia szkody, a nie jedynie stanu możliwości jej wyrządzenia (art. 231 k.k.).

W orzecznictwie dostrzegalne są przypadki uchylenia wyroków skazujących czy nawet rozstrzygnięć uniewinniających w tych stanach faktycznych, gdy funkcjonariusz publiczny oskarżony o popełnienie czynu zabronionego z art. 296 k.k. w ocenie sądu nie mógł być uznany za

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 1600, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

⁴ W piśmiennictwie wskazuje się na możliwość oceny naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych zarówno na podstawie art. 231 k.k., jak art. 296 k.k. – W. Jaroch, *Przestępstwa...*, s. 101; B. Kurzępa, *Przestępstwa...*, s. 22; Ł. Pasternak, *Przestępstwo...*

⁵ Zob. M. Makowski, *Z problematyki...*, s. 146–149.

podmiot tego czynu zabronionego, a jednocześnie sąd nie dostrzegając, że naruszenie obowiązków w zakresie ustawy – Prawo zamówień publicznych może być kwalifikowane na podstawie art. 231 k.k.⁶ Nie brakuje jednak wypowiedzi judykatury wskazujących na możliwość oceny zachowania osób pełniących funkcje kierownicze w jednostkach organizacyjnych Skarbu Państwa, jak i osób pełniących funkcje organów jednostek samorządu terytorialnego tylko na podstawie art. 231 k.k.⁷ Skłania to do refleksji nad pytaniem, czy kierownik zamawiającego, będący funkcjonariuszem publicznym, odpowiada w przypadku naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 296 k.k. i art. 231 k.k. albo na podstawie tylko jednego z tych przepisów, czy też może brak jest tu w ogóle penalizacji?

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań konieczne jest poczynienie kilku uwag wstępnych natury terminologicznej, związanych z ujęciem tematu opracowania. Otóż zakres definicji legalnej „kierownika zamawiającego”, wynikający z art. 2 pkt 3 ustawy PZP, obejmuje klasę osób uprawnionych do zarządzania danym zamawiającym, co prowadzi do przyjęcia założenia, że są to osoby, które mogą być uznane za zajmujące się sprawami majątkowymi lub prowadzeniem działalności gospodarczej. Jednocześnie zakres podmiotowy stosowania ustawy PZP, obejmujący w szczególności podmioty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1–3 tej ustawy,

⁶ Tytułem przykładu: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 maja 2017 r., II AKa 120/17; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 czerwca 2017 r., II AKa 107/17. W stanach faktycznych dotyczących wyrządzenia szkody przy udziale zamówienia publicznego podstawę kwalifikacji prawnej stanowił art. 296 k.k. w następujących sprawach: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 września 2012 r., II AKa 155/12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2018 r., II AKa 468/17. Zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2019 r., V KK 256/18. Sąd, uwzględniając kasację od wyroku uniewinniającego, uznał, że pełnomocnik Miasta W. do spraw Informatyzacji, będący pracownikiem gminy, może być oceniany jak podmiot czynu zabronionego z art. 296 k.k.

⁷ Tak zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09. W tym zakresie trzeba zwrócić uwagę na linię orzeczniczą Sądu Najwyższego – Izby Wojskowej. W sprawach dotyczących naruszenia ustawy – Prawo zamówień publicznych w ramach funkcjonowania wojskowych *stationes fisci* Skarbu Państwa podstawą zarzucanych lub przypisanych czynów zabronionych był art. 231 k.k. w następujących sprawach: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 2002 r., WA 19/02; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2008 r., WA 24/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2009 r., WA 5/09; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2012 r., WA 14/12; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2013 r., WA 24/13; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2015 r., WA 6/15.

pozwala założyć, że kierownicy reprezentujący te kategorie zamawiających mogą przynależeć do kategorii funkcjonariuszy publicznych wskazanych w art. 115 § pkt 4 lub pkt 6 k.k.⁸ Widoczny w ujęciu tematu zbieg przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. jest zdeterminowany statusem kierowników i reprezentowanych przez nich podmiotów.

Cel niniejszych rozważań, opartych na prawnodogmatycznej analizie przepisów prawa, sprowadza się do odpowiedzi na fundamentalne pytanie, na podstawie którego z konkurujących przepisów powinien odpowiadać kierownik zamawiającego, będący jednocześnie funkcjonariuszem publicznym, a realizujący swoim zachowaniem znamiona strony przedmiotowej i podmiotowej obu typów czynów zabronionych w sferze udzielania zamówień publicznych?

2. Zbieg przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. w orzecznictwie Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i poglądach doktryny

W orzecznictwie oraz piśmiennictwie kwestia określenia podstawy odpowiedzialności osoby sprawującej funkcje kierownicze, będącej jednocześnie funkcjonariuszem publicznym, jest przedmiotem sprzecznych wypowiedzi. Można tu wyróżnić dwa przeciwstawne kierunki interpretacyjne⁹. Ze względu na zasygnalizowaną sprzeczność kierunkową poglądów zasadnym wydaje się być przytoczenie szerszych cytatów z uzasadnienia judykatów i reprezentatywnych poglądów doktryny prawa karnego, w celu precyzyjnego przedstawienia zestawu argumentów.

Zgodnie z pierwszym ujęciem, przyjętym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 czerwca 2009 r.:

podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, o którym mowa w art. 296 § 1–4 k.k., od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 § 1–3 k.k. wynika z naruszenia kompetencji przez funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego. W zależności od różnych sfer ich działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach. Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez niego nastąpiło **w sferze imperium funkcji władczych**

⁸ W zakresie kryteriów klasyfikujących do określonej kategorii funkcjonariuszy publicznych odsyłam do publikacji P. Bachmat, *Pojęcie...*, s. 35–59.

⁹ Patrz przegląd orzecznictwa – K. Janczukowicz, *Współstosowanie...*

[podkreślenie – M.M.] przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. nadużycia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 k.k. Natomiast, gdy funkcjonariusz publiczny zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu **sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą** [podkreślenie – M.M.] instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w **sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych** [podkreślenie – M.M.], wyrządzenie szkody majątkowej na skutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k.¹⁰

Podobnie, co znamienne na gruncie już nieobowiązującej ustawy o zamówieniach publicznych, wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 maja 2007 r., WA 23/07, przychyłając się do prezentowanego w doktrynie poglądu, że art. 296 § 1 k.k. wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 k.k. te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy, sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą Skarbu Państwa lub innej instytucji publicznej **jako podmiotu gospodarczego**. W tym przypadku wyłączone jest zastosowanie art. 231 k.k., a podstawę odpowiedzialności stanowi art. 296 § 1 k.k.¹¹

Powyższe wypowiedzi judykatury nawiązują do opiniotwórczego i znajdującego szeroką akceptację w doktrynie poglądu O. Górniok, która to, rozważając kwestię zbiegu przepisów art. 231 § 1–3 k.k. z art. 296 § 1, 2, 4 k.k., przyjmowała, że każdy z tych przepisów penalizuje naruszenie kompetencji w innej sferze działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. Odpowiednio do różnych sfer ich działalności w różnych rolach występuje funkcjonariusz publiczny. Jeżeli funkcjonariusz publiczny zajmuje się sprawami majątkowymi lub prowadzi działalność gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych i w tym zakresie nadużyje ich zaufania, powinien odpowiadać wyłącznie na podstawie art. 296 k.k. Jeżeli natomiast

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09.

¹¹ Zob. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2012 r., II AKa 99/12: „W pojęciu działalności gospodarczej mieszczą się, co prawda, działania podejmowane przez funkcjonariuszy publicznych, reprezentujących interesy instytucji państwowych, jednak tylko wówczas, gdy występują one jako podmioty gospodarcze równoprawne z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego, prowadzącymi działalność zarobkową”.

przekroczy swe uprawnienia lub nie dopełni obowiązków w sferze imperium, funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, to dopuszcza się nadużycia władzy czy inaczej nadużycia służbowego i podstawę jego ukarania powinien stanowić wyłącznie art. 231 k.k.¹²

Dokonując oceny powyższego stanowiska, trzeba zauważyć, że jest ono oparte na założeniu występowania rozłącznych sfer działalności podmiotu reprezentowanego przez funkcjonariusza publicznego, tj. sfery tzw. imperium i związanych z nim funkcji władczych oraz sfery uprawianej przez te podmioty działalności gospodarczej. W odniesieniu do tej ostatniej sfery konieczne jest zasygnalizowanie kilku uwag, kluczowych dla dalszych rozważań.

Po pierwsze, analizowane stanowisko wyraźnie wiąże sferę działalności gospodarczej ze statusem instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, albowiem ta ma być „podmiotem gospodarczym”. Wywołuje to problem zakresu przedmiotu ochrony, jaki udziela przepis art. 296 k.k., a co sprowadza się do rozstrzygnięcia kwestii, czy zakres ochrony ogranicza się do interesów majątkowych przedsiębiorców, czy wręcz przeciwnie, również innych podmiotów, które nie występują w roli przedsiębiorcy – o czym poniżej.

Po wtóre, w analizowanym podejściu interpretacyjnym widoczne jest zawężające ujęcie tzw. dominium, w ramach którego występuje Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego¹³. Prowadzenie

¹² O. Górniok, w: *Kodeks...*, s. 90; O. Górniok, w: *Prawo...*, s. 83. Pogląd ten popierają: A. Marek, *Kodeks...*, s. 606–607; J. Skorupka, *Prawo...*, s. 69; J. Potulski, *Przestępstwa...*, s. 601. Podobnie wypowiada się P. Kardas, w: *Kodeks...*, 2006, s. 558, stwierdzając, iż: „Nie zachodzi kumulatywny zbieg między przepisem art. 296 § 1 i przepisem art. 231 KK (nadużycie służbowe). Artykuł 296 § 1 w zakresie, w jakim obejmuje również funkcjonariuszy publicznych, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 231 KK. Przepis ten wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 KK te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą państwa lub innej instytucji publicznej (np. spółki akcyjnej, spółki z o.o., przedsiębiorstwa państwowego itp.), jako podmiotu gospodarczego. W takim przypadku wyłączone jest zastosowanie art. 231 KK, który kryminalizuje nadużycie zaufania w związku z elementami imperium publicznego powierzonymi sprawcy, w konsekwencji zaś podstawę odpowiedzialności stanowi art. 296 § 1 KK”. Tak też, aczkolwiek bez uzasadnienia, I. Zgoliński, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 296 k.k., teza 7; M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 231 k.k., teza 12; zob. także T. Oczkowski, *Przedmiot...*, s. 257.

¹³ Sferę dominium wyróżnia się na gruncie art. 33 i 34 k.c., gdzie Skarb Państwa jest podmiotem stosunków o charakterze cywilnoprawnym. O Skarbie Państwa jako osobie prawnej można mówić wówczas, gdy państwo jako fiskus wykonuje za pomocą

działalności gospodarczej lub występowanie w ramach obrotu gospodarczego stanowi bowiem tylko wycinek szerszego zakresowo pojęcia obrotu cywilnoprawnego. Ponadto Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, że instytucja państwowa lub jednostka samorządu terytorialnego musi występować w charakterze podmiotu gospodarczego, co wydaje się być synonimem pojęcia przedsiębiorcy, a więc przyjął określone rozumienie pojęcia obrotu gospodarczego.

Podejście to pozostaje w sprzeczności z reprezentowanym w orzecznictwie i doktrynie kierunkiem, że umiejscowienie przepisu art. 296 k.k. w ramach rozdziału dotyczącego przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu nie oznacza, iż przestępstwa tego nie można popełnić wobec nieprofesjonalnego uczestnika tego obrotu, czyli konsumenta¹⁴ – a można go jedynie popełnić wobec przedsiębiorcy. Pojęcie obrotu gospodarczego należy rozumieć szeroko, jako obrót zarówno uczestników profesjonalnych, jak i nieprofesjonalnych, gdyż nie ma szczególnych powodów, aby rozumienie tego pojęcia ograniczyć¹⁵. Takie rozumienie pojęcia obrotu gospodarczego jest przyjmowane w nauce prawa karnego, co koreluje z jego definiowaniem na gruncie pierwotnych dla obszaru prawa karnego gospodarczego regulacji cywilnoprawnych i gospodarczych¹⁶. Za doktryną prawa handlowego przyjmuje się, że obrót gospodarczy to wymiana dóbr i usług za pośrednictwem pieniądza, a także

swoich jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej (*stationes fisci*) swoje zadania społeczne i gospodarcze (*dominium*), pozbawione charakteru publicznoprawnego (władczego), a więc gdy występuje w stosunkach cywilnoprawnych o charakterze majątkowym i niemajątkowym z innymi podmiotami prawnymi na zasadzie równorzędności (partnerstwa) – tak S. Dmowski, *Komentarz...*, s. 143; zob. także G. Bieniek, *Reprezentacja...*, s. 7; E. Gniewek, w: *Kodeks...*, s. 129–131; J. Frąckowiak, *Osoby...*, s. 1059. W ujęciu bardziej opisowym podnosi się, że państwo, realizując swoje zadania, działa w oparciu o mienie, uczestniczy w obrocie cywilnoprawnym, zawiera umowy sprzedaży, najmu itp. Może być spadkobiercą czy też prowadzić przedsiębiorstwo. Wykonywanie przez państwo funkcji właściciela znajduje oparcie w prawie prywatnym i określa się je podejmowaniem działań w sferze dominium – A. Kaczmarek, *O władczych...*, s. 147. Z przedstawionej istoty pojęcia dominium wynika, że obejmuje ona szeroko rozumiany obrót cywilnoprawny, np. spadkobranie, a nie tylko działania podejmowane w obrocie gospodarczym.

¹⁴ Tak m.in. A. Marek, *Kodeks...*, s. 603; T. Oczkowski, w: *Prawo...*, s. 253–254; A. Liszewska, *Glosa...*; P. Kardas, w: *Kodeks...*, 2008, s. 483.

¹⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2012 r., II KK 234/12; tak również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 listopada 2000 r., I KZP 31/2000.

¹⁶ Zob. R. Zawłocki, *Rodzajowy...*, s. 430–431; O. Górniok, w: *Prawo...*, s. 72; S. Żółtek, *Prawo...*, s. 150; J. Skorupka, *Prawo...*, s. 22.

towarzyszące tej wymianie i powstające w tym procesie stosunki prawne pomiędzy jej uczestnikami. Cechą tych stosunków jest to, że co najmniej jeden uczestnik prowadzi działalność gospodarczą¹⁷.

Wreszcie, podział zaprezentowanych sfer działalności w powyżej przedstawionym ujęciu wydaje się być **podziałem dychotomicznym**. Tymczasem powstaje pytanie o ocenę tych czynności cywilnoprawnych, które nie stanowią o wykonywaniu działalności gospodarczych przez instytucję państwową albo jednostkę samorządu terytorialnego, np. zawarcie jednostkowej umowy na sprzedaż zbytkowych mebli do gabinetu ministra, czynności z zakresu prawa spadkowego, wykonywanie praw z akcji w spółkach komunalnych. Dodatkowo wskazuje się w orzecznictwie na gruncie art. 417 k.c.¹⁸, że wykonywanie władzy publicznej nie może być ograniczone jedynie do ściśle pojętego imperium, ale obejmuje swym zakresem wszystkie formy wykonywania zadań publicznych, nawet pozbawionych elementu władczego, ale wpływających na sytuację prawną jednostki¹⁹. Co więcej, podnosi się, iż kompetencje władzy publicznej mogą być realizowane w formach niewładczych, przy wykorzystaniu instrumentów przewidzianych prawem cywilnym²⁰. Prowadziłoby to konsekwentnie do doniosłej praktycznie konstatacji, że istnieje pewna luka w penalizacji nadużycia zaufania w ramach obrotu cywilnoprawnego, ale niebędącego obrotem gospodarczym. Innymi słowy czynności polegające na przekroczeniu uprawnień, nadużyciu zaufania czy też niedopełnieniu obowiązków odnoszące się do sfery obrotu cywilnoprawnego, ale nie do obrotu gospodarczego, pozostawałyby poza zakresem penalizacji typów czynów zabronionych wynikających zarówno z art. 231 k.k., jak i art. 296 k.k. Antycypując dalsze rozważania, byłoby to „pole niczyje”, które mogłoby obejmować właśnie pewne przypadki udzielania zamówień publicznych, które nie stanowią przejawu wykonywania działalności gospodarczej. W aktualnym stanie prawnym ograniczenie zakresu zastosowania art. 296 k.k. do sfery uprawianej przez instytucje państwowe działalności gospodarczej jako podmiotów

¹⁷ A. Kidyba, *Prawo...*, s. 1–2; zob. też K. Kruczałak, *Prawo...*, s. 21.

¹⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny, Dz.U. 2018, poz. 1025, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks cywilny, k.c.

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 364/12; zob. też Ł. Węgrzynowski, *Czy...*

²⁰ Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2011 r., III CZP 48/11.

gospodarczych nie obejmuje przedmiotu ochrony wynikającego z tytułu rozdziału XXXVI k.k., który brzmi „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i **interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym** [podkreślenie – M.M.]”.

Stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2009 r. zostało poddane krytyce w doktrynie²¹. A. Liszewska zarzuciła, że:

zastosowanie art. 296 k.k. nie ogranicza się tylko do przypadków zajmowania się sprawami majątkowymi podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, lecz obejmuje także sprawy majątkowe nie związane z prowadzeniem takiej działalności, chroniąc funkcjonowanie m.in. fundacji, stowarzyszeń, związków religijnych i wyznaniowych, kościołów, organizacji politycznych, czy wreszcie także samorządu terytorialnego. Dlatego też nie ma żadnych podstaw do ograniczania zakresu zastosowania art. 296 k.k. tylko do funkcjonariuszy publicznych, podejmujących decyzje w imieniu i na rzecz podmiotu publicznego występującego w roli podmiotu gospodarczego. Prowadziłoby to do niczym nieuzasadnionego uprzywilejowania funkcjonariuszy publicznych, którzy zajmując się sprawami majątkowymi instytucji państwowych albo samorządu terytorialnego, ale nie w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzili tym instytucjom znaczne szkody majątkowe²².

Przedstawione argumenty zmierzają do wykładniczego rozszerzenia zakresu zastosowania art. 296 k.k. i objęcia zachowania funkcjonariusza w sferze zajmowania się sprawami majątkowymi nawet, gdy dotyczy to reprezentowanego podmiotu, który nie jest podmiotem gospodarczym. W konsekwencji prowadzi to do wniosku, że art. 296 k.k. obejmuje nie tylko sferę prowadzonej działalności gospodarczej przez instytucję państwową lub samorząd terytorialny, ale także sferę szeroko rozumianego obrotu cywilnoprawnego, który obejmuje wszelkie formy zajmowania się sprawami majątkowymi. Przedmiotowy pogląd wpisuje się w tendencję do przyjmowania wykładni art. 296 k.k. w oderwaniu od dobra rodzajowego, jakim jest obrót gospodarczy ujęty w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego. W tym ujęciu tytuł rozdziału nie jest elementem współwyznaczającym zakres kryminalizacji²³. Aktualnie pogląd ten znajduje

²¹ A. Liszewska, *Glosa...*

²² A. Liszewska, *Glosa...*

²³ Problem ten szeroko omawia P. Kardas, *Przestępstwo...* Autor konkluduje, że wyjście z impasu wykładniczego i przesądzenie, czy art. 296 k.k. można stosować poza sferą obrotu gospodarczego, wymaga zmiany tytułu rozdziału XXXVI Kodeksu karnego i wprowadzenie ochrony obrotu cywilnoprawnego.

normatywne oparcie, albowiem dokonano zmiany intytulacji rozdziału XXXVI k.k. na „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”²⁴. Rozszerzenie zakresu zastosowania art. 296 k.k. na zachowanie stanowiące zajmowanie się sprawami majątkowymi poza sferą obrotu gospodarczego napotyka jednak na przeszkodę w sposobie rozumienia tego znamienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i poglądami doktryny powszechnie przyjmuje się, że czynności polegające na zajmowaniu się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą cechuje tzw. element statyczny, polegający na dbałości o zachowanie substancji powierzonego w zarząd mienia i uchronienie go przed uszczerbkiem, pomniejszeniem, stratami, a także tzw. element dynamiczny, polegający na takim wykorzystaniu powierzonego mienia, aby zostało powiększone lub by wzrosła jego wartość²⁵, przy czym dodatkowym warunkiem realizacji tego znamienia jest samodzielność decyzyjna w zakresie zarządzania majątkiem mocodawcy²⁶. W tym miejscu należy wyprzedzająco zasygnalizować, że gospodarowanie środkami finansowymi przez funkcjonariusza publicznego może być wręcz ograniczone w ten sposób, że osoba zajmująca się sprawami majątkowymi nie ma swobody decyzyjnej co do wyboru sposobu wydatkowania środków publicznych, a tym bardziej ich inwestowania w celu pomnożenia środków. Wynika to z art. 216 ust. 1 Konstytucji²⁷ oraz odnosi się przede wszystkim do jednostek sektora finansów publicznych wskazanych w ustawie o finansach publicznych²⁸. Ograniczenia mogą wynikać także z przepisów ustrojowych wyznaczających status i zakres kompetencji danego funkcjonariusza publicznego.

Stanowi to punkt wyjścia do zaprezentowania przeciwnego stanowiska, na mocy którego: „Pogląd, jakoby funkcjonariusz publiczny przekraczający uprawnienia lub niedopełniający obowiązków **w sferze majątkowej**

²⁴ Ustawa z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny, Dz.U. 2019, poz. 870.

²⁵ Tak zwłaszcza: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2009 r., II KK 283/08; R. Zawłocki, w: *System...*, s. 467–468.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 r., II KK 81/13.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP, Konstytucja.

²⁸ Ustawa o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r., Dz.U. 2009, nr 157, poz. 1240 ze zm.

instytucji publicznej [podkreślenie – M.M.], odpowiada karnie tylko na podstawie art. 296 k.k., jest niezasadny”²⁹. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przytoczonego wyroku stwierdził, że: „Warunkiem zaliczenia konkretnej osoby do kręgu podmiotów przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym jest zatem ustalenie, że do jej obowiązków należy nie tylko dbałość o stan powierzonego mienia ale także przysparzanie mienia w procesie gospodarowania. Zauważyć należy, że przepis ten jest zamieszczony w rozdziale XXXVI, Kodeksu karnego, w którym stypizowano przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, a więc odnoszące się do dziedziny, która nie jest przecież **domeną działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego** [podkreślenie – M.M.]” oraz dalej: „Jest oczywiste, że Urząd Miasta i Gminy, jako instytucja samorządu terytorialnego, nie prowadzi działalności gospodarczej ukierunkowanej na powiększenie powierzonego jej majątku publicznego”.

W konsekwencji Sąd Najwyższy uznał, że naruszenie obowiązków nałożonych ustawą PZP przy zakupie samochodu służbowego może być uznane za przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariuszy publicznych, co umożliwiałoby ich odpowiedzialność karną z art. 231 § 1 k.k., jeśli wykazano by zaistnienie pozostałych znamion tego przestępstwa.

Z powyższym poglądem zdaje się korespondować argumentacja A. Liszewskiej³⁰, która podniosła, że:

założenie, zgodnie z którym art. 231 k.k. dotyczy tylko sfery stosunków publiczno-prawnych, także nie wydaje się uzasadnione. Do znamion czynnościowych typu czynu zabronionego z art. 231 k.k. należy przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, których źródłem jest każda norma prawna adresowana do funkcjonariusza publicznego, ale także polecenie służbowe wydane na podstawie normy oraz ogólne reguły postępowania z określonym dobrem prawnym oparte na wiedzy i doświadczeniu. Przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków ma oznaczać działanie na szkodę interesu prywatnego lub publicznego. (...) trudno jest ograniczać zakres zastosowania art. 231 k.k. tylko do tych uprawnień i obowiązków, które dotyczą sfery publicznej. W art. 231 k.k. mowa jest o wszelkich uprawnieniach i obowiązkach funkcjonariusza, ograniczanie zakresu zastosowania tego przepisu tylko do przekroczenia uprawnień albo niedopełnienia obowiązków w sferze władzy publicznej nie wydaje się zatem uzasadnione³¹.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09.

³⁰ A. Liszewska, *Glosa...*

³¹ Tak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 stycznia 2015 r., II AkA 219/14.

Wywód ten zmierza do konkluzji, że zakresy zastosowania art. 231 k.k. i 296 k.k. „krzyżują się”, ponieważ uprawnienia i obowiązki funkcjonariusza publicznego mogą być związane z zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub prowadzeniem działalności gospodarczej instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego, a zbieg przepisów należy kwalifikować jako kumulatywny³². W praktyce procesowej można także spotkać przykłady stosowania kumulatywnego zbiegu przepisów z art. 231 § 1 k.k. i art. 296 § 1 k.k.³³ W tym kierunku zdaje się także zmierzać Sąd Najwyższy, rozpatrując zdolność syndyka do odpowiedzialności na podstawie art. 296 k.k.³⁴

Za podsumowanie problemów interpretacyjnych występujących w orzecznictwie sądów powszechnych mogą posłużyć oceny prawne poczynione przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 25 lutego 2016 r.³⁵ Sąd uznał, że funkcjonariusz publiczny pełniący funkcję dyrektora w urzędzie wojewódzkim odpowiedzialnego za przeprowadzenie przetargu nieorganicznego w celu udzielenia zamówienia publicznego odpowiada na podstawie art. 231 k.k. Sąd wskazał, że opieranie postępowań przetargowych na znajomościach i łamanie zasad konkurencyjności godzi w zasady prawidłowego funkcjonowania administracji, co naraża interes publiczny w rozumieniu art. 231 k.k. Jednocześnie zakwestionował kwalifikację z art. 296 k.k., wskazując, że nie jest on osobą zajmującą się sprawami majątkowymi ze względu na brak cechy samodzielności decyzyjnej. Natomiast status podmiotu z art. 296 k.k. przypisał wojewodzie, który był jednocześnie pełnomocnikiem rządu ds. programu finansowego, wykonującym czynności w tym samym przetargu. Istotne jest, że sąd, powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r., uznał, że wojewoda jest osobą zajmującą się sprawami majątkowymi. Negując ocenę sądu I instancji, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu przyjął, że osoba ta dysponowała majątkiem i wystarczające jest, że celem powierzenia mu środków na udzielenie zamówienia publicznego było ich wykorzystanie na realizację programów, a nie powiększenie powierzonych środków. Jednocześnie sąd wyraźnie wskazał,

³² A. Liszewska, *Glosa...* z powołaniem się na A. Barczak-Oplustil, w: *Kodeks...*, s. 997. Tak też: R. Zawłocki, w: *System...*, s. 469; I. Sepiolo, *Przestępstwo...*, s. 168.

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 maja 2017 r., II AKa 120/17.

³⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2016 r., IV KK 138/16.

³⁵ Wyrok z dnia 25 lutego 2016 r., II AKa 331/15.

że wojewoda działał w ramach dominium konstytuującego penalizację z art. 296 k.k., a nie w ramach imperium, charakterystycznego dla czynu z art. 231 k.k. Finalnie przyjął jedynie kwalifikację z art. 296 k.k., pomijając art. 231 k.k.

3. Rzeczywisty zbieg przepisów

Moim zdaniem powyżej zarysowany impas wykładniczy można przezwyciężyć odnosząc się do kryteriów przyznania statusu funkcjonariusza publicznego oraz rodzaju interesów i dóbr prawnie chronionych na podstawie art. 231 k.k. Przyjmuję, że pomiędzy tymi elementami zachodzi wzajemne powiązanie merytoryczne. Trudno bowiem pogodzić z zasadą racjonalnego prawodawcy wyodrębnienie kategorii „pojęcia funkcjonariusza publicznego” w oderwaniu od sfery funkcjonowania instytucji, którą ten ma reprezentować. Przyjmuję zatem założenie, że zakres pojęciowy nazwy „funkcjonariusz publiczny” pośrednio determinuje zarazem rodzaj dóbr prawnie chronionych na gruncie art. 231 k.k.

Czyn zabroniony z art. 231 k.k. należy do kategorii przestępstw, które mają chronić przed zamachami „od wewnątrz” na prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego. Funkcjonariusz publiczny ma zatem stać na straży prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego bez ograniczenia sfer działalności tych podmiotów³⁶. Wyprzedzając zarzut, iż rodzajowy przedmiot ochronny wynikający z rozdziału XXIX Kodeksu karnego nie obejmuje zamachów na prawidłowe funkcjonowanie instytucji w sferze procesu udzielania zamówień publicznych, przyjąć trzeba w świetle orzecznictwa na gruncie art. 228 k.k. i art. 229 k.k., że jest to pogląd nietrafny, za czym przemawia uznanie członków komisji przetargowych za podmioty przestępstw korupcyjnych³⁷. Kryteria, które stanowią przyczynę przypisania danej kategorii osób statusu funkcjonariusza

³⁶ W literaturze przedmiotu podnosi się, że przestępstwo godzi w istnienie oraz prawidłowe funkcjonowanie administracji publicznej, jej autorytet i dobre imię poszczególnych instytucji – J. Potulski, *Przestępstwa...*, s. 601. Ponadto podnosi się, że znamię czynnościowe „działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego” oznacza, że zachowanie sprawcy stwarza zagrożenie dla jakiegokolwiek dobra ze sfery publicznej lub prywatnej – O. Górniok, w: *Kodeks...*, s. 85. Tak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2014 r., WA 23/14.

³⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r., V KK 402/11.

publicznego, powinny zarazem stanowić główne kryterium wyznaczenia jego obowiązków w zakresie ochrony interesów i dóbr określonego rodzaju związanych z prawidłowym funkcjonowaniem instytucji państwowej lub jednostki samorządu terytorialnego.

Odnosząc to do tego nurtu poglądów, które zawężają odpowiedzialność funkcjonariusza publicznego na podstawie art. 231 k.k. do jego zachowania tylko w sferze tzw. imperium, należałoby konsekwentnie wykazać, że przypisanie statusu funkcjonariusza jest li tylko zdeterminowane kryterium wykonywania funkcji władczych. Ramy opracowania nie pozwalają na szczegółową analizę kryteriów wyznaczających dane kategorie „funkcjonariusza publicznego” w rozumieniu art. 115 § 13 k.k.³⁸ Jednakże wystarczające wydaje się być spostrzeżenie, że z art. 115 § 13 pkt 4 k.k. wynika, iż uzyskanie statusu funkcjonariusza publicznego jest wyłącznie uzależnione od posiadania statusu pracownika zatrudnionego w administracji rządowej³⁹, innym organie państwowym lub w samorządzie terytorialnym⁴⁰.

Pracownik administracji rządowej czy samorządu terytorialnego jest zatem funkcjonariuszem publicznym, pomimo że nie wykonuje żadnych funkcji władczych, a zarazem nie wykonuje jedynie czynności usługowych. Podążając dalej tym tokiem rozumowania, należy uznać, że szerokie kryterium zatrudnienia pracowniczego w administracji rządowej, organie państwowym, samorządzie terytorialnym skutkuje tym, że funkcjonariusz publiczny staje się potencjalnie odpowiedzialny za prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowej lub jednostki samorządu terytorialnego w zakresie wszystkich spraw związanych z jego pracowniczym zatrudnieniem, a więc bez ograniczenia sfer działalności pracodawcy. Oczywiście zakres jego odpowiedzialności na podstawie art. 231 k.k. będzie dalej w praktyce już ograniczony na płaszczyźnie przypisanych mu uprawnień i obowiązków w związku z określoną treścią stosunku pracy (służbowego). Funkcjonariusz publiczny może zatem potencjalnie zajmować się zadaniami o charakterze władczym lub zarządaniem sprawami

³⁸ W tym zakresie należy odesłać do bogatego orzecznictwa i piśmiennictwa; zob. zwłaszcza: P. Nowak, *O zakresie...*; M. Pieszczyk, *Pojęcie...*

³⁹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 13 marca 2013 r., IV SA/Po 6/13.

⁴⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2010 r., III KK 333/09; także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2011 r., II KK 337/10; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2013 r., I KZP 9/13.

majątkowymi, czy też zadaniami w sferze działalności gospodarczej wykonywanej przez reprezentowaną instytucję.

Reasumując, *lege non distinguente nec nostrum distinguere*, art. 231 k.k. nie rozróżnia dóbr prawnie chronionych związanych z funkcjonowaniem instytucji państwowej, wydaje się zatem, że brak jest podstaw, aby *a priori* i abstrakcyjnie zawęzić przedmiot ochrony na podstawie art. 231 k.k. jedynie do sfery funkcji władczych (*imperium*), pomijając ochronę interesów majątkowych, które chronić ma funkcjonariusz publiczny w sferze dominium reprezentowanej instytucji publicznej lub jednostki samorządu terytorialnego. Pozwala to na sformułowanie konkluzji, że zakres karalności analizowanego przepisu obejmuje przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków w sferze *imperium* instytucji państwowej lub jednostki samorządu terytorialnego, jak i w sferze dominium. W ramach działalności w sferze dominium należy wyróżnić obrót cywilnoprawny *sensu largo* oraz jego podkategorię, tj. obrót gospodarczy związany z wykonywaną przez instytucję państwową (jednostką samorządu terytorialnego) działalnością gospodarczą lub jako uczestnika tego obrotu. **Sfery uczestnictwa w obrocie gospodarczym nie można jednak utożsamiać z wykonywaniem działalności gospodarczej.** Jak już zostało to przedstawione, uczestnikiem obrotu gospodarczego może być także konsument, a nie tylko przedsiębiorca. Ponadto wykonywanie działalności gospodarczej może wykraczać poza sferę obrotu cywilnoprawnego, a wiązać się z występowaniem w sferze stosunków publicznych – gospodarczych, np. w postępowaniu administracyjnym o udzielenie zezwolenia.

Stanowisko to znajduje częściowo wsparcie w cytowanych już poglądach A. Liszewskiej⁴¹, jak i – co znamienne – w poglądzie O. Górniok, która wskazuje, że czynności podejmowane przez pracowników instytucji wymienionych w art. 115 § 13 pkt 4 i 6 k.k. są podejmowane **w obrocie prawnym** w imieniu i na rzecz tych instytucji. Instytucje te zaś wchodzi w obrót prawny, dysponując majątkiem, który staje się przedmiotem dokonywanych przez nie transakcji, zaciąganych zobowiązań i uzyskiwanych uprawnień. Transakcje te oparte są na prawie prywatnym,

⁴¹ A. Liszewska, *Glosa...*: „W art. 231 k.k. mowa jest o wszelkich uprawnieniach i obowiązkach funkcjonariusza, ograniczanie zakresu zastosowania tego przepisu tylko do przekroczenia uprawnień albo niedopełnienia obowiązków w sferze władzy publicznej nie wydaje się zatem uzasadnione”.

statuującym równość stron stosunków prawnych. Zawieranie tych transakcji nie stanowi działalności gospodarczej w celach zarobkowych⁴². Autorka dalej konkluduje, że: „Nie sposób zatem eliminować z kręgu funkcjonariuszy publicznych osób zatrudnionych w tych instytucjach dlatego, że nie powierzono im kompetencji, odpowiadających pojęciu publicznych, tzn. władczych”⁴³, a zatem: „brak publicznego, władczego charakteru obowiązków służbowych osoby zatrudnionej w instytucjach wymienionych w pkt 4 i 6 § 13 art. 115, aczkolwiek pełniącej tam inne czynności aniżeli usługowe, tylko wtedy wyłączy ją z kręgu funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu prawa karnego, gdy instytucją tą będzie przedsiębiorstwo państwowe lub samorządu terytorialnego”⁴⁴.

Powracając do kwestii zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k., należy zatem zaaprobować pogląd, że rodzajowe opisy zachowań (czynów zabronionych) zawarte w analizowanych przepisach typizujących mają wspólne pole, a więc zachodzi logiczny stosunek krzyżowania, a nie relacja podrzędności (stosunku zawierania) czy wykluczenia, co w zależności od ujęcia jest pojmowane za logiczną podstawę zasady specjalności. Wychodząc *in abstracto* od oceny relacji logicznej zakresów przepisów typizujących omawiane czyny zabronione, nie można przyjąć, że zachodzi stosunek zawierania pomiędzy zakresami zastosowania tych przepisów, co wynika przede wszystkim z ujęcia podmiotu czynu zabronionego z art. 231 k.k. czy art. 296 k.k. Nie jest przecież tak, że każdy funkcjonariusz publiczny jest zarazem osobą zajmującą się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą reprezentowanego podmiotu, a każda osoba zajmująca się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą reprezentowanego podmiotu jest zarazem funkcjonariuszem publicznym.

Nie sposób zatem przyjąć tu abstrakcyjnie stosunku zawierania. Wydaje się zatem, że pogląd, iż art. 296 k.k. stanowi *lex specialis* względem art. 231 k.k. opiera się na logicznym stosunku wykluczania. Problem w tym, że przedmiotowe zapatrywanie opiera się na założeniu wykluczania się tylko sfer działalności instytucji państwowej, co nie zostało wysłowione w przepisach typizujących analizowane typy czynów zabronionych. Nawet przyjmując, że owa konkurencyjność sfer działalności

⁴² O. Górniok, *Z problematyki...*, s. 12.

⁴³ O. Górniok, *Z problematyki...*, s. 12.

⁴⁴ O. Górniok, *Z problematyki...*, s. 12.

jest wyprowadzona z dóbr prawnie chronionych, przeciwnie czy rozłącznie ujętych w rozdziale XXIX oraz rozdziale XXXVI k.k., co jest wątpliwe, to nie można oceny relacji zakresów przepisów typizujących ograniczyć tylko do wycinka zachowania, w tym przypadku do sfery oddziaływania czynność sprawczej.

Zwolennicy tego podejścia interpretacyjnego jednocześnie wskazują, że przepis art. 296 k.k. wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 k.k. te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą państwa lub innej instytucji publicznej jako podmiotu gospodarczego, a więc zakładają częściowe „nakładanie” się zakresów zbiegających się przepisów ustawy. Natomiast będąc konsekwentnym i patrząc z perspektywy logicznego stosunku wykluczania, nie powinna nigdy zaistnieć kategoria „funkcjonariuszy publicznych zajmujących się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”. Należy dodać, że pierwszy etap zabiegów interpretacyjnych podporządkowanych regule *lex specialis derogat legi generali* wymaga oceny relacji logicznej w zakresie wszystkich desygnatów nazw wynikających ze znamion czynu zabronionego, a nie tylko „wycinkowo” ich części, np. w zakresie sfery prowadzonej działalności gospodarczej.

W konsekwencji uważam, że zachodzi **rzeczywisty zbieg przepisów**, który w konkretnych okolicznościach sprawy może być oceniany jako właściwy albo niewłaściwy (pomijalny)⁴⁵. Ocena zbiegu przepisów powinna jednak zachodzić, niezależnie do zastosowanej reguły wyłączenia wielości ocen, zawsze *in concreto*⁴⁶ na płaszczyźnie wszystkich znamion zarzucanego (rozważanego) czynu zabronionego. Ocena zbiegu przepisów

⁴⁵ Klasyfikację zbiegu przepisów ustawy przyjmuję za M. Błaszczyk, w: *Kodeks...*, s. 322. O rozbieżnościach terminologicznych dotycząc kryteriów klasyfikacji zbiegu przepisów ustawy szerzej Ł. Pohl, *Zbieg...*, s. 93–99. Autor wyróżnia finalnie zbieg uwzględniany i nieuwzględniany w kwalifikacji prawnej czynu. Zob. także J. Majewski, *Zbieg...*, s. 1021–1028. Autor przyjmuje terminologię: „zbieg pomijalny” i „zbieg niepomijalny” – J. Majewski, *Zbieg...*, s. 1044.

⁴⁶ Tak J. Majewski, *Katalog...*, s. 1058; zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2008 r., V KK 238/07: „Podstawą oceny czy określone przepisy prawa materialnego pozostają w zbiegu kumulatywnym w rozumieniu art. 11 § 2 KK powinna być analiza czynu, a nie samo porównywanie znamion ustawowych przestępstw różnych typów. Nie można z góry przesądzić, czy abstrakcyjnie pojmowane typy czynów zabronionych będą występowały w zbiegu kumulatywnym, skoro, jak samo brzmienie przepisu art. 11 § 2 KK wskazuje, odnosi się on do konkretnego czynu jako substratu oceny z punktu widzenia prawa materialnego”.

nie może być dokonywana *in abstracto*, tj. przy zastosowaniu reguły *lex specialis derogat legi generali* w ramach abstrakcyjnie pojmowanej relacji logicznej tylko części zakresów przepisów typizujących w art. 231 k.k. i art. 296 k.k., co wynika z błędnie przyjmowanego dotychczas, jako wyczerpującego i dychotomicznego, podziału sfer działalności instytucji na sferę wykonywania funkcji władczych i sferę wykonywania działalności gospodarczej.

W tym kontekście, oprócz analizy znamienia podmiotu czynu zabronionego, szczególnie istotna będzie ocena charakteru i treści uprawnień oraz obowiązków ciążących na funkcjonariuszu publicznym lub menedżerze, zwłaszcza reguł prawidłowego gospodarowania środkami finansowymi, co zdeterminowane jest charakterem pełnionej funkcji i wykonywanych czynności, istoty wykonywanych zadań czy rodzaju dokonywanych czynności, które nakazują działanie racjonalne, zgodne z zasadami sztuki zarządzania majątkiem i ogólnymi regułami prowadzenia działalności gospodarczej oraz przyjętym wewnętrznym podziałem obowiązków. Innymi słowy, tylko w przypadku uznania, że funkcjonariusz publiczny, będący jednocześnie podmiotem w rozumieniu art. 296 k.k., wypełnił komplet znamion tego czynu zabronionego w ramach zarzucanego mu czynu, można przyjąć, że wyłączone jest zastosowanie art. 231 § 1 k.k., a podstawę odpowiedzialności stanowi wyłącznie art. 296 § 1 k.k.

Regułę wyłączenia wielości ocen prawnokarnych stanowi tu jednak nie zasada *lex specialis*, wyprowadzana abstrakcyjnie z dualizmu wykluczających się sfer działalności instytucji państwowej (*imperium* – działalność gospodarcza), a zastosowana *in concreto* zasada konsumpcji lub zasada subsydiarności milczącej (doktrynalnej), co dotyczy sytuacji, gdy szkoda majątkowa określona w art. 296 k.k. w sposób wystarczający konsumuje konkretne zagrożenia wyrządzenia szkody w interesie publicznym lub prywatnym (art. 231 k.k.). Biorąc pod uwagę relację znamion czynu zabronionego, w tym skutek w postaci wyrządzonej już szkody, a także wymiar zagrożenia karą, co do zasady wystarczająca będzie, dla pełnego oddania charakteru bezprawia kryminalnego, tylko kwalifikacja z art. 296 § 1 k.k., co oznacza, że możemy mieć do czynienia ze zbiegiem pomijanym⁴⁷. Za przedmiotowym ujęciem przemawia także

⁴⁷ Nie oceniam tu zbiegów przepisów innych typów czynów zabronionych wyprowadzonych z art. 231 § 2–3 k.k. w zestawieniu z art. 296 § 1a–4 k.k.

normatywne rozszerzenie przedmiotu ochrony wynikające ze zmiany tytułu rozdziału XXXVI k.k., który to obejmuje również interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym.

Nie można jednak z góry wykluczyć sytuacji, gdy konieczne będzie przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu. Sytuacja ta może wystąpić, gdy znaczna szkoda została wyrządzona przez funkcjonariusza publicznego w następstwie nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, które są właściwe dla menedżera w rozumieniu art. 296 k.k., a dodatkowo został naruszony **specyficzny obowiązek (uprawnienie)** przypisany tylko z racji posiadania statusu funkcjonariusza publicznego. Nastąpi to zwłaszcza wtedy, gdy treść obowiązku wykracza poza dbałość o indywidualne interesy gospodarcze lub interesy majątkowe mandanta w obrocie cywilnoprawnym, a ma na celu ochronę interesu publicznego lub ochronę innej kategorii dóbr prawnie chronionych niż objęte zakresem art. 296 k.k. Rozwinięcie tej tezy zostanie przedstawione poniżej.

4. Charakterystyka postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Przedstawienie stanowiska własnego w zakresie zbiegu analizowanych przepisów pozwala przejść do omówienia szczegółowych problemów wyłaniających się na styku Kodeksu karnego, ustawy PZP oraz innych regulacji dziedzinowych, a związanych z procesem udzielania zamówień publicznych. W celu uporządkowania wyводу, w pierwszej kolejności konieczne jest skrótowe przybliżenie podstawowych zagadnień związanych ze stosowaniem ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie relewantnym dla przedmiotu rozważań.

4.1. Pojęcie zamówienia publicznego i cele jego udzielenia

Rozpocznijmy od zagadnień węzłowych, a mianowicie pojęcia zamówienia publicznego. Stosownie do art. 2 pkt 13 ustawy PZP przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja zamówienia publicznego nie zawiera elementu pochodzenia środków zamawiającego z określonych źródeł,

co oznacza, że zamówienie publiczne nie jest związane tylko z wydatkowaniem środków publicznych. Istotne jest, że z natury „zamawiania” wynika, iż umowy dotyczą sfery nabywania rzeczy oraz innych dóbr, czyli dostaw w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy PZP, wykonania albo zaprojektowania i wykonania robót budowlanych (art. 2 pkt 8 ustawy PZP) czy wreszcie nabywania usług (art. 2 pkt 10 ustawy PZP). Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się wprost przepisy k.c., o ile ustawa PZP wyjątkowo nie stanowi inaczej. Przesądza to o cywilnoprawnym charakterze umów⁴⁸, a umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej⁴⁹.

Stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zamawiający. Zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy PZP przez zamawiającego należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy. Krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy PZP, a tym samym kategorii zamawiających, określa art. 3 ustawy PZP, w tym obejmuje jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Katalog podmiotów sektora finansów publicznych określa zaś art. 9 ustawy o finansach publicznych⁵⁰.

Zestawienie art. 9 pkt 2 i pkt 4 ustawy o finansach publicznych prowadzi do rozbieżności pomiędzy ujęciem podmiotowości w rozumieniu prawa cywilnego a ujęciem podmiotowości w prawie finansowym. Jednostki samorządu terytorialnego posiadają osobowość prawną z mocy prawa, tj. danej ustawy ustrojowej⁵¹, a są reprezentowane za pośrednictwem swoich organów (art. 38 k.c.). Kierownicy niesamoistnych jednostek wewnętrznych samorządu terytorialnego wykonują uprawnienia reprezentacyjne względem danej jednostki samorządu terytorialnego na podstawie stosownych pełnomocnictw⁵². Tym samym jednostki niesamoistne działają w ramach osobowości jednostki samorządu

⁴⁸ R. Szostak, *Zakres...*, s. 12; por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12.

⁵⁰ Dz.U. 2009, nr 157, poz. 1240 ze zm.

⁵¹ Na przykład art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz.U. 2019, poz. 506, tekst jedn. ze zm.

⁵² Na przykład art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz.U. 2019, poz. 506, tekst jedn. ze zm.

terytorialnego, analogiczne jak tzw. *stationes fisci* w ramach osobowości Skarbu Państwa.

Powstaje zatem problem, kto jest kierownikiem zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy PZP; czy np. dyrektor miejskiego zakładu remontu działający w ramach osobowości prawnej gminy – danego miasta, czy też prezydent tego miasta jako organ wykonawczy tej gminy. Należy przyjąć, że w jednostce organizacyjnej gminy nieposiadającej osobowości prawnej funkcję kierownika zamawiającego sprawuje kierownik tej jednostki, który na podstawie przepisu art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych ponosi odpowiedzialność za całość gospodarki finansowej, działając jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez organ wykonawczy gminy. Analogicznie należy oceniać *stationes fisci* Skarbu Państwa, przy czym zawsze należy ustalić kierownika zamawiającego z uwzględnieniem przepisów regulujących funkcjonowanie danej jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa. Należy dodać, że to właśnie kierownik zamawiającego ponosi odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy PZP.

Drugą strony umowy jest wykonawca, który jest osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 PZP). Dla uzyskania statusu wykonawcy nie jest konieczne, aby dany podmiot prowadził zawodowo działalność gospodarczą, jednakże w praktyce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występują w przeważającej mierze przedsiębiorcy, a do wyjątków należy zaliczyć sytuacje przeciwne. Pozwala to przyjąć, że udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego wiąże się z **udziałem w obrocie gospodarczym**. W tym miejscu wyłania się potrzeba określenia celów udzielania zamówień publicznych. Zamawiający może zawierać odpłatne umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności w celu:

- a) zaspokojenia wyłącznie swoich własnych potrzeb administracyjno-gospodarczych, np. umowa na dostawy materiałów biurowych,
- b) prowadzenia działalności gospodarczej, w tym w celu uzyskania zysku, co dotyczy zwłaszcza spółek Skarbu Państwa i spółek komunalnych, np. umowa na zakup pojazdów w celu świadczenia usług kurierskich,

- c) wykonywania zadań o charakterze publicznym, których cel z natury służy zaspokojeniu potrzeb osób trzecich, np. umowy o roboty budowlane na odcinek autostrady, umowa o roboty budowlane na budowę odcinka sieci wodociągowo-kanalizacyjnej.

W praktyce wskazane powyżej cele udzielenia zamówienia publicznego mogą się mieszać w ramach danej umowy, np. umowa o wykonanie systemu informatycznego, który będzie obejmował funkcjonalności do obsługi klientów zamawiającego oraz funkcjonalności wewnętrzne, np. moduł do obsługi płac.

Proces udzielania zamówień publicznych nie jest sam w sobie rodzajem działalności, a pełni funkcje służebne w stosunku do zadań realizowanych przez zamawiających. Funkcja udzielenia zamówienia publicznego zdeterminowana jest przede wszystkim celami, charakterem zadań realizowanych przez zamawiającego. **Cel udzielenia danego zamówienia publicznego** może być pochodną także **celów systemu zamówień publicznych**, które stanowią aksjologiczne uzasadnienie obowiązywania ustawy – Prawo zamówień publicznych i wyznaczają znaczenia tej regulacji w systemie prawnogospodarczym.

Określony kształt regulacji przepisów PZP jest także pochodną celów polityki państwa. Wskazać tu trzeba, że ustawodawca, określając konkretne przepisy ustawy PZP, czyni to w celu realizacji zakładanych celów politycznych. Wśród funkcji ustawy PZP wyróżnia się m.in. efektywne wydatkowanie środków publicznych, otwarcie na konkurencję czy przeciwdziałanie korupcji⁵³. Wskazuje się także na efektywność ekonomiczną zakupów, tzw. drugorzędne cele zamówień publicznych dotyczące osiągnięcia korzyści w sferze społecznej i ekologicznej, stan sprawiedliwości proceduralnej, zapewnienie etycznej uczciwości uczestników rynku zamówień publicznych⁵⁴. Należy też mocno podkreślić, że wszystkie te wymienione wyżej cele prawa zamówień, będące jednocześnie celami poszczególnych zamówień publicznych, mają bez wątpienia charakter celów publicznych i pozostają w dobrze pojmowanym **interesie publicznym**, niezależnie od tego, że niekiedy (czy też w pewnym zakresie) cele te są również celami prywatnymi⁵⁵.

⁵³ Szerzej na temat znaczenia systemu zamówień publicznych – H. Nowicki, w: *System...*, s. 15–41.

⁵⁴ M. Szydło, *Prawna...*, s. 1–2.

⁵⁵ M. Szydło, *Prawna...*, s. 3.

Z poglądem trzeba się zgodzić z tym zastrzeżeniem, że nie zawsze dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będzie realizować wszystkie powyżej ujęte cele. Identyfikując cel udzielenia danego zamówienia, należy zawsze analizować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przykładem realizacji celów zamówień, które wymagają wyraźnego ukształtowania treści zamówienia publicznego, są klauzule w ramach tzw. zamówień społecznych albo zamówień ekologicznych⁵⁶.

Już zatem tylko na podstawie pobieżnego zestawienia celów ustawy PZP można przyjąć tezę, że w procesie udzielania zamówień publicznych przeplatają się cele charakterystyczne zarówno dla obrotu gospodarczego, jak i dla ochrony interesu publicznego⁵⁷. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia analizy zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k., ponieważ realizacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **różnych celów** przemawia przeciwko dychotomicznemu rozdzielaniu sfer działalności instytucji publicznej na sferę działalności gospodarczej (art. 296 k.k.) oraz sferę imperium (art. 231 k.k.). Obrazując kwestię przykładem, kierownik zamawiającego narusza reguły ustawy PZP w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy, bowiem nie odrzuca oferty wykonawcy pomimo naruszenia wymogu zatrudnienia pracowniczego (art. 29 ust. 3a PZP). W ten sposób narusza reguły uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP stanowi wręcz podstawową zasadę proceduralną. Zamawiający naruszając zasadę uczciwej konkurencji, a więc dobro prawne charakterystyczne dla obrotu gospodarczego, jednocześnie narusza zasady i cele determinujące interes publiczny, w szczególności zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych, zasadę sprawiedliwości proceduralnej oraz cel polityki państwa, jakim jest promowanie zamówień prospołecznych. Przenosząc przykład na płaszczyznę zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k., przedmiotowe zachowania należy oceniać w kategoriach **kumulatywnego zbiegu przepisów**.

⁵⁶ H. Nowicki, w: *System...*, s. 32–41.

⁵⁷ W judykaturze można spotkać nawet pogląd, że celem ustawy PZP jest ochrona interesu publicznego – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r., IVCKN 381/00; zob. też H. Nowicki, w: *System...*, s. 72. Przekrojową analizę ochrony interesu publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadził M. Wieloński, *Realizacja...*

Zawarcie umowy z wykonawcą zdolnym do należytego wykonania zobowiązania jest bezpośrednim celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przez to rozumie się, zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy PZP, postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Procedura udzielenia zamówienia publicznego to uporządkowany ciąg czynności zapadających sukcesywnie według z góry ustalonych warunków, zmierzający do wyboru najkorzystniejszej oferty, uwieńczony zawarciem umowy finalnej⁵⁸. W ujęciu proceduralnym cel postępowania sprowadza się do określenia sposobu wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarazem wyboru wykonawcy zdolnego wykonać należycie umowę w sprawie zamówienia publicznego.

4.2. Zasady zarządu mieniem publicznym

Punktem wspólnym wszystkich przedstawionych koncepcji oceny zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. jest kryterium występowania funkcjonariusza publicznego w określonej sferze działalności instytucji państwowej lub jednostki samorządu terytorialnego reprezentowanej przez niego. Stąd konieczne jest zaklasyfikowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do sfery imperium albo sfery dominium zamawiającego. Patrząc na charakter czynności dokonywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy podkreślić, że zgodnie z dominującym poglądem nauki prawa i judykatury udzielenie zamówienia publicznego nie odnosi się do sfery imperium państwa (samorządu terytorialnego), co wynika przede wszystkim z cywilnoprawnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 14 PZP)⁵⁹. Zamawiający – organizator procedury zmierzającej do

⁵⁸ R. Szostak, *Zakres...*, s. 5.

⁵⁹ Zob. zwłaszcza Z. Gordon, *Charakter...*, s. 30–40 i zacytowana tam literatura, W orzecnictwie zawieranie umów w sprawie zamówienia publicznego przez Skarb Państwa również traktuje się jako działanie w ramach sfery właścicielskiej (dominium) własności państwowej – uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2009 r., II CSK 104/09.

wyboru oferty najkorzystniejszej – działa całkowicie poza granicami imperium, **wyłącznie w ramach dominium**, bez jakiegokolwiek władztwa administracyjnego⁶⁰.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie występuje element władztwa po stronie zamawiającego, ponieważ konstrukcja relacji zachodzących pomiędzy zamawiającym a wykonawcami opiera się na zasadach typowych dla prawa cywilnego: na zasadzie autonomii i równości stron oraz na zasadzie braku przymusu państwowego⁶¹. Podstawą obowiązków wykonawcy, a tym samym uprawnienia zamawiającego do żądania określonego zachowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest cywilnoprawny, przedkontraktowy stosunek przetargowy, który nawiązuje się z chwilą złożenia oferty przez oferenta zgodnie z art. 70 (1) § 4 k.c. w zw. z art. 14 PZP⁶². Źródłem powinności wykonawcy względem zamawiającego nie jest zatem przymus państwowy w ramach władztwa publicznego, a umowa cywilnoprawna (porozumienie przetargowe) zawarta na zasadzie swobody umów.

Jednocześnie w doktrynie wskazuje się, że z administracyjnego punktu widzenia udzielenie i wykonywanie zamówień publicznych łączy się bezpośrednio z **zarządem mieniem publicznym**, a raczej z szerzej pojętym majątkiem (obejmującym też długi) służącym do realizacji zadań publicznych. Jest to pochodną interdyscyplinarnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które łączy instrumenty cywilnoprawne i administracyjnoprawne. W szczególności mienie publiczne wykorzystuje się bezpośrednio w ramach tzw. pożytku zbiorowego oraz w celu zapewnienia materialnych podstaw funkcjonowania służb publicznych. Sprawowanie zarządu takim mieniem jest uznawane za wykonywanie funkcji administracji gospodarczej⁶³.

Przez mienie publiczne uważa się zbiór praw podmiotowych, które wyróżniają się szczególnymi przymiotami odróżniającymi je od innych kategorii mienia. Dystynkcję tę ocenia się w aspektach podmiotowych

⁶⁰ R. Szostak, *Zakres...*, s. 5.

⁶¹ Z. Gordon, *Charakter...*, s. 38.

⁶² Z. Gordon, *Charakter...*, s. 39. O stosunku przetargowym zob. zwłaszcza R. Szostak, *Przetarg...*, s. 135 i n.; zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., II CZ 37/07.

⁶³ R. Szostak, *Podstawowe...*, s. 27.

(**podmioty uprawnione**) mienia publicznego oraz **celu jego przeznaczenia** (wykorzystania)⁶⁴. Podmiotami mienia publicznego (uprawnionymi do korzystania ze składników majątku, który dzierżą) są państwo i inne podmioty publiczne (jednostki samorządu terytorialnego)⁶⁵. Prawa podmiotowe do publicznych dóbr majątkowych wspomagają starania o realizację i ochronę celów publicznych; w tym znaczeniu służą one do użytku publicznego. Takie ich przeznaczenie oznacza, że są one wykorzystywane do realizacji takich celów, których treść wyznacza interes publiczny⁶⁶.

Pojęcie mienia publicznego jest związane także z prawem własności lub innymi prawami majątkowymi wykorzystywanymi do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez podmioty publiczne⁶⁷. Mienie publiczne obejmuje również mienie komunalne, w szczególności wyróżnia się urzędzenia użyteczności publicznej. Służą one zaspokajaniu potrzeb zbiorowych – także potrzeb wspólnoty samorządowej, co zwykle oznacza ich związanie z działalnością jednostek samorządu terytorialnego.

Istotą funkcji mienia publicznego jest jego służebny charakter, co przejawia się we wspomaganiu realizacji **celów publicznych**, a co leży w interesie publicznym prawnie chronionym⁶⁸. W kontekście zamówień publicznych istotne jest, że służebny (w ujęciu funkcjonalnym) charakter mienia publicznego przejawia się także w dostępie do niego na zasadach i w formach (sposobach) ujętych w regulacjach prawnych (majątek publiczny)⁶⁹.

W piśmiennictwie podkreśla się, że wykonywanie zarządu mieniem publicznym jest zatem poddane szczególnym warunkom i restrykcjom, które przede wszystkim mają zapewnić szczególną staranność w wykonywaniu funkcji zarządu. Zasada prawidłowego zarządu mieniem w sferze realizacji zamówienia publicznego ma doniosłe znaczenie, stając się

⁶⁴ L. Kieres, *Zarząd...*, s. 745.

⁶⁵ Ocena, czy dany zamawiający stanowi podmiot publiczny, musi być dokonywana *a casu ad casum*. Mogą tu powstać szczególne wątpliwości w odniesieniu do zamawiających spoza sektora finansów publicznych – art. 3 ust. 1 pkt. 3–7 ustawy PZP.

⁶⁶ L. Kieres, *Zarząd...*, s. 745.

⁶⁷ L. Kieres, *Zarząd...*, s. 746.

⁶⁸ L. Kieres, *Zarząd...*, s. 755.

⁶⁹ M. Guziński, *Zamówienia...*, s. 304.

źródłem obowiązku dochodzenia roszczeń⁷⁰. Należy w pełni podzielić pogląd K. Horubskiego, który stwierdza, że na gruncie ustawy PZP można odnaleźć szczegółowe rozwiązania prawne służące osiągnięciu celów prawidłowego (starannego) zarządzania takim mieniem, w tym służące ograniczaniu ryzyka niewykonania (nienależytego wykonania), zapewnianiu ekwiwalentności świadczeń z umowy o zamówienie, osiągnięciu korzyści ekonomicznych w związku z korzystaniem z przedmiotu zamówienia z racji pozyskiwania dóbr cechujących się właściwościami sprzyjającymi oszczędności eksploatacyjnej, jak i innowacyjności⁷¹.

Z perspektywy zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. istotne jest, że z zasady prawidłowego gospodarowania mieniem publicznym wynika **obowiązek zachowania szczególnej staranności** przez osoby uczestniczące w zarządzaniu takim mieniem. Normatywnym potwierdzeniem tej prawidłowości jest przykładowo art. 50 ustawy o samorządzie gminnym⁷². Na tle tego przepisu podkreśla się, że szczególna staranność w odniesieniu do gospodarowania mieniem publicznym oznacza wzorzec zachowania o wyższym pułapie wymagań nie tylko od objętych kodeksową „należyłą starannością”, ale także od wymagań staranności odnoszonych do przedsiębiorców, a określanych przy uwzględnianiu zawodowego charakteru wykonywanej przez nich działalności gospodarczej⁷³.

W piśmiennictwie podkreśla się, poszukując kryteriów odróżniających należyłą staranność cechującą zarząd mieniem publicznym od tej wymaganej od osoby prowadzącej działalność gospodarczą, że żaden jednak przepis nie określa granicy dopuszczalnego ryzyka przy podejmowaniu działalności gospodarczej. Natomiast z konieczności zachowania szczególnej staranności wydaje się wynikać obowiązek sprowadzenia tego ryzyka do minimum bądź całkowitej jego eliminacji⁷⁴. Ocena, czy dochowano szczególnej staranności, musi brać pod uwagę istotę, cel,

⁷⁰ Szerzej, ze wskazaniem szczegółowych regulacji: K. Horubski, *Administracyjnoprawne...*, s. 507–508; R. Szostak, *Podstawowe...*, s. 39–40.

⁷¹ K. Horubski, *Administracyjnoprawne...*, s. 516–517.

⁷² Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz.U. 2020, poz. 713, tekst jedn.

⁷³ Zob. J. Jagoda, w: *Ustawa...*, s. 961; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2018 r., IV CSK 111/18.

⁷⁴ J. Dominowska, w: *Ustawa...*, komentarz do art. 50 ustawy o samorządzie gminnym, teza 7.

zadania jednostki samorządu oraz potrzeby wspólnoty, a ważnymi mierzakami oceny staranności osób zarządzających mieniem komunalnym jest również wymóg zgodności sprawowania zarządu z przeznaczeniem mienia⁷⁵. Podkreślenia jednak wymaga, że obowiązek dołożenia szczególnej staranności i ochrony mienia komunalnego nie wyklucza podejmowania względem tego mienia działań obarczonych określonym stopniem ryzyka gospodarczego, np. nabywania i zbywania akcji na giełdzie papierów wartościowych⁷⁶. Jednakże podejmowanie ryzyka nie może dążyć wyłącznie do maksymalizacji zysków, ponieważ nie taki jest podstawowy cel zarządzania mieniem samorządowym⁷⁷.

Naruszenie rygoru wymaganej staranności z tytułu sprawowania zarządu mieniem publicznym może prowadzić do odpowiedzialności prawnokarnej osób, które nie dopełniły obowiązków lub przekroczyły uprawnienia przy wykonywaniu w imieniu władzy publicznej funkcji zarządu mieniem publicznym (art. 231 k.k.)⁷⁸.

Konkludując, należy przyjąć, że udzielanie zamówień publicznych należy zaliczyć do tzw. sfery dominium instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego. Wykonywanie prawa majątkowego oparte na zasadzie równości podmiotów prawa w obrocie cywilnoprawnym podlega jednak ograniczeniom publicznoprawnym, których refleksem są obowiązki osób zarządzających mieniem publicznym. Do tych obowiązków należy ochrona interesu publicznego, a przede wszystkim szczególna staranność w zarządzie mieniem i ochrona tego mienia. Należy zatem uznać, w kontekście przedmiotu niniejszego opracowania, że naruszenie tych obowiązków uzasadnia ich ocenę na podstawie art. 231 k.k., a w przypadku jednoczesnego wyczerpania znamion czynu zabronionego z art. 296 k.k. fakt naruszenia tych szczególnych obowiązków powinien być uwzględniony **w ramach kumulatywnej kwalifikacji** czynu zabronionego. Ocena karygodności naruszenia specyficznych obowiązków w zakresie zarządu mieniem publicznym nie może bowiem zostać zredukowana do oceny naruszenia obowiązku zachowania ogólnie

⁷⁵ J. Dominowska, w: *Ustawa...*, komentarz do art. 50 ustawy o samorządzie gminnym, teza 8.

⁷⁶ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 maja 1995 r., SA/Wr 275/95.

⁷⁷ J. Dominowska, w: *Ustawa...*, komentarz do art. 50 ustawy o samorządzie gminnym, teza 8 i przytoczone tam poglądy doktryny.

⁷⁸ L. Kieres, *Zarząd...*, s. 757; R. Szostak, *Podstawowe...*, s. 31.

wymaganej należytej staranności (art. 355 k.c.) w zakresie ochrony interesów majątkowych w powszechnym obrocie cywilnoprawnym, o którym mowa aktualnie w rozdziale XXXVI k.k.

Powstaje jednak pytanie, kiedy udzielenie zamówienia publicznego stanowi tylko przejaw zarządu majątkiem, a kiedy przejaw wykonywania działalności gospodarczej? Jak wynika z powyższych uwag dotyczących mienia publicznego, może być ono również wykorzystywane w ramach prowadzonej przez podmiot publiczny działalności gospodarczej.

Odpowiedź na powyższe pytanie warunkuje kwalifikacje prawne w kontekście zbiegu rzeczywistego art. 231 k.k. i art. 296 k.k. Zgodnie z powyżej zarysowaną koncepcją oceny zbiegu rzeczywistego wyżej wymienionych przepisów należy przyjąć następującą regułę praktyczną w zakresie kwalifikacji zachowania funkcjonariusza publicznego, który przekraczając uprawnienia lub niedopełniając obowiązków w sferze udzielania zamówień publicznych, wyrządza znaczną szkodę zamawiającemu, tj. reprezentowanej instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego. Otóż wychodząc od zaprezentowanej wyżej koncepcji objęcia zakresem ochrony wynikającym art. 231 k.k. wszelkich dóbr prawnych związanych z prawidłowym funkcjonowaniem instytucji państwowej (samorządu terytorialnego), w tym ochrony mienia publicznego (komunalnego) czy szerzej – interesów majątkowych instytucji, przyjąć trzeba, że powyższe zachowanie funkcjonariusza publicznego co do zasady powinno być kwalifikowane na podstawie art. 231 k.k. W kolejnym kroku należy ocenić, czy doszło do wypełnienia znamion czynu zabronionego z art. 296 k.k., co otwiera kwestię ustalenia, czy zachodzi zbieg pomijalny, czy kumulatywny. Ocena zaistnienia zbiegu rzeczywistego art. 296 k.k. i art. 231 k.k. będzie niezbędna w szczególności, gdy ustalimy, że funkcjonariusz publiczny, udzielający zamówienia publicznego, jest zobowiązany do zajmowania się działalnością gospodarczą instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego. W tym kontekście konieczne staje się przesądzenie, czy sam proces udzielania zamówień publicznych może stanowić formę prowadzenia działalności gospodarczej, co *per se* prowadziłyby do wniosku, że osoba zobowiązana do przeprowadzenia czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przynależy do kategorii podmiotu z art. 296 § 1 k.k. jako zajmująca się działalnością gospodarczą.

5. Prowadzenie działalności gospodarczej przez zamawiającego w rozumieniu przepisów szczególnych i na gruncie art. 296 k.k.

Należy przypomnieć, że samo udzielanie zamówień publicznych jest jedynie sformalizowanym sposobem zawierania umów cywilnoprawnych, co nie przesądza o charakterze prowadzonej działalności przez zamawiającego. Ustawodawca w ustawie – Prawo zamówień publicznych wprowadził m.in. określone zasady udzielania zamówień, kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o konkurencyjno-eliminacyjny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże nie przesądził o charakterze prowadzonej przez zamawiającego działalności w oderwaniu od zakresu i celów realizowanych przez dany podmiot zadań. Procedury udzielenia zamówień publicznych mają zatem wtórny charakter w stosunku do zadań realizowanych przez zamawiającego, aczkolwiek reguły udzielania zamówień publicznych mogą stanowić o spełnieniu kryteriów definiujących działalność gospodarczą. Egzemplifikację tej prawidłowości stanowi tu prowadzenie działalności gospodarczej przez gminy w ramach gospodarki komunalnej.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że umowa zawierana w celu realizacji zadań własnych gminy określonych w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może stanowić o prowadzeniu działalności gospodarczej przez gminę⁷⁹. Sąd Najwyższy stwierdził w uchwale z dnia 24 lipca 2013 r., że:

przeprowadzenie przez Gminę S. przetargu w celu zawarcia umowy o realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Utworzenie Centrum Kulturalno-Oświatowo-Rekreacyjnego w W”; zawarcie tej umowy i jej wykonanie było profesjonalnym działaniem i wskazywało na zorganizowany charakter działalności. **Zorganizowanie to wynikało między innymi z dysponowania przez Gminę środkami pozwalającymi sprostać wymaganiom wynikającym z obowiązku stosowania przepisów prawa o zamówieniach publicznych** [podkreślenie – M.M.]. Poza tym już przez zawarcie umowy z powódzką o roboty budowlane Gmina stała się **uczestnikiem obrotu gospodarczego**, [podkreślenie – M.M.], a inwestycja miała zostać i została zrealizowana na jej rachunek. Wystąpiła także cecha powtarzalności

⁷⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2006 r., III CZP 124/05; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., III CZP 43/13; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 4 lipca 2006 r., I ACa 232/06.

działań, skoro brak ograniczeń jakoby podmiot samorządowy nie mógł realizować tego rodzaju następnych inwestycji⁸⁰.

Reguły wynikające z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią zatem wyznacznik zorganizowanego charakteru działalności prowadzonej przez zamawiającego, jak i uczestnictwa w obrocie gospodarczym.

Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych może także stanowić argument za **przyjęciem ciągłego** charakteru prowadzonej działalności. Sąd Najwyższy w przytoczonej uchwale z dnia 13 stycznia 2006 r. uznał, że będący przedmiotem umowy obiekt budowlany w postaci boiska szkolonego świadczy o fakcie kontynuowania aktywności gminy. Pogląd ten w zaprezentowanym stanie faktycznym wypada uznać za zasadny, gdyż wykonywania zadań własnych przez gminę wskazuje, że udzielanie zamówień publicznych stanowi pewien cykl, realizowany w ramach ciągłego zaspokajania potrzeb zbiorowych wspólnoty, np. przedsięwzięcie budowy boisk szkolnych w kilku miejscowościach na obszarze gminy, a następnie ich udostępnienie w celu zaspokojenia potrzeb ludności⁸¹. W praktyce istotnym dowodem w ocenie, czy dane zamówienia publiczne stanowi element cyklu zamówień, będą plany zamówień publicznych, a także sama nazwa zamówienia publicznego ujawniona w ogłoszeniu o zamówieniu, np. etap I budowy wodociągu na terenie gminy W. Wydaje się, że cechą ciągłości działalności gospodarczej będzie spełnianie udzielania zamówienia w częściach na podstawie art. 32 ust. 4 PZP, np. budowa etapami sieci wodociągowo-kanalizacyjnej.

Kolejną kwestią, która jest fundamentalna z perspektywy oceny działalności prowadzonej przez gminę w sferze realizacji zadań własnych (gospodarki komunalnej), jest kwestia braku jej zarobkowego celu w rozumieniu art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁸², aktualnie art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców⁸³. W aktualnym stanie prawnym działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność

⁸⁰ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., III CZP 43/13.

⁸¹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r., IV CSK 28/08.

⁸² Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. 2004, nr 173, poz. 1807.

⁸³ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, Dz.U. 2019, poz. 1292, 1495; Dz.U. 2020, poz. 424, tekst jedn.

zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły⁸⁴. Za aktualne należy jednak uznać wskazania orzecznictwa wyrażone na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁸⁵. Cel zarobkowy rozumiany jest jako dążenie do osiągnięcia wyniku prowadzonej działalności w efekcie określonego przysporzenia majątkowego, czyli zysku⁸⁶. Istotny jest przy tym motyw zysku, a nie jego faktyczne osiągnięcie⁸⁷. W tym miejscu należy przywołać uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r., z którego to wynika, że: „jest oczywiste, że Urząd Miasta i Gminy, jako instytucja samorządu terytorialnego, nie prowadzi działalności gospodarczej ukierunkowanej na powiększenie jej majątku publicznego”, przy czym wniosek ten sąd sformułował upatrując tego stanu rzeczy w regulacji ustawy o finansach publicznych i właśnie w ustawie o zamówieniach publicznych. Pozostaje to w sprzeczności z wyżej zaprezentowanymi poglądami doktryny i judykatury.

W piśmiennictwie reprezentowany jest pogląd, że brak zamiaru osiągnięcia zysku jako pierwszoplanowego celu danej działalności nie wyłącza możliwości zakwalifikowania jej jako działalności gospodarczej na podstawie innych przepisów prawa⁸⁸. Znajduje to oparcie w utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego, na mocy którego przyjmuje się, że działalność gospodarcza prowadzona przez jednostkę samorządu terytorialnego w ramach gospodarki komunalnej musi odpowiadać kryteriom tego rodzaju aktywności i posiadać takie jej cechy charakterystyczne, jak **fachowość, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, działanie na własny rachunek, powtarzalność działań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym**. Natomiast brak jednak podstaw do przyjęcia, że wyznacznikiem

⁸⁴ Zob. art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, Dz.U. 2019, poz. 1292, 1495; Dz.U. 2020, poz. 424, tekst jedn.

⁸⁵ Dz.U. 2004, nr 173, poz. 1807.

⁸⁶ E. Komierzyńska-Orlińska, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców, teza 13b; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 września 2008 r., II FSK 789/07.

⁸⁷ E. Komierzyńska-Orlińska, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców, teza 13d; tak postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 października 1999 r., III CZ 112/99.

⁸⁸ E. Komierzyńska-Orlińska, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców, teza 13i.

tego pojęcia jest kryterium zysku. Wystarczające jest podporządkowanie działalności regułom racjonalnego gospodarowania, polegającym na staraniach osiągnięcia maksymalnego efektu przy minimalnym nakładzie środków lub minimalnego zużycia środków dla osiągnięcia pożądanego, planowanego efektu⁸⁹. Podjęcie działalności mogącej przynieść dochód bez zamiaru osiągnięcia zysku nie wyłącza uznania podmiotu podejmującego taką odpowiedzialność za przedsiębiorcę⁹⁰.

Pojmowanie działalności gospodarczej w oderwaniu od celu zarobkowego nie jest odosobnione i właściwe jedynie dla gospodarki komunalnej. Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego dotycząca sporów cywilnoprawnych z udziałem Skarbu Państwa (*stationes fisci*) pozwala wyrazić pogląd kierunkowy, że wystarczającą determinantą działalności gospodarczej jest zasada gospodarności, w tym zasada największego efektu⁹¹. W orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje stanowisko, że działalnością gospodarczą jest również działalność, która nie jest nastawiona na osiągnięcie zysku; wystarczające jest tu podporządkowanie działalności zasadzie racjonalnego gospodarowania oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym⁹².

W rezultacie z orzecznictwa Sądu Najwyższego na gruncie sporów cywilnoprawnych przyjmuje się, że działalnością gospodarczą może być również działalność prowadzona niekoniecznie w celu osiągnięcia zysku, jeżeli jest to działalność podporządkowana zasadzie racjonalnego gospodarowania i wiąże się z uczestnictwem w obrocie gospodarczym w postaci odpłatnych umów związanych z zaspokojeniem cudzych potrzeb⁹³. Także w piśmiennictwie reprezentowany jest pogląd, że działanie w celu osiągnięcia zysku nie jest konieczną cechą przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43 (1) k.c.⁹⁴ Na gruncie przepisów prawa cywilnego działalnością gospodarczą jest działalność, która **odpowiada kumulatywnie następującym cechom**, a mianowicie jest to działalność: ciągła, zorganizowana, zarobkowa **lub** podporządkowana zasadzie racjonalnego gospodarowania i równocześnie związana z uczestnictwem w obrocie

⁸⁹ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., III CZP 43/13.

⁹⁰ Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2006 r., III CZP 124/05; tak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 4 lipca 2006 r., I ACa 232/06.

⁹¹ Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91.

⁹² Szczegółową analizę orzecznictwa przedstawił R. Trzaskowski, *Działalność...*

⁹³ R. Trzaskowski, *Działalność...*, s. 42.

⁹⁴ R. Trzaskowski, *Działalność...*, s. 40.

gospodarczym przez zawieranie odpłatnych umów nakierowanych na zaspokojenie cudzych potrzeb⁹⁵.

Mając na uwadze powyższe kryteria definiujące pojęcie działalności gospodarczej w sferze gospodarki komunalnej lub w ramach stosunków cywilnoprawnych, należy przyjąć, że **stosowanie reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** stanowi argument za przyjęciem uznania danej aktywności instytucji za ciągłą, zorganizowaną, podporządkowaną zasadzie racjonalnego gospodarowania, a biorąc pod uwagę, że w praktyce wykonawcami są przedsiębiorcy – stanowi też formę udziału w obrocie gospodarczym. Natomiast samo stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych nie rozstrzyga, czy celem udzielenia danego zamówienia publicznego jest chęć uzyskania dochodu (zarobku), zaspokojenie potrzeb cudzych albo tylko własnych zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt art. 296 k.k., należy ustalić, czy powyżej rozumianą działalność gospodarczą w ujęciu charakterystycznym dla Kodeksu cywilnego można przenieść na grunt analizowanego przepisu. W doktrynie kwestia ta nie jest przedmiotem pogłębionych wypowiedzi. Część przedstawicieli doktryny bez szerszego uzasadnienia utożsamia pojęcie działalności gospodarczej na gruncie art. 296 k.k. z regulacją publicznoprawną – definicją zawartą w nieobowiązującej już ustawie o swobodzie działalności gospodarczej⁹⁶. Podnosi się, że pojęcie działalności gospodarczej ma charakter normatywny i w najogólniejszym ujęciu oznacza każdą działalność mającą cel zarobkowy, wykonywaną w sposób zawodowy i ciągły w formie zorganizowanej⁹⁷, a w procesie interpretacji pojęcia działalności gospodarczej podstawowym punktem odniesienia powinny być przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁹⁸. Pojawiają się także głosy, iż rozbicie spraw, którymi ma się zajmować sprawca przestępstw, na cudze sprawy majątkowe lub cudzą działalność gospodarczą jest nieracjonalne. Sztucznie rozdziela się bowiem prowadzenie cudzych spraw majątkowych na „zwykłe”, „niegospodarcze” sprawy oraz na sprawy majątkowe związane

⁹⁵ R. Trzaskowski, *Działalność...*, s.44; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 9 stycznia 2014 r., I ACa 904/13.

⁹⁶ M. Gałązka, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 296 k.k., nb. 4; J. Giezek, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 296 k.k., teza 16; J. Skorupka, *Prawo...*, s. 69.

⁹⁷ P. Kardas, w: *Kodeks...*, 2016, komentarz do art. 296 k.k., teza 29.

⁹⁸ P. Kardas, w: *Kodeks...*, 2016, komentarz do art. 296 k.k., teza 30.

z cudzą działalnością gospodarczą, a prowadzenie cudzej działalności gospodarczej jest szczególną postacią prowadzenia cudzych spraw⁹⁹. Formułowany jest także pogląd odmienny, że pojęcia działalności gospodarczej nie należy utożsamiać z pojęciem działalności gospodarczej zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej¹⁰⁰.

Odnosząc się do powyższych rozbieżności wydaje się, że pojęcie działalności gospodarczej należy interpretować z uwzględnieniem przepisów szczególnych definiujących to pojęcie¹⁰¹, związanych ze sferą realizacji zadań danej instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego, a z którymi wiąże się zarzut nadużycia obowiązków lub niedopełnienia obowiązków osoby, której powierzono prowadzenie działalności gospodarczej. Obrazując to przykładem, jeżeli wójt gminy narusza obowiązek stosowania ustawy PZP realizując zadania własne gminy, których to realizacja według autonomicznego, szczególnego ujęcia stanowi działalność gospodarczą, to należy jego zachowanie oceniać jako dokonane w sferze prowadzonej działalności gospodarczej, pomimo że działalność ta nie wyczerpuje cech działalności w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców. W ten sposób zapewnia się prawidłową rekonstrukcję treści jego obowiązków jako spójnych z zasadami regulującymi działalność reprezentowanego podmiotu.

Ponadto za tym ujęciem przemawia specyfika przestępstw gospodarczych, co obejmuje m.in. funkcjonalne i treściowe powiązanie przepisów karnych gospodarczych z przepisami regulującymi obrót gospodarczy¹⁰². Interpretacja przepisu karnego sprawdza się bowiem do rekonstrukcji

⁹⁹ T. Oczkowski, *Przedmiot...*, s. 254.

¹⁰⁰ R. Zawłocki, w: *Kodeks...*, 2005, s. 1117.

¹⁰¹ Na problem autonomicznego ujęcia działalności gospodarczej na gruncie wskazanych ustaw zwraca uwagę A. Zientara, *Przestępstwo...*, s. 116–124. Autorka nie zajmuje jednoznacznego stanowiska, jednakże stwierdza, że: „Sankcje karnoprawne mają charakter komplementarny w stosunku do uregulowań z zakresu prawa gospodarczego. Stosowanie definicji zawartych w przepisach cywilnych i administracyjnych zatem jest nie tylko możliwe, ale z uwagi na zasadę wtórności prawa karnego gospodarczego wręcz konieczne”.

¹⁰² R. Zawłocki, w: *System...*, s. 406; zob. też S. Żółtek, *Prawo...*, s. 308. Autor podnosi, że zasada wtórności prawa karnego gospodarczego, będąca elementem zasady subsydiarności, nakłada zatem na organy stosujące prawo obowiązek uwzględnienia regulacji gospodarczych. Subsydiarność prawa karnego gospodarczego na etapie stosowania prawa oznacza więc konieczność jego ścisłego powiązania z prawem gospodarczym. Regulacje prawa gospodarczego (publicznego i prywatnego) stanowiąc będą matrycę konstrukcyjną i interpretacyjną dla przepisów (a w konsekwencji norm) karnych.

treści jego dyspozycji na podstawie przepisów niezawierających nom sankcjonowanych pod groźbą kary¹⁰³, a odsyłający charakter analizowanych przestępstw nie musi mieć charakteru formalnego, co oznacza, że dyspozycja przepisu karnego nie musi wprost odnosić się do normy regulującej dany rodzaj aktywności ekonomicznej¹⁰⁴. W konsekwencji podkreśla się, że często ustawodawca tak konstruuje normę sankcjonowaną, iż choć pozbawiona jest ona odwołania do innego przepisu, to w rzeczywistości wymaga odniesienia się do niego poprzez oparcie treści znamion ustawowych czynu zabronionego o pojęcia właściwe dla określonej ustawy¹⁰⁵.

Należy zatem dawać pierwszeństwo rozumieniu działalności gospodarczej i przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów szczególnych, a następnie przepisów prawa cywilnego. To właśnie Kodeks cywilny należy rozumieć za regulację podstawową dla obrotu cywilnoprawnego, w tym obrotu gospodarczego. Koreluje to zarówno z wąskim ujęciem rodzajowego przedmiotu ochrony wynikającego z rozdziału XXXVI k.k., ograniczanego do ochrony interesów majątkowych przedsiębiorców¹⁰⁶, a tym bardziej z szerszym ujęciem, który tego podmiotowego ograniczenia nie przewiduje. Za aktualne należy przy tym uznać stanowisko, że publicznoprawny charakter ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie pozwala na proste zastosowanie zawartej w niej definicji w ramach stosunków cywilnoprawnych¹⁰⁷. Także na gruncie art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców podnosi się w piśmiennictwie, że przy wykładni pojęcia działalności gospodarczej w rozumieniu art. 43(1) k.c. można jedynie posiłkować się definicją z art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców¹⁰⁸. Definicja działalności gospodarczej wynikająca z ustawy – Prawo przedsiębiorców nie ma charakteru uniwersalnego. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców z dnia 21 listopada 2017 r.:¹⁰⁹

¹⁰³ R. Zawłocki, w: *System...*, s. 407.

¹⁰⁴ R. Zawłocki, w: *System...*, s. 407.

¹⁰⁵ R. Zawłocki, w: *System...*, s. 407.

¹⁰⁶ R. Zawłocki, w: *System...*, s. 465–466.

¹⁰⁷ Tak na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wypowiedzi doktryny przywołane w pracy R. Trzaskowski, *Działalność...*, s. 30.

¹⁰⁸ A. Kruszewski, w: *Prawo...*, komentarz do art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców, teza 4.3.

¹⁰⁹ Druk sejmowy nr 2051, Sejm VIII kadencji, s. 22.

skoro działalność określona w art. 5 ust. 1 ustawy nie jest działalnością gospodarczą, to tym samym podmiot ją wykonujący nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców. Natomiast może on być przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów k.c. (o ile spełnia stosowne przesłanki wynikające z k.c. [...]), zobowiązanym do przestrzegania przepisów k.c. adresowanych do przedsiębiorców, w tym przepisów wiążących przedsiębiorców w relacjach z konsumentami.

Od działalności gospodarczej należy odróżnić wspomniane już pojęcie zarządu własnym majątkiem. Pojęcia tego nie można utożsamiać z zarządem mieniem publicznym, które jest pojęciem szerszym i może obejmować zarówno czynności w ramach działalności gospodarczej oraz właśnie zarząd majątkiem. Zarząd majątkiem ujmuje się zatem od strony negatywnej, wskazując przy tym, że nie jest to działalność gospodarcza przede wszystkim dlatego, że nie służy ona zaspokajaniu cudzych potrzeb i nie jest ona działalnością nastawioną „na zbył”¹¹⁰. Nie mają charakteru gospodarczego działania mające na celu jedynie zaspokojenie potrzeb własnych, które nie służą sprzedaży towaru lub usługi, np. działalność prowadzona wyłącznie dla własnych potrzeb. Tytułem przykładu wskazuje się na przeprowadzanie remontów oraz dbałość o właściwy stan techniczny własnego budynku, podejmowane nie na rzecz innych podmiotów, ale we własnym interesie i na rzecz samego właściciela domu¹¹¹, czy też zawieranie umowy o remonty nieruchomości wspólnej, jej utrzymanie w czystości przez wspólnotę mieszkaniową, ponieważ nie są w ten sposób zaspokojone cudze potrzeby w ramach umownych stosunków o charakterze cywilnoprawnym¹¹².

Wydaje się zatem, że za zarząd majątkiem należy w szczególności uznać czynności gospodarowania mieniem urzędu służące zapewnieniu ciągłości pracy urzędu¹¹³. Przykładowo wykonywaniem zarządu majątku będzie jednostkowe udzielenie zamówienia publicznego na remont budynku urzędu czy jednorazowa dostawa mebli biurowych lub materiałów biurowych dla pracowników urzędu. Są to bowiem działania

¹¹⁰ K. Kohutek, w: M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster, *Swoboda...*, komentarz do art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, teza 4.3.

¹¹¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 października 1995 r., II SA 1059/94.

¹¹² R. Trzaskowski, *Działalność...*, s. 43–44.

¹¹³ Patrz kompetencje dyrektora generalnego określone w art. 25 ust. 4 pkt 1 lit. e ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, Dz.U. 2017, poz. 1889, 2203; Dz.U. 2018, poz. 106, tekst jedn.

nakierowane na zaspokojenie wewnętrznych potrzeb instytucji, a nie w celu osiągnięcia zarobku, zysku czy bezpośrednio ukierunkowane na „zewnątrz” w celu zaspokojenia cudzych potrzeb.

6. Kierownik zamawiającego jako osoba zajmująca się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą

Uprzednie scharakteryzowanie zasad, celów, charakteru prawnego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także właściwego rozumienia działalności gospodarczej pozwala na ocenę, czy kierownik zamawiającego może być podmiotem czynu zabronionego z art. 296 k.k., co wymaga odrębnej oceny jego statusu jako osoby zajmującej się sprawami majątkowymi, jak i osoby zajmującej się działalnością gospodarczą. Zaprezentowana powyżej koncepcja rekonstrukcji znamion czynu zabronionego z art. 296 k.k. zgodnie z zasadami regulującymi działalność reprezentowanego podmiotu prowadzi do konstatacji, że podmiotem czynu zabronionego może być:

- a) osoba „zajmująca się sprawami majątkowymi” w rozumieniu wypracowanym na gruncie art. 296 k.k., co należy zderzyć z regulacjami „bazowymi”, w szczególności charakteryzującymi zakres kompetencyjny funkcjonariusza publicznego i sposób realizacji tych kompetencji,
- b) osoba zajmująca się działalnością gospodarczą w rozumieniu właściwym dla prowadzonej działalności przez instytucję reprezentowaną – co warte podkreślenia, nie musi się wiązać zawsze z działalnością nastawioną na zysk.

W tym miejscu powróćmy raz jeszcze do uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r., z którego to wynika, że: „jest oczywiście, że Urząd Miasta i Gminy, jako instytucja samorządu terytorialnego, nie prowadzi działalności gospodarczej ukierunkowanej na powiększenie jej majątku publicznego”, co stanowiło argument za odrzuceniem kwalifikacji prawnej czynu z art. 296 k.k. ze względu na brak cechy podmiotowej – istnienia osoby, której obowiązki obejmują przysparzanie mienia w procesie gospodarowania.

Sąd Najwyższy przedmiotową tezę sformułował powołując się na okoliczność, że wydatkowanie środków publicznych poddane jest rygorom ustawy o finansach publicznych lub ustawy o zamówieniach

publicznych, co jak się wydaje, stanowiło asumpt do przyjęcia założenia, że te normatywne reguły wydatkowania środków publicznych wyłączają istnienie tzw. elementu dynamicznego związanego z inwestowaniem mienia w celu wzrostu jego wartości. Przedmiotowa teza wydaje się jednak zbyt dalekim uproszczeniem w zakresie oceny wpływu reguł ustawy PZP na tzw. element dynamiczny, stanowiący komponent treści pojęcia „zajmowanie się sprawami majątkowymi”.

Jak wcześniej wykazano, udzielanie zamówień publicznych nie jest samoistnym celem, a jedynie ma wtórny charakter do realizacji zadań w ramach działalności zamawiającego. O tym, czy realizacja danego zadania ma charakter inwestycyjny, nie przesądza reguła wydatkowa, a cel, jaki przyświeca realizacji tego zadania. Obrazując to przykładem, można wskazać na udzielenie zamówienia na zakup taboru pojazdów przez operatora pocztowego w celu zwiększenia udziału w rynku usług kurierskich. Jest to zamówienie publiczne motywowane celem zarobkowym, a mianowicie służy zwiększeniu przychodów z działalności gospodarczej. Można zatem przyjąć, że zamówienie to ma charakter inwestycyjny, albowiem z perspektywy celów nabyte pojazdy mają przyczynić się do ekspansji rynkowej i pomnożenia przychodów spółki. Nie sposób uznać, że Prezes Poczty Polskiej S.A. zobowiązany do stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 PZP nie jest osobą uprawnioną do zajmowania się sprawami majątkowymi, ponieważ udziela takiego zamówienia publicznego stosując reguły wydatkowe opisane w PZP. Brakuje przy tym podstaw, aby przyjąć, iż wymóg powiększenia, wzrostu wartości zarządzanego mienia był ograniczony do zasady, że dany zainwestowany składnik majątkowy musi bezpośrednio przynieść przyrost wartości mienia.

Wpływ reguł wydatkowych wynikających z ustawy PZP oraz ustawy o finansach publicznych należy oceniać w kontekście wpływu na kryterium samodzielności decyzyjnej osoby „zajmującej się sprawami majątkowymi”; używając skrótu myślowego: „funkcjonariusza – menedżera”. W tym zakresie należy również zwrócić szczególną uwagę na przepisy ustrojowe charakterystyczne dla danego zamawiającego, które określają zakres kompetencji tej osoby, zwłaszcza w zakresie spraw do prowadzenia i reprezentacji oraz kompetencji kontrolno-nadzorczych innych organów zamawiającego.

Powstaje przy tym problem określenia pewnego niezbędnego zestawu kompetencji i sposobu ich realizacji, który uprawniałby do przyjęcia

tezy, iż „funkcjonariusz – menedżer” jest samodzielnym decydem w sferze spraw majątkowych. W mojej ocenie powinny być to co najmniej te kompetencje, które determinują istotę zarówno komponentu „statycznego”, jak i „dynamicznego”, wypełniających zakres znaczeniowy znamienia „zajmowanie się sprawami majątkowymi”. Osoba ta powinna mieć prawo do **samodzielnego decydowania** o zamierzonych działaniach w celu wzrostu majątku lub zapobiegania stratom. W tym kontekście podkreśla się w piśmiennictwie, że funkcja zarządzania spełniana przez zarządcę przedsiębiorstwa polega na **wyborze celów, środków niezbędnych do ich osiągnięcia i systemów kontroli**, których uruchomienie pozwala sprawdzić, czy przedsiębiorstwo działa efektywnie¹¹⁴. Jednocześnie kompetencje menedżera powinny umożliwiać **kształtowanie władczo**, a więc w sposób wiążący i wynikający z decyzji podejmowanych przez sprawcę, sfery praw i obowiązków podmiotu w imieniu i na rzecz którego działa w ramach posiadanych uprawnień i obowiązków¹¹⁵.

Natomiast w orzecznictwie przyjmuje się, że „zajmowanie się sprawami majątkowymi” w rozumieniu art. 296 k.k. to m.in. wykonywanie czynności o kompetencjach władczych, kierowanie sprawami majątkowymi w sposób identyczny lub zbliżony zakresowo do tego, co czynić może sam mocodawca, podejmowanie czynności polegających na zarządzaniu mieniem, decydowanie w zakresie składników majątkowych, zawieranie umów, w wyniku których następuje przeniesienie własności, obciążenie majątku, zniesienie obowiązków lub przyjęcie zobowiązań obciążających majątek, zawieranie ugody sądowej, ochrona interesów mocodawcy¹¹⁶. **Samodzielność decyzyjną** wiąże się z faktycznym wpływem decyzyjnym na kształtowanie określonych wartości ekonomicznych zarządzanego mienia, uznając, że z językowego punktu widzenia zarządzanie należy łączyć z możliwością nakazania wykonania czegoś, wydawania poleceń, administrowania i kierowania, a więc określonym władztwem¹¹⁷. W kontekście samodzielności decyzyjnej podkreśla się również, że: „nie chodzi zatem o samodzielność rozumianą w ten sposób, że określony podmiot wykonuje pewne czynności bez niczyjej pomocy ale o to, czy przyznane kompetencje zapewniają mu możliwość

¹¹⁴ J. Skorupka, *Nadużycie...*, s. 130.

¹¹⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2013 r., II KK 81/13.

¹¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 listopada 2008 r., II AKa 361/08.

¹¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 października 2005 r., II AKa 88/05.

wyboru jednego spośród możliwych wariantów zachowania”¹¹⁸. Bez wątplenia za zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą innej osoby należy uznać za sytuację, w której sprawca ma kompetencje do podejmowania w imieniu innej osoby decyzji przekraczających zakres tzw. zwykłego zarządu¹¹⁹.

Analizując przez pryzmat powyższych wskazań wpływ reguł wydatkowych na samodzielność i władczość „funkcjonariusza – menedżera”, uważam, że nie wydaje się być zasadnym twierdzenie, aby ramy stosowania reguł ustawy PZP wyłączały swoją istotą zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą, jaką jest dysponowanie faktycznym wpływem na procesy decyzyjne, dysponowanie władztwem kształtującym możliwości decyzyjne wobec spraw majątkowych lub działalności gospodarczej co najmniej w zakresie powierzonym na podstawie stosunku powierniczego¹²⁰. Reguły udzielania zamówień nie wyłączają także samodzielności decyzyjnej. Samodzielności decyzyjnej nie można pojmować jako omnipotencji zarządcy i uprawnienia do dowolnego działania w oderwaniu od jakichkolwiek norm prawnych. Wręcz przeciwnie, normatywnie określone, racjonalne reguły wydatkowe mogą stanowić o konkretyzacji treści obowiązków właściwych dla statusu osoby zajmującej się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą. Można tu wskazać przykładowo na obowiązek łączenia wartości zamówień tego samego rodzaju (art. 32 ustawy PZP) w celu udzielenia zamówień o łącznie większej wartości i uzyskaniu oszczędności w ramach tzw. efektu skali.

Osobnego odniesienia wymagają zasady gospodarowania środkami publicznymi określone w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹²¹. Wpływ przepisów tej ustawy na **element dynamiczny** oraz **kryterium samodzielności i decyzyjności** osoby zajmującej się sprawami majątkowymi zamawiającego należy oceniać w pierwszej kolejności w aspekcie podmiotowym, tj. regulującym zasady gospodarki danej formy organizacyjno-prawnej podmiotu sektora finansów

¹¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 2016 r., II AKa 142/16.

¹¹⁹ Por. stanowisko Sądu Apelacyjnego w Katowicach przedstawione w wyroku z dnia 23 maja 2013 r., II AKa 55/13.

¹²⁰ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 października 2005 r., II AKa 88/05.

¹²¹ Dz.U. 2009, nr 157, poz. 1240 ze zm.

publicznych. Przykładowo można tu wskazać na art. 11 ustawy, który reguluje istotę jednostki budżetowej, którą jest jednostka organizacyjna sektora finansów publicznych nieposiadająca osobowości prawnej pokrywająca swoje wydatki bezpośrednio z budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego, a pobrane dochody odprowadza na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego.

Już pobieżna ocena istoty tej formy organizacyjnej prowadzi do wniosku, że kierująca tą jednostką osoba nie może zostać uznana za samodzielny decydenta, który dysponuje kompetencją do pomnażania środków publicznych. Podstawowe zasady gospodarowania środkami publicznymi zostały określone w rozdziale 5 ustawy o finansach publicznych. Wśród nich kluczowe znaczenie mają reguły wydatkowe wynikające z art. 44 tejże ustawy. Z art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych wynika normatywne powiązanie z regułami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reguły ujęte przedmiotowo, określone w art. 44 ust. 3 ustawy, nie mogą stanowić o wyłączeniu samodzielności, decyzyjności kierownika zamawiającego w sferze inwestycyjnych dyspozycji majątkowych. Są to reguły charakteryzujące zasady racjonalnej gospodarki finansowej. Natomiast zasada wyrażona w art. 44 ust. 1 ustawy o finansach publicznych nazywana w praktyce – w pewnym uproszczeniu – działaniem na podstawie planu finansowego, może wskazywać na wyłączenie wymaganej samodzielności kierownika zamawiającego, gdy uwzględni się procedurę zatwierdzenia planu i jego zmiany, a uprzednio konieczność uwzględnienia wytycznych planistycznych wynikających np. z uchwały budżetowej organu stanowiącego jednostki organizacyjnej samorządu terytorialnego (art. 234 ustawy o finansach publicznych).

W aspekcie kompetencji inwestycyjnych rozumianych jako uprawnienie do pomnażania środków pieniężnych wskazać należy art. 48 i 49 ustawy o finansach publicznych, z których wynikają ograniczenia w zakresie instrumentów finansowych, które w obrocie gospodarczym uznawane są za lokatę kapitału, czy zachowanie inwestycyjne ukierunkowane na zysk i pomnożenie środków pieniężnych. W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że w art. 48 ustawy o finansach publicznych nie wymieniono wszystkich jednostek sektora finansów publicznych. Prawo lokowania wolnych środków nie dotyczy bowiem organów władzy

publicznej, w tym organów administracji rządowej, organów kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądów i trybunałów, jednostek budżetowych oraz samorządowych zakładów budżetowych¹²². Jednostki te bowiem powinny na bieżąco wykonywać określone zadania publiczne, dokonując wydatków w sposób planowy, zaś ewentualne powstawanie nadwyżek finansowych nie jest związane z charakterem prowadzonej przez te jednostki gospodarki finansowej. Ponadto jednostki, o których mowa, nie mają możliwości dysponowania wolnymi środkami¹²³.

Należy również mieć na uwadze, że w sferze przepisów prawa finansów publicznych (przepisów prawa publicznego) dozwolone jest wyłącznie to, do czego przepisy prawa wyraźnie upoważniają. Zasada, o której mowa, ma również zastosowanie do art. 48 ustawy o finansach publicznych i wymienionych w nim form lokowania wolnych środków przez jednostki sektora finansów publicznych. Niedopuszczalna jest zatem interpretacja rozszerzająca art. 48 ustawy o finansach publicznych, gdyż formy lokowania wolnych środków przez wymienione w przepisie jednostki sektora finansów publicznych mają charakter zamknięty¹²⁴.

Zakres kompetencji kierownika jednostki sektora finansów publicznych w zakresie swobody gospodarowania środkami publicznymi podlega także znacznemu ograniczeniu poprzez wprowadzenie katalogu deliktów dyscyplinarnych zgodnie z ustawą z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹²⁵.

Odnosząc powyższe do wymogu posiadania **kompetencji do pomnażania środków publicznych**, należy uznać, że wprowadzenie zamkniętego katalogu form inwestowania wolnych środków stanowi argument przemawiający za tezą, iż kierownik zamawiającego (kierownik jednostki sektora finansów publicznych) nie jest osobą zajmującą się sprawami majątkowymi w rozumieniu przyjętym na gruncie art. 296 k.k.

Ponadto w celu oceny, czy „funkcjonariusz – menedżer” jest osobą zajmującą się sprawami majątkowymi, w tym na ile spełnia **wymóg samodzielności decyzyjnej**, należy przydać właściwe znaczenie przepisom prawa regulującym status tej osoby. *Prima facie*, ujęcie kierownika

¹²² W. Bożek, w: *Ustawa...*, komentarz do art. 48 ustawy o finansach publicznych.

¹²³ W. Bożek, w: *Ustawa...*, komentarz do art. 48 ustawy o finansach publicznych.

¹²⁴ W. Bożek, w: *Ustawa...*, komentarz do art. 48 ustawy o finansach publicznych.

¹²⁵ Dz.U. 2019, poz. 1440, tekst jedn. ze zm.

zamawiającego w art. 2 pkt 3 PZP może prowadzić do wniosku, że osoba uprawniona do zarządzania zamawiającym jest osobą zajmującą się sprawami majątkowymi tego podmiotu w rozumieniu art. 296 k.k. Jest to jednak nieuprawnione uproszczenie, ponieważ konieczne jest każdorazowe ustalenie, czy zakres kompetencji zarządczych obejmuje uprawnianie do pomnażania środków i wzrostu ich wartości, a także, czy przypisane uprawnienia przewidują wymagany stopień władczych kompetencji decyzyjnych w sferze spraw majątkowych w rozumieniu art. 296 k.k. Natomiast zasadniczo zbędne są rozważania, czy w stosunku do kierownika zamawiającego, będącego funkcjonariuszem w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k., zachodzi przesłanka negatywna, wykluczająca przypisanie mu statusu funkcjonariusza, tj. wykonywania czynności o charakterze usługowym. Nie można przyjąć, że osoba pełniąca funkcję zarządczą zarazem wykonuje tylko czynności usługowe.

W przypadku jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa konieczna jest każdorazowa ocena przepisów regulujących funkcjonowanie tej jednostki w celu ustalenia zakresu kompetencji kierownika zamawiającego, co wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Istotne jest także uwzględnienie wpływu obowiązków wynikających z ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym¹²⁶ na sferę kompetencyjną, w tym samodzielność decyzyjną kierownika zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do osób pełniących funkcje organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego należy zwrócić szczególną uwagę na art. 30 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, który stanowi, że wójt wykonuje uchwały rady gminy i zadania gminy określone przepisami prawa, a także art. 18 ust. 2 pkt 7, 9, 10, 12 tejże ustawy.

Z przywołanych przepisów ustawy wynika m.in., że w sprawach majątkowych gminy przekraczających zakres zwykłego zarządu konieczna jest uchwała rady gminy, w tym na emitowanie obligacji oraz określenia zasad ich zbywania, nabywania i wykupu przez wójta. Brak możliwości samodzielnego realizowania działań przekraczających zwykły zarząd, a także określanie przez radę gminy wysokości sumy, do której wójt może samodzielnie zaciągać zobowiązania, stanowi argument za uznaniem, że osoba pełniąca funkcję organu wykonawczego gminy

¹²⁶ Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym, Dz.U. 2016, poz. 2259.

(art. 11a ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym) nie posiada w wystarczającym stopniu samodzielności decyzyjnej oraz kompetencji do wywierania wpływu decyzyjnego na kształtowanie określonych wartości ekonomicznych zarządzanego mienia. W aspekcie kompetencji polegającej na wyborze celów, środków niezbędnych do ich osiągnięcia i systemów kontroli czy też możliwości wyboru jednego spośród możliwych wariantów zachowania trzeba wskazać na ograniczenia wynikające z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹²⁷, który to stanowi, że jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, to organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o:

- 1) wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej,
- 2) wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej oraz za korzystanie z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej jednostek samorządu terytorialnego.

Konkludując, ograniczenia wynikające z ustawy o samorządzie gminnym oraz dotyczące wyboru, sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej, zdają się przesądzać, że **osoba pełniąca funkcję organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego** nie jest osobą zajmującą się sprawami majątkowymi w rozumieniu art. 296 k.k.

Powyższe rozważania odnosiły się do rozumienia znamienia charakteryzującego podmiot czynu zabronionego z art. 296 k.k. wypracowanego w orzecznictwie i doktrynie przed wspomnianą już nowelizacją tytułu XXXVI k.k. Przypomnijmy, że w związku ze zmianą tytułu tego rozdziału k.k. można przyjąć, iż przedmiotem ochrony są objęte także interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym. Stanowi to asumpt do zajęcia stanowiska, iż ustawodawca wyraźnie potwierdził dotychczas przyjmowaną w doktrynie koncepcję ochrony interesów majątkowych w obrocie cywilnoprawnym¹²⁸. Jednocześnie wskazuje się, że może to stanowić podstawę do zmiany podejścia w zakresie charakterystyki podmiotu sprawczego, co przesądzać będzie o tym, że zdatnym sprawcą przestępstwa nadużycia zaufania będzie każdy, kto na podstawie jednego z określonych w art. 296 k.k. źródeł dysponuje jedynie statycznymi

¹²⁷ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, Dz.U. 2019, poz. 712, 2020, tekst jedn.

¹²⁸ P. Kardas, *Przestępstwo...*, s. 21.

uprawnieniami i obowiązkami w zakresie zajmowania się sprawami majątkowymi innej osoby¹²⁹.

W mojej ocenie nawet wyłączenie wymogu posiadania uprawnień do pomnażania powierzonego majątku lub osiągnięcia zysku nie skutkuje uznaniem, że kierownik zamawiającego, będący kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych lub organu wykonawczego jednostki sektora finansów publicznych, stanie się osobą zajmującą się sprawami majątkowymi w rozumieniu art. 296 k.k., za czym przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze, zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uczestnikiem obrotu gospodarczego, ponieważ wykonawca jest w praktyce przedsiębiorcą. Występuje tu zatem tzw. obrót jednostronnie profesjonalny. Kierownik zamawiającego wykonuje zatem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach obrotu gospodarczego, a nie jedynie obrotu cywilnoprawnego. Oznacza to, że w odniesieniu do obrotu gospodarczego konstrukcja nadużycia zaufania w zakresie znamion modalnych dalej zasadza się na koniunkcji aspektów statycznych i dynamicznych, co związane jest z właściwością obrotu gospodarczego¹³⁰.

Po wtóre, nie sposób uznać, że osobą zajmującą się interesami majątkowymi w obrocie cywilnoprawnym jest ten, kto nie posiada wyżej scharakteryzowanej samodzielności decyzyjnej w zakresie zarządu mieniem. Za aktualne należy uznać założenie, także w obrębie obrotu cywilnoprawnego, a nie tylko w zakresie obrotu gospodarczego, iż nie zajmuje się sprawami majątkowymi innej osoby ten, kto nie ma prawa inicjatywy ani prawa samoistnego działania w zakresie jej praw majątkowych¹³¹. Przyjęcie przeciwnego stanowiska czyniłoby osobą zajmującą się sprawami majątkowymi np. dozorcę mienia.

Powyższa konstatacja nie wyłącza możliwości uznania osoby pełniącej funkcję organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego za podmiot czynu zabronionego z art. 296 k.k., albowiem może ona być osobą zajmującą się działalnością gospodarczą. Należy za P. Kardasem podkreślić, że:

¹²⁹ P. Kardas, *Przestępstwo...*, s. 21.

¹³⁰ Por. P. Kardas, *Przestępstwo...*, s. 20–21.

¹³¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01.

użyty przez ustawodawcę spójnik „lub” między dwoma dobrami chronionymi przez art. 296 oznacza, że ustawodawca rozumiał te pojęcia jako mające odmienny, przynajmniej częściowo, krąg desygnatów. Między zakresami nazw przedmiotów ochrony wymienionych w art. 296 zachodzi zatem nie stosunek zawierania się, lecz krzyżowania. Należy więc przyjąć, że przepis ten chroni nie tylko interesy majątkowe związane z działalnością gospodarczą, **lecz także prawidłowość prowadzenia w cudzym imieniu działalności gospodarczej** [podkreślenie – M.M.]. W tak rozumianym dobrze prawnym mieszczą się zarówno interesy majątkowe związane z działalnością gospodarczą, **jak i prawidłowość jej prowadzenia** [podkreślenie – M.M.], chociażby nie łączyła się ona z zajmowaniem się sprawami majątkowymi¹³².

Konsekwentnie kierując się alternatywą zwykłą, uznać trzeba, że podmiotem czynu art. 296 k.k. może być tylko osoba zajmująca się działalnością gospodarczą, która nie jest zarazem osobą zajmującą się sprawami majątkowymi. Należy zauważyć, że w reprezentatywnym dla rozumienia tego pojęcia postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01, mowa jest tylko o zajmowaniu się sprawami majątkowymi, ale już nie o działalności gospodarczej. Stąd nieuprawnione jest rozciąganie zakresu tego pojęcia, w tym wymogu kompetencyjnego do pomnażania wartości mienia, na osobę zajmującą się działalnością gospodarczą. Oczywiście w przypadku pojmowania działalności gospodarczej jako działalności zarobkowej zabieg taki nie jest wadliwy, skoro kompetencja do pomnażania majątku jest immanentnie powiązana z celem uzyskania zysku, to już w zderzeniu z działalnością gospodarczą, która jest podporządkowana zasadzie racjonalnego gospodarowania, takie rozumowanie jest nieuprawnione.

Powracając do zaprezentowanej „sektorowej”, specjalnej lub cywilistycznej koncepcji działalności gospodarczej, należy skonkludować, że osoba pełniąca funkcję organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego może być uznana za osobę zajmującą się działalnością gospodarczą tej jednostki, nawet gdy uznamy, że nie jest osobą zajmującą się sprawami majątkowymi ze względu na brak kompetencji do pomnażania środków mienia. Ta kompetencja nie jest konieczna do uznania osoby pełniącej funkcję organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego za osobę zajmującą się działalnością gospodarczą, gdyż szczególne rozumienie działalności gospodarczej w sferze gospodarki komunalnej nie opiera się na kryterium zarobkowego charakteru, a na zasadzie

¹³² P. Kardas, w: *Kodeks...*, 2008, s. 485.

racjonalnego gospodarowania, z czym bez wątpienia korelują zasady wydatkowania wynikające z ustawy o finansach publicznych oraz ustawy PZP.

Analiza stanu faktycznego stanowiącego kanwę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r. nasuwa spostrzeżenie, że udzielenie zamówienia publicznego na zakup pojazdów dla urzędu miasta mogło stanowić przejaw nie tyle prowadzenia działalności gospodarczej w celu zaspokajania potrzeb zbiorowych, a jedynie zarządu majątkiem na potrzeby własne, „administracyjne” gminy. Zwróćmy uwagę w świetle analizowanego stanu faktycznego, że Burmistrz Miasta i Gminy G. był kierownikiem zamawiającego, funkcjonariuszem publicznym, a zarazem z racji wykonywania funkcji organu wykonawczego uprawniony był do gospodarowania mieniem komunalnym i reprezentacji jednostki samorządu terytorialnego (art. 30 ust. 2 pkt 3, art. 31, art. 46 ustawy o samorządnie gminnym), co wypełnia kompetencję do zajmowania się działalnością gospodarczą na zasadach specyficznych dla gospodarki komunalnej. Jednakże udzielając zamówienia publicznego z naruszeniem ustawy PZP nie działał *in concreto* w wykonaniu czynności stanowiącej przejaw działalności gospodarczej w sferze gospodarki komunalnej, a jedynie zachowanie jego stanowiło przejaw zarządu majątkiem na potrzeby własne urzędu gminy.

Widoczna jest zatem rozbieżność pomiędzy potencjalnie szerokim zakresem kompetencji wyznaczającym tzw. pole funkcyjne¹³³, obejmującym uprawnienia i obowiązki w przedmiocie prowadzenia działalności gospodarczej, a rzeczywistym wykorzystaniem tej kompetencji w zakresie zarzucanego czynu zabronionego. Stanowi to asumpt do rozstrzygnięcia kolejnej ważkiej kwestii wyrażającej się w pytaniu: czy można zarzucić popełnienie czynu zabronionego z art. 296 k.k. osobie, która należy do kategorii osób zajmujących się działalnością gospodarczą, a nie należy do kategorii osób zajmujących się sprawami majątkowymi, gdy zarzucane jej zachowanie nie wiąże się z wykorzystaniem kompetencji do prowadzenia działalności gospodarczej, ale stanowi w ujęciu przedmiotowym czynność o charakterze majątkowym, dokonywaną w ramach zarządu majątkiem?

W literaturze przedmiotu podkreśla się, charakteryzując stronę przedmiotową czynu zabronionego z art. 296 k.k., że rekonstrukcja tego

¹³³ Lapidarną figurę stylistyczną przyjmuję za H. Pracki, *Nowe...*, s. 44–45.

czynu zabronionego wymaga w pierwszym etapie wskazania faktycznego zachowania się sprawcy, będącego „zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” przedsiębiorstwa¹³⁴. Po wskazaniu powinności sprawcy konieczne jest sprawdzenie, czy zachowanie to stanowi nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążących na nim obowiązków, związanych z zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą¹³⁵. Konkretnie faktyczne zachowanie się sprawcy musi być zatem związane z zajmowaniem się przez niego sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą pokrzywdzonego¹³⁶. W doktrynie wskazuje się także, że istota kryminalizowanych na podstawie art. 296 k.k. zachowań sprowadza się do tego, że jakkolwiek odpowiedzialność karna zasadza się na nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązku, to jednak zawsze muszą być to zachowania dotyczące spraw majątkowych lub działalności gospodarczej w aspekcie objętym zakresem uprawnień lub obowiązków posiadanych przez sprawcę. Innymi słowy chodzi tutaj o zachowania pozostające w formalnym i merytorycznym związku z uprawnieniami i obowiązkami¹³⁷.

Prima vista, przytoczone wypowiedzi przedstawicieli prawa zdają się zatem prowadzić do wniosku, że zachowanie, które nie wiąże się wykorzystaniem kompetencji do prowadzenia działalności gospodarczej, ale stanowi w ujęciu przedmiotowym czynność o charakterze majątkowym, nie będzie podstawą odpowiedzialności karnej na podstawie art. 296 k.k. ze względu na brak związku w aspekcie objętym zakresem uprawnień lub obowiązków posiadanych przez sprawcę w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Taki brak związku będzie widoczny, gdy menedżer podejmuje działania, które nie pozostają w bezpośrednim związku merytorycznym z zajmowaniem się sprawami majątkowymi, np. gdy menedżer przywłaszcza powierzony mu laptop, gdyż nie czyni tego bezpośrednio w związku ze stosunkiem „menedżerskim”, a w związku ze stosunkiem prawnym powierzenia mu mienia. W analizowanym przykładzie sprawa jednak komplikuje się, jeżeli dostrzeżemy, że inkryminowane zachowanie nie stanowi przejawu prowadzenia działalności gospodarczej, ale stanowi przejaw zajmowania się sprawami majątkowymi

¹³⁴ R. Zawłocki, w: *System...*, s. 470.

¹³⁵ R. Zawłocki, w: *System...*, s. 471.

¹³⁶ R. Zawłocki, w: *Kodeks...*, 2017, komentarz do art. 296 k.k., nb. 48.

¹³⁷ P. Kardas, *Zbieg...*, s. 1165–1187.

w ujęciu przedmiotowym, gdyż nawet nabycie składników majątkowych na własne potrzeby mieści się w zakresie przedmiotowym zwrotu „zajmowanie się sprawami majątkowymi”¹³⁸. W tym kontekście należy podać szczególnej uwadze pogląd, iż w ramach charakterystyki zachowań objętych zakresem kryminalizacji art. 296 k.k.:

można również wskazać, że istotą zamachów kryminalizowanych na podstawie art. 296 k.k. **jest ich indywidualny charakter w aspekcie przedmiotowym** [podkreślenie – M.M.], zachowanie karalne jest bowiem immanentnie związane ze specyficznym statusem sprawcy, upoważnionego i zobowiązanego do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą i właśnie poprzez owe kompetencje i obowiązki posiadającego cechy wyróżniające go spośród innych podmiotów, umożliwiające realizację czynności sprawczej przewidzianej w art. 296 k.k. Funkcjonalny sposób charakterystyki podmiotu sprawczego na gruncie art. 296 k.k., poprzez wskazanie na uprawnienia i obowiązki, nie zaś na cechy podmiotu, **służy do akcentowania związków czynności sprawczych ze szczególną pozycją sprawcy, których istota sprowadza się także do tego, iż są one niewykonywalne przez osoby pozostające** [podkreślenie – M.M.], poza kręgiem podmiotów sprawczych tego przestępstwa¹³⁹.

Na tle powyższego nasuwają się dwie uwagi. Trudne jest do zaakceptowania przenoszenie charakterystyki zajmowania się sprawami majątkowymi w ujęciu służącym określeniu podmiotu czynu zabronionego na charakterystykę czynności wyczerpujących zakres tego pojęcia w ujęciu przedmiotowym. Dokonując konsekwentnie tego zabiegu interpretacyjnego, należałoby uznać, że każda czynność majątkowa musi cechować się przynależnością do kategorii czynności mieszczących się w zakresie „czynności statycznych”, a zarazem „czynności dynamicznych”. Oznaczałoby to, że podmiot zajmujący się sprawami majątkowymi odpowiada tylko za niegospodarne czynności o charakterze majątkowym, które jednocześnie ze względu na swój charakter muszą naruszać obowiązek dbałości o mienie, a zarazem uchybiają obowiązkowi powiększenia wartości mienia, czego nie sposób zaakceptować. Obrazując ten problem przykładem, w sytuacji, gdy menedżer sprzedałby po rażąco niskiej cenie

¹³⁸ W orzecznictwie wskazuje się, że: „przepis art. 296 k.k. chroni wszelkie interesy majątkowe, a więc zarówno te związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, jak i wszelkie inne transakcje i działania dotyczące majątku mocodawcy, choćby dokonywane jednorazowo, takie jak np. sprzedaż, zakup, załatwianie sporów majątkowych, zastępstwo w sprawach majątkowych itp.” – postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 lipca 2011 r., II AKz 385/11.

¹³⁹ P. Kardas, *Zbieg...*, s. 1165–1187.

nieruchomość, która stanowiła centrum administracyjne przedsiębiorcy, a cenę przeznaczył na wypłatę nagród dla pracowników, nie ponosiłby odpowiedzialności, ponieważ jego czynność naruszała jedynie obowiązek dbałości o mienie, a nie dotyczyła sfery pomnażania środków.

Natomiast zgodzić się trzeba, że funkcjonalny sposób charakterystyki podmiotu sprawczego na gruncie art. 296 k.k. akcentuje związek czynności sprawczych ze szczególną pozycją sprawcy. Istota problemu leży jednak w tym, że podmiot dokonujący, np. gospodarczo szkodliwej czynności nabycia mienia w ramach zamówienia publicznego, czy też taki, który nie zawiera koniecznej umowy o ochronę mienia, nie może za to zachowanie odpowiadać, gdyż brakuje mu wiązki uprawnień „inwestycyjnych” lub wymaganego stopnia samodzielności decyzyjnej. W ujęciu przedmiotowym dokonuje dyspozycji majątkowej jak osoba zajmująca się sprawami majątkowymi, którą jednak nie jest ze względu na brak elementu dynamicznego lub wymaganego stopnia samodzielności decyzyjnej. Jednocześnie czynności zarządu majątkiem na własne potrzeby akurat nie są przejawem wykonywania działalności gospodarczej, która jest prowadzona w innym zakresie.

Moim zdaniem funkcjonalny związek czynności sprawczych ze szczególną pozycją sprawcy sprowadza się zatem do twierdzenia, że na płaszczyźnie strony przedmiotowej czynu zabronionego bezprawne zachowanie musi być **faktycznym przejawem wykonania kompetencji do prowadzenia działalności gospodarczej**. Sprawca *in concreto* popełnia czyn zabroniony, ponieważ zawarł niegospodarnie i z naruszeniem prawa umowę w sprawie zamówienia publicznego, która służy realizacji działalności gospodarczej.

Za przedmiotowym stanowiskiem przemawia również sposób zdefiniowania podmiotu przestępstwa z art. 296 k.k. w zakresie kierownika zamawiającego, który można przyrównać do metody zdefiniowania funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k., tj. innej osoby w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych. Na gruncie tego przepisu w orzecznictwie trafnie przyjmuje się, że status „innej osoby”, jako funkcjonariusza państwowego w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k., w odróżnieniu od osób z pozostałych kategorii wymienionych w tym przepisie, urzeczywistnia się wtedy, gdy pełni ona obowiązki w zakresie, w którym jest uprawniona do wydawania decyzji administracyjnych. Warunkiem poniesienia przez

kierownika zamawiającego odpowiedzialności karnej z art. 231 k.k., określającego typy przestępstwa indywidualnego, jest więc to, by przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków ze szkodą dla interesu publicznego lub prywatnego nastąpiło w zakresie, w jakim jest on uprawniony do wydawania decyzji administracyjnych¹⁴⁰. Analogicznie uznać należy, że status podmiotu czynu zabronionego z art. 296 k.k. urzeczywistnia się wtedy, gdy kierownik zamawiającego pełni obowiązki w zakresie, w którym uprawniony jest do zajmowania się działalnością gospodarczą.

Reasumując, warunkiem poniesienia odpowiedzialności karnej z art. 296 k.k. przez osobę, która zajmuje się działalnością gospodarczą, jest więc to, by wyczerpanie znamion strony przedmiotowej nastąpiło poprzez zachowanie, które mieści się w zakresie, w jakim jest ona uprawniona do zajmowania się działalnością gospodarczą i stanowi faktyczny przejaw wykonywania tej działalności.

Summary

The purpose of this article is to establish the relationship between the offense of abuse of power (Article 231 of the Polish Criminal Code) and the offense of abuse of trust (Article 296 of the Polish Criminal Code) in the context of an illegal award of a public contract by a public officer acting as the contracting authority's manager. The study uses the dogmatic method. As a result of the analysis, it was found that Article 296 cannot be considered a *lex specialis* to Article 231. The concurrence of these provisions may be negligible or cumulative. The public procurement procedure is classified as the dominium of a state or local government. The author presents in detail that the aims, principles of awarding public contracts, and expenditure rules significantly affect the interpretation of the scope of duties of a public officer and manager as a person dealing with property matters. The final conclusions indicate the need to reinterpret the term 'business activity' used in Article 296, as well as the departure from the commonly accepted view that Article 296 excludes the application of Article 231.

Keywords

abuse of trust, public procurement, the concurrence of provisions, public officer, manager

¹⁴⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2014 r., V KK 318/13.

Bibliography

- Bachmat P., *Pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną – analiza dogmatyczna i praktyka stosowania (na przykładzie przestępstw z art. 228 i 229 k.k.)*, Warszawa 2013.
- Barczak-Oplustil A., w: *Kodeks karny. Część szczególna, t. II*, red. A. Zoll, Kraków 2006.
- Bieniek G., *Reprezentacja Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2003.
- Błaszczak M., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
- Bożek W., w: *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. Z. Ofiarski, Lex/el. 2020.
- Dmowski S., *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2009.
- Dominowska J., w: *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Legalis 2011.
- Frąckowiak J., *Osoby prawne*, w: *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. I, red. M. Safian, Warszawa 2007.
- Gałązka M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Legalis 2018.
- Giezek J., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Lex/el. 2014.
- Gordon Z., *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3.
- Górniak O., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II*, red. A. Wąsek, Warszawa 2005.
- Górniak O., w: *Prawo gospodarcze i handlowe, t. 10, Prawo karne gospodarcze*, red. O. Górniak, Warszawa 2003.
- Górniak O., *Z problematyki przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 5.
- Guziński M., *Zamówienia publiczne w realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym*, w: *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.
- Janczukowicz K., *Współstosowanie art. 231 i 296 k.k. do jednego czynu funkcjonariusza publicznego*, LEX/el. 2017.
- Jaroń W., *Przestępstwa w systemie zamówień publicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4.
- Kaczmarek A., *O władczych uprawnieniach Skarbu Państwa*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2015, nr 1.
- Kardas P., *Przestępstwo nadużycia jako podstawa odpowiedzialności za sprzeniewierzenie w stosunkach cywilnoprawnych*, „Palestra Świętokrzyska” 2018, nr 45–46.
- Kardas P., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 KK*, red. A. Zoll, Zakamycze 2006.
- Kardas P., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 KK*, red. A. Zoll, Zakamycze 2008.
- Kardas P., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 KK*, red. A. Zoll, Warszawa 2016.

- Kardas P., *Zbieg przepisów art. 284 i 296 k.k. Pozorny czy rzeczywisty problem związany ze wskazaniem właściwej podstawy kwalifikacji prawnej*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, tom II*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2002.
- Kieres L., *Zarząd mieniem publicznym*, w: *System prawa publicznego, T.8A, Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Kohutek K., w: M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster, *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX/el. 2005.
- Komierzyńska-Orlińska E., w: *Konstytucja biznesu. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, LEX/el. 2019.
- Kruszewski A., w: *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, red. A. Pietrzak, LEX/el. 2019.
- Kurzępa B., *Przestępstwa związane z udzielanymi zamówieniami publicznymi*, „Prokurator” 2004, nr 4.
- Liszewska A., *Glosa do wyroku SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09*, LEX/el. 2010.
- Majewski J., *Zbieg przepisów ustawy w języku współczesnej karnistyki – objaśnienie terminu*, w: *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013.
- Makowski M., *Z problematyki efektywności karnoprawnej ochrony zamówień publicznych*, w: *Efektywność udzielania i wykonywania zamówień publicznych, Ogólnopolska konferencja naukowa 11-12 grudnia 2008 r. Kraków*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Mozgawa M., w: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2020.
- Nowak P., *O zakresie normatywnym podmiotu przestępstwa nadużycia władzy*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 1.
- Nowicki H., w: *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Oczkowski T., *Przedmiot ochrony i podmiot przestępstwa karalnego nadużycia zaufania z art. 296 KK*, w: *Prawo karne gospodarcze. System Prawa Handlowego. Tom 10*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2018.
- Pasternak Ł., *Przestępstwo nadużycia zaufania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8.
- Pieszczek M., *Pojęcie funkcjonariusza publicznego w prawie karnym*, „Folia Iuridica Wratislaviensis” 2013, nr 2.
- Pohl Ł., *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny, Socjologiczny” 2005, nr 1.
- Potulski J., *Przestępstwa przeciwko działalności instytucji*, w: *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym. Tom 8*, Warszawa 2013.
- Pracki H., *Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 1.
- Sepiolo I., *Przestępstwo niegospodarności z art. 296 KK*, Warszawa 2013.
- Skorupka J., *Nadużycie zaufania – wybrane zagadnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 1.
- Skorupka J., *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2005.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienie konstrukcyjne*, Kraków 2005.

Odpowiedzialność kierownika zamawiającego za przestępstwo...

- Szostak R., *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówień publicznych*, Warszawa 2014.
- Trzaskowski R., *Działalność gospodarcza w rozumieniu przepisów prawa cywilnego na tle orzecznictwa*, „Glosa” 2006, nr 2.
- Węgrzynowski Ł., *Czy wykonywanie władzy publicznej obejmuje wyłącznie czynności władcze*, LEX/el. 2018.
- Wieloński M., *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
- Zawłocki R., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II*, red. A. Wąsek, Warszawa 2005.
- Zawłocki R., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
- Zawłocki R., w: *System prawa karnego, t. 9, Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011.
- Zgoliński I., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, LEX/el. 2018.
- Zientara A., *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010.
- Żółtek S., *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009.