

Michał Kania

Uniwersytet Śląski w Katowicach
e-mail: kaniapp@gmail.com

**SYSTEMOWE ROZWIĄZANIA W ZAKRESIE
PRZECIWDZIAŁANIA I ZWALCZANIA KORUPCJI
W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH
NA TLE ROZWIĄZAŃ PRAWA NIEMIECKIEGO**

**THE SYSTEMIC SOLUTIONS IN COUNTERING
AND COMBATING THE CORRUPTION
IN PUBLIC PROCUREMENT LAW FROM
THE GERMAN PERSPECTIVE**

DOI: 10.15611/pn.2017.497.09

Streszczenie: Zamówienia publiczne narażone są na zachowania korupcyjne, które mogą negatywnie wpływać na wydatkowanie środków publicznych. Z tego powodu wiele krajów stosuje systemowe rozwiązania antykorupcyjne. Problem korupcji został dostrzeżony w nowej dyrektywie zamówieniowej, gdzie w motywie 100 preambuły wskazano, iż: „nie należy udzielać zamówień publicznych wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano winnymi korupcji, nadużycia ze szkodą dla interesów finansowych Unii, przestępstw terrorystycznych, prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu”. Do krajów posiadających rozwinięty system antykorupcyjny w sferze zamówień publicznych zaliczyć należy Niemcy. W artykule dokonana została analiza modelowych rozwiązań w omawianym zakresie na gruncie praktyki unijnej, krajowej oraz niemieckiej z możliwością odzworowania regulacji niemieckich w porządku krajowym.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, korupcja, system prawny, efektywność, polityka państwa.

Summary: The public procurement are vulnerable on corruption activities which can have adverse influence on spending public money. For this reason many countries apply systemic anticorruption solutions. Under the EU regulation the problem of corruption in public procurements was seen. Due to point 100 of the Recital of the Directive 2014/24/EU of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC *Public contracts should not be awarded to economic operators that have participated in a criminal organisation or have been found guilty of corruption, fraud to the detriment of the Union's financial interests, terrorist offences, money laundering or terrorist financing.* Germany is the country which anticorruption system is well developed. In this article the analyses of the benchmark solutions from the European Union, Germany and national model was performed.

Keywords: public procurement, corruption, legal system, efficiency, public policy.

1. Wstęp

1. Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę zarówno w gospodarce Unii Europejskiej, jak i jej poszczególnych krajach członkowskich. Wartość rynku zamówień publicznych w Unii Europejskiej w 2016 roku wyniosła 14% PKB. Do udzielania zamówień publicznych zobowiązanych jest ok. 250 000 podmiotów publicznych. Wartość polskiego rynku zamówień publicznych to kwota ok. 144 mld złotych.

Po wejściu w życie w kwietniu 2016 roku pakietu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych¹ szczególna rola zamówień związana jest z osiąganiem celów strategicznych, w tym powiązanych z aspektami społecznymi, środowiskowymi i innowacyjnymi. Cele te dotyczą przede wszystkim realizacji strategii „Europa 2020” i wywodzą się głównie z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Poza wskazanymi celami aktualne pozostają kwestie związane ze wspieraniem konkurencyjności w Unii Europejskiej, ochroną wydatków publicznych oraz realizacją zasady *Value for Money*, również poza wskazanym obszarem zamówień strategicznych.

Funkcjonowanie zamówień publicznych, zmierzających do osiągnięcia zarówno normatywnych, jak i pozanormatywnych celów, wymaga stworzenia oraz prawidłowego funkcjonowania rozwiązań antykorupcyjnych. Rozwiązania te stanowią w praktyce istotny element systemu zamówień publicznych. Stąd w odniesieniu do działań antykorupcyjnych mówić można o wpisaniu tychże działań w system zamówień publicznych (zwalczanie korupcji jako element systemu zamówień publicznych), jak również o systemie samych regulacji antykorupcyjnych (system rozwiązań antykorupcyjnych w zamówieniach publicznych). Przez system przepisów antykorupcyjnych rozumieć należy przy tym wszystkie normy prawne, których celem jest zapobieganie, zwalczanie czy sankcjonowanie zachowań (działań i zaniechań) o charakterze korupcyjnym w zamówieniach publicznych².

2. Bez stosowania spójnej regulacji antykorupcyjnej nawet należycie skonstruowany system zamówień publicznych okazać się może ułomny i patologiczny. Korupcja stanowi zjawisko groźne, zarówno dla konkretnego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, jak i całego systemu zamówień. Na poziomie Unii Europejskiej brakuje *de lege lata* całościowej polityki antykorupcyjnej w zamówieniach publicznych³. Wiąże się to przede wszystkim z ograniczeniami wynikającymi z za-

¹ W skład pakietu wchodzi: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, z późn. zm.), Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 243, z późn. zm.).

² Zob. A. Wierzbica [w:] M. Szulik *et al.*, *Korupcja i antykorupcja. Wybrane zagadnienia*, cz. 1, Warszawa 2012, s. 60.

³ Por. Ch.P. Moukiou, *The principles of transparency and anti-bribery in public procurement*, EPPPL, vol. 11, iss. 2, 2016, s. 79.

sady proporcjonalności i subsydiarności prawa Unii Europejskiej⁴. Problem korupcji został jednak dostrzeżony w nowej dyrektywie zamówieniowej, gdzie w motywie 100 preambuły wskazano, iż: „nie należy udzielać zamówień publicznych wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano za winnych korupcji, nadużycia ze szkodą dla interesów finansowych Unii, przestępstw terrorystycznych, prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Obowiązkowe wykluczenie na szczeblu unijnym powinno również obejmować wykonawców uchylających się od płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne”. Również w motywie 126 ustawodawca unijny odniósł się do problematyki korupcji, wskazując, iż „możliwość przesłedzenia i przejrzystość procesu podejmowania decyzji w postępowaniach o udzielenie zamówienia są niezbędne do zapewnienia prawidłowości tych postępowań, w tym skutecznego zwalczania korupcji i oszustw”.

Istniejące rozwiązania mają jednak charakter cząstkowy i obejmują przede wszystkim takie instytucje, jak: regulacja konfliktu interesów (art. 24 dyrektywy UE), wykluczenie z postępowania (art. 57 dyrektywy UE). Całościowa regulacja antykorupcyjna w zamówieniach pozostawiona została krajom członkowskim w zależności od ich potrzeb związanych z identyfikacją zjawiska korupcji w praktyce.

3. W niniejszym artykule dokonana zostanie analiza modelowych rozwiązań w omawianym zakresie na gruncie praktyki unijnej, krajowej oraz niemieckiej z możliwością odwzorowania regulacji niemieckich w porządku krajowym⁵. Problem badawczy, zasygnalizowany w niniejszym tekście, koncentruje się na trzech zasadniczych pytaniach:

1. Jak wygląda *lege iuris* wzorcowy system prawny zapobiegania i zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych?

2. Czy w polskiej regulacji prawnej istnieją systemowe rozwiązania prawne dotyczące zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych?

3. Jakie ewentualnie działania powinny zostać podjęte w celu stworzenia kompatybilnego systemu przeciwdziałania praktykom korupcyjnym, zgodnego z wzorcowym modelem, o którym mowa w pytaniu nr 1?

2. Uwagi ogólne na temat korupcji

1. Pojęcie „korupcja” wywodzi się z języka łacińskiego. „Corruptio” oznacza zepsucie, przekupstwo, sprzedajność. Korupcja nie posiada jednolitej definicji. Jest to bowiem pojęcie występujące w wielu obszarach badań naukowych, w tym w na-

⁴ *Ibidem*.

⁵ Artykuł jest wynikiem badań przeprowadzonych przez autora podczas stypendium naukowego DAAD, realizowanego w okresie lipiec – sierpień 2017 roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Ludwika i Maksymiliana w Monachium w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego.

ukach ekonomicznych, socjologicznych, filozoficznych, psychologii oraz prawie⁶. Korupcja definiowana jest w związku z licznymi przedsięwzięciami mającymi na celu uświadamianie problemu, jego skali oraz podejmowanych działań prewencyjnych dotyczących zwalczania korupcji. Stąd definicje korupcji znaleźć można np. w dokumentach Banku Światowego, Organizacji Narodów Zjednoczonych czy też Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju. Bank Światowy definiuje korupcję jako wykorzystywanie zajmowanego urzędu lub stanowiska do uzyskania nienależnych korzyści. Eksperti Banku wyróżniają przy tym dwa podstawowe rodzaje korupcji. Pierwszy, zwany zawłaszczeniem państwa (*state capture*), dotyczący działań osób, przedsiębiorców lub grup interesu (zarówno z sektora publicznego, jak i prywatnego) mających na celu wpływanie na korzystny dla siebie kształt uchwalanych ustaw, rozporządzeń, programów strategicznych oraz innych elementów polityki.

Drugi rodzaj korupcji to korupcja administracyjna, czyli zamierzone przez osobę publiczną ominięcie istniejących przepisów, praw i regulacji w celu dostarczenia innym korzyści w zamian za zapewnienie osobie publicznej niejawnych i nielegalnych korzyści prywatnych. Eksperti Banku Światowego uważają, iż rozróżnienie to ma ważne analityczne i praktyczne implikacje przy rozważaniu efektywności różnych strategii przeciwdziałających korupcji⁷.

W języku potocznym korupcja oznacza przyjmowanie łapówek przez urzędników lub funkcjonariuszy. Definicja ta ma zatem mocno ograniczony zakres i w sposób zasadniczy różni się od definicji korupcji występujących w nauce, w tym w prawie.

W naukach prawnych korupcja najczęściej kojarzona jest z prawem karnym i kryminologią, gdzie przez to pojęcie „doktryna” rozumie wykorzystanie publicznego urzędu, funkcji w gospodarce albo politycznego mandatu, w wyniku działania jednej osoby lub kilku osób dla zapewnienia sobie lub osobie trzeciej korzyści, albo wyrządzenia szkody dla dobra wspólnego. Korupcja może polegać również na wymianie pewnych korzyści⁸.

W polskim porządku prawnym pojęcie korupcji pojawia się na gruncie ustawy z dnia 9 czerwca 2006 roku o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁹. Zgodnie z art. 1 ust. 3a ustawy korupcją, w rozumieniu ustawy, jest czyn:

1) polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji;

2) polegający na żądaniu lub przyjmowaniu przez osobę pełniącą funkcję publiczną bezpośrednio lub pośrednio jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej

⁶ Szerzej zob. L.M. Westen, *Das Vergaberecht als Mittel der Korruptionsbekämpfung in den Entwicklungsländern Subsahara-Afrikas am Beispiel Kenia*, Nomos, Baden-Baden 2012, s. 22.

⁷ Zob. M. Szulik [w:] M. Szulik *et al.*, *op. cit.*, s. 14.

⁸ Zob. np. L.M. Westen, *op. cit.*, s. 23.

⁹ Dz.U. z 2016 r., poz. 1310.

samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji;

3) popełniany w toku działalności gospodarczej, obejmującej realizację zobowiązań względem władzy (instytucji) publicznej, polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub pośrednio, osobie kierującej jednostką niezaliczaną do sektora finansów publicznych lub pracującej w jakimkolwiek charakterze na rzecz takiej jednostki jakichkolwiek nienależnych korzyści dla niej samej lub na rzecz jakiegokolwiek innej osoby w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki i stanowi społecznie szkodliwe odwzajemnienie;

4) popełniany w toku działalności gospodarczej obejmującej realizację zobowiązań względem władzy (instytucji) publicznej, polegający na żądaniu lub przyjmowaniu bezpośrednio lub pośrednio przez osobę kierującą jednostką niezaliczaną do sektora finansów publicznych lub pracującą w jakimkolwiek charakterze na rzecz takiej jednostki jakichkolwiek nienależnych korzyści lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki i stanowi społecznie szkodliwe odwzajemnienie.

Na gruncie prawa zamówień publicznych wskazuje się natomiast, iż korupcją jest działanie przedstawiciela władzy dające jemu bądź osobie trzeciej korzyści osobiste powodujące szkody lub powstanie innych niekorzyści dla interesu publicznego. Wyróżnia się przy tym dwa rodzaje działań prowadzących do korupcji, tj.: zmowy pomiędzy wykonawcami oraz działanie w relacji zamawiający–wykonawca¹⁰. W takiej sytuacji mówi się o publicznej czy też administracyjnej korupcji. Wskazuje się również na korupcję sytuacyjną oraz strukturalną. Pierwsza ma miejsce incydentalnie, druga związana jest z długotrwałym działaniem¹¹. Korupcja jest również rozumiana jako dawanie bądź przyjmowanie małych prezentów, utrzymywanie kontaktów towarzyskich i ich pielęgnowanie. Dopiero zwykle po tym etapie następuje „przejście” do właściwych działań korupcyjnych. W ramach korupcji strukturalnej wyróżnia się dalsze formy korupcji aż po zorganizowane sieci korupcji gospodarczej, również na poziomie międzynarodowym (*grand corruption*)¹².

2. Istotne znaczenie ma skala działań korupcyjnych w danym państwie. Jasne jest, iż precyzyjne wskazanie działań korupcyjnych w obszarze zamówień publicznych nie jest możliwe. Określona liczba przedmiotowych zachowań nie jest bowiem ujawniana. Badania dotyczące skali zjawiska powstają w oparciu o raporty instytucji międzynarodowych, w tym np. Transparency International. Warto wskazać, iż np. w świetle raportu Indeks Percepcji Korupcji (*Corruption Perception Index – CPI*)

¹⁰ Por. J. Gentsch, *Staatliche Beschaffung und Korruptionsprävention*, Nomos, Berlin 2012, s. 66.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Por. L.M. Westen, *op. cit.*, s. 22.

z 2017 roku Polska zajęła 29. miejsce¹³. Ranking ten pokazuje poziom postrzegania korupcji w poszczególnych krajach. W najnowszym raporcie ewaluacji poddano 176 państw¹⁴.

3. Na zakończenie uwag ogólnych warto wskazać na problematykę skutków korupcji. Stwierdzić należy, iż mają one charakter wielopłaszczyznowy. Na gruncie zamówień publicznych w pierwszej kolejności wskazać warto na nieprawidłowości w wydatkowaniu środków publicznych. Korupcja prowadzi bowiem zwykle do takiego ich wydatkowania, które nie gwarantuje osiągnięcia odpowiedniej jakości nabywanych dóbr. Tym samym stoi w sprzeczności z zasadą Value for Money. W wyniku działań korupcyjnych dochodzi również do braku osiągnięcia pozostałych celów systemu, w tym zamówień strategicznych¹⁵. Podkreśla się również negatywny wpływ zachowań korupcyjnych na realizację podstawowej zasady zamówień publicznych, tj. ochrony i promocji działań konkurencyjnych¹⁶. Powstanie środowiska korupcyjnego w danej jednostce może również doprowadzić wreszcie do odpływu części kadry urzędniczej, przeciwnej tego typu działaniom.

3. Systemowe rozwiązania dotyczące zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych

1. Zjawisko zapobiegania i zwalczania zachowań korupcyjnych znajduje swoje odzwierciedlenie w kilku obszarach prawnych. Taka sytuacja oznacza, iż powinno się mówić o systemie rozwiązań prawnych, który może być analizowany w sensie dogmatycznym oraz prakseologicznym, również z perspektywy zamówień publicznych. Badania prakseologiczne powinny być przy tym wsparte konkretnymi analizami praktyki dotyczącymi identyfikacji zachowań korupcyjnych w sferze zamówień publicznych oraz ich ewentualnej redukcji, bądź inflacji, powstającej wskutek zastosowania określonych rozwiązań normatywnych. Analiza dogmatyczna, która zarysowana zostanie poniżej, ma natomiast na celu wskazanie, czy w rozwiązaniach normatywnych można mówić o istnieniu systemu, który powinien w swoim założeniu okazać się skutecznym środkiem do osiągnięcia celu, jakim będzie minimalizacja i w rezultacie całkowita eliminacja zachowań korupcyjnych w obszarze zamówień publicznych.

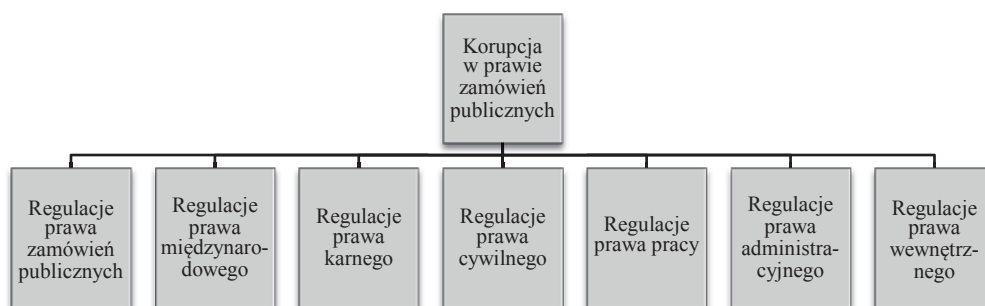
¹³ https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

¹⁴ Polska uzyskała 62 punkty. Na czele rankingu uplasowały się Dania i Nowa Zelandia, które uzyskały po 90 punktów. W czołówce krajów znalazły się także kolejno: Finlandia – 89 punktów, Szwecja – 88, Szwajcaria – 86, Norwegia – 85, Singapur – 84, Holandia – 83, Kanada – 82, Niemcy, Luksemburg i Wielka Brytania – po 81 punktów.

¹⁵ Por. M. Zeise, J. Wiedemann [w:] H.P. Kulartz *et al.* (Hrsg.), *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, Werner Verlag, Köln 2016, s. 32.

¹⁶ Zob. np. H.P. Müller [w:] *ibidem*, s. 18; M. Dreher [w:] U. Immenga, E.J. Mestmacker, *Wettbewerbsrecht. GWB. Teil 2. Vergaberecht. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, C.H. Beck, München 2014, s. 88.

2. Normy prawne związane z zachowaniami korupcyjnymi w zamówieniach publicznych podzielić można na normy mające charakter prewencyjny oraz normy represyjne. Innym podziałem norm może być podział na normy prawne o charakterze powszechnie obowiązującym oraz normy wewnętrzne. Jak zostanie to wykazane w dalszej części opracowania, szczególnie istotne z punktu widzenia praktycznego, okazać się mogą normy wewnętrzne, ustanawiające określone standardy zachowań ich adresatów.



Rys. 1. Podział norm prawnych związanych z zapobieganiem i zwalczaniem korupcji w zamówieniach publicznych

Źródło: opracowanie własne.

3.1. Regulacje prawne w obszarze prawa zamówień publicznych

1. Ze względu na przedmiot analizy w pierwszej kolejności wskazać wypada na regulacje prawa zamówień publicznych związane ze zwalczaniem zachowań korupcyjnych. Jak już wspomniano na wstępie, *de lege lata* brak jest na poziomie prawa unijnego, jak również prawa krajowego całościowych regulacji związanych ze zwalczaniem korupcji w zamówieniach publicznych. Istnieją natomiast rozwiązania cząstkowe dotyczące konkretnych problemów, które prowadzić mogą do powstania zachowań korupcyjnych bądź też są reakcją *ex post* na zaistnienie takich sytuacji.

Na poziomie międzynarodowym zwrócić należy uwagę w pierwszej kolejności na GPA (*Government Procurement Act*) z 1994 roku. Akt ten wymienia jako podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych zasady transparentności oraz niedyskryminacji, mające na celu eliminację zachowań korupcyjnych.

Na poziomie Unii Europejskiej na szczególną uwagę, poza regulacjami zawartymi w dyrektywie zamówieniowej, zasługuje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) Nr 883/2013 z dnia 11 września 2013 roku dotyczące dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1073/1999 Parlamentu Europejskiego i Rady i rozporządzenie Rady (Euratom) nr 1074/1999.

Celem wprowadzenia rozporządzenia było wzmocnienie dostępnych środków do zwalczania nadużyć finansowych przy jednoczesnym poszanowaniu zasady wewnętrznej autonomii organizacyjnej każdej z instytucji. W tym celu Komisja utworzyła, jako jedną ze swoich służb, decyzją 1999/352/WE, EWWiS, Euratom, Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (*Office de Lutte Anti-Fraude* – OLAF) odpowiedzialny za prowadzenie dochodzeń administracyjnych w sprawach nadużyć finansowych¹⁷. Komisja przyznała Urzędowi całkowitą niezależność w wykonywaniu zadań dochodzeniowych. Decyzja 1999/352/WE, EWWiS, Euratom przewiduje, że do celów dochodzeniowych Urząd wykonuje uprawnienia przyznane na mocy prawa Unii.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia OLAF zapewnia państwom członkowskim pomoc ze strony Komisji w organizacji ścisłej i regularnej współpracy między ich właściwymi organami w celu koordynowania ich działań mających na celu ochronę interesów finansowych Unii przed nadużyciami finansowymi. Urząd uczestniczy w opracowywaniu i rozwijaniu metod zapobiegania nadużyciom finansowym, korupcji i wszelkiej innej nielegalnej działalności na szkodę interesów finansowych Unii oraz zwalczania tych zjawisk.

Urząd promuje i koordynuje, wraz z państwami członkowskimi oraz wśród nich, dzielenie się doświadczeniami operacyjnymi oraz najlepszymi rozwiązaniami proceduralnymi w dziedzinie ochrony interesów finansowych Unii, a także wspiera wspólne działania na rzecz zwalczania nadużyć finansowych, podejmowane dobrowolnie przez państwa członkowskie. W świetle zaś art. 1 ust. 4 rozporządzenia OLAF prowadzi dochodzenia administracyjne w instytucjach, organach, urzędach i agencjach ustanowionych traktatami lub na ich podstawie w celu zwalczania nadużyć finansowych, korupcji oraz wszelkiej innej nielegalnej działalności na szkodę interesów finansowych Unii. W tym celu Urząd prowadzi dochodzenia w poważnych sprawach związanych z wypełnianiem obowiązków służbowych, stanowiących zaniedbanie obowiązków urzędników i innych pracowników Unii, które może prowadzić do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego lub, w zależności od przypadku, postępowania karnego, lub równoważne niedopełnienie obowiązków przez członków instytucji i organów, szefów urzędów i agencji lub członków personelu instytucji, organów, urzędów lub agencji niepodlegających regulaminowi pracownikowemu.

2. Regulacje krajowe w zakresie zapobiegania i zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych zawarte zostały w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, znowelizowanej w wyniku konieczności implementacji dyrektyw zamówieniowej oraz sektorowej z 2014 roku. W szczególności w odnie-

¹⁷ W latach 2010-2015 OLAF: przeprowadził ponad 1400 dochodzeń, zalecił odzyskanie ponad 3 mld euro do budżetu UE, wydał ponad 1600 zaleceń dotyczących podjęcia działań o charakterze sądowym, finansowym, dyscyplinarnym lub administracyjnym przez właściwe organy państw członkowskich i UE. Zob. https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_pl.

sieniu do przedmiotowego zagadnienia zwrócić należy uwagę na znaczenie zasady transparentności postępowania, zwalczania konfliktu interesów oraz wykluczenie z postępowania.

W świetle art. 8 Prawa zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wynikające ze wskazanej zasady obowiązki publikacyjne zmierzają mają w konsekwencji do minimalizowania ryzyka wystąpienia zachowań korupcyjnych.

Regulacja konfliktu interesów zawarta została w art. 17 ustawy¹⁸. Zgodnie z jego brzmieniem osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Regulacja dotycząca zapobiegania konfliktom interesów pełni rolę instrumentu prewencyjnego oraz w części sytuacji określonych w pkt 5 również represyjnego. Warto wskazać, iż zgodnie z motywem 16 preambuły dyrektywy zamówieniowej instytucje zamawiające powinny wykorzystywać wszelkie możliwe środki, jakimi dysponują na mocy prawa krajowego, w celu zapobiegania zakłóceniom w postępowaniach o udzielenie zamówienia, wynikającym z konfliktów interesów. Mogłoby to obejmować procedury służące rozpoznawaniu konfliktów interesów, zapobieganiu im i ich rozwiązywaniu.

¹⁸ W świetle art. 24 dyrektywy zamówieniowej pojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień, działającego w imieniu instytucji zamawiającej, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: a) o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie. Zgodnie zaś z pkt 14 z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13. Znaczenie ma również pkt 18, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Regulacja ta pełni rolę instrumentu prewencyjnego i represyjnego. Chodzi bowiem zarówno o eliminację zagrożenia wystąpienia zachowań korupcyjnych w konkretnym postępowaniu, jak i o ukaranie podmiotów, które w przeszłości dopuściły się zachowań korupcyjnych.

3.2. Pozostałe obszary regulacji prawnej (wzmianka)

1. Poza prawem zamówień publicznych regulacje dotyczące zachowań korupcyjnych występują przede wszystkim w obszarze prawa karnego, gdzie zachowania korupcyjne podlegają penalizacji. W prawie karnym zaś w ujęciu normatywnym przestępstwa korupcji obejmują swoim zakresem: przestępstwo sprzedajności urzędniczej (art. 228 KK), przekupstwa (art. 229 KK), płatnej protekcji (art. 230 KK), handel wpływami (art. 230a KK), przekroczenie uprawnień, niedopełnienie obowiązków (art. 231 KK), korupcję wyborczą (art. 250a KK), poświadczenie nieprawdy (art. 271 KK), nadużycie zaufania (art. 296 KK), korupcję gospodarczą (art. 296a KK), pranie pieniędzy (art. 299 KK), korupcję wierzycieli (art. 302 KK), udaremnianie lub utrudnianie przetargu publicznego (art. 305 KK).

2. Poza obszarem prawa karnego wskazać należy również konsekwencje cywilnoprawne, związane zwykle z nieważnością umowy zawartej w wyniku działań korupcyjnych. W prawie administracyjnym regulacje dotyczące zwalczania i zapobiegania korupcji zawarte zostały m.in. w ustawie z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym, ustawie z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym, ustawie z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa, ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, szeroko rozumianym celem instytucji, zawartym w wymienionych aktach normatywnych, jest zapobieganie konfliktowi pomiędzy interesem publicznym, jaki powinien być przez osoby objęte regulacjami realizowany w codziennej służbie, a ich ewentualnym interesem prywatnym: zapobieżenie angażowaniu się takich osób w sytuacje

i relacje mogące podważać zarówno ich osobistą uczciwość, jak i autorytet organów państwa, a przez to osłabiać zaufanie opinii publicznej do jego prawidłowego funkcjonowania. Efekt ten uzyskuje się poprzez wykluczenie możliwości wykonywania przez osoby zajmujące takie funkcje działalności gospodarczej – samodzielnie lub wraz z innymi osobami – a także wykonywania pracy na rzecz podmiotów prowadzących taką działalność oraz poprzez wyłączenie możliwości uzyskiwania przez takie osoby korzyści majątkowych pochodzących od podmiotów, wobec których podejmują określone rozstrzygnięcia¹⁹.

Nie bez znaczenia są również konsekwencje dla pracowników zamawiającego, określone w prawie pracy oraz ewentualnie pragmatykach służbowych.

4. Zwalczanie korupcji w zamówieniach publicznych. Działania prewencyjne na przykładzie rozwiązań niemieckich

4.1. Uwagi ogólne o niemieckim systemie zamówień publicznych

1. Wartość rynku niemieckich zamówień publicznych szacuje się na ok. 350 miliardów euro rocznie²⁰. Przy czym ok. 10% tej kwoty to zamówienia przekraczające progi unijne²¹. Niemiecki system zamówień publicznych charakteryzuje się specyfiką, która nie jest znana w innych krajach Unii Europejskiej. Tradycyjnie niemieckie prawo zamówień publicznych związane było z regulacjami finansów publicznych, w szczególności zaś z budżetem jednostek publicznych na poziomie krajowym i regionalnym. Funkcją rozwiązań prawnych związanych z zamówieniami publicznymi była ochrona wydatków publicznych. Przepisy prawa unijnego wymusiły na niemieckim ustawodawcy inne podejście dotyczące zamówień, związane przede wszystkim z promocją konkurencyjności, oraz w ostatnim czasie zamówień uwzględniających kryteria społeczne, innowacyjne oraz środowiskowe (tzw. zamówienia strategiczne). Rozwiązania niemieckie charakteryzuje duże rozdrobnienie związane zarówno z przedmiotem zamówień, jak i regulacjami poszczególnych krajów związkowych. Podstawowy podział regulacji związany jest z wartością progów unijnych.

2. Na niemieckie rozwiązania w zakresie prawa zamówień publicznych, obowiązujące ponad progami unijnymi, składają się: regulacje Unii Europejskiej zawarte w pakiecie dyrektyw z 2014 roku, regulacje właściwe dla całego kraju zawarte w czwartej części ustawy z dnia 26 czerwca 2013 roku, znowelizowanej w znacznym stopniu po wejściu w życie o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (*Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), rozporządzenie w sprawie udzielania

¹⁹ Tak A. Wierzbica, *op. cit.*, s. 61.

²⁰ Por. *Zamówienia publiczne w Niemczech*, Wydział Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Berlinie, Berlin 2015, s. 3.

²¹ *Ibidem*, s. 10.

zamówień publicznych (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – VgV*), z dnia 12 kwietnia 2016 roku, regulamin udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, część A i B oraz C z dnia 31 lipca 2009 roku (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB*), regulamin udzielania zamówień publicznych na usługi, część A i B (*Vergabe und Vertragsordnung für Leistungen – VOL*), część A regulaminu z dnia 20 listopada 2009 roku, regulamin udzielania zamówień publicznych na usługi świadczone przez wolne zawody z dnia 18 listopada 2009 roku (*Vergabe- und Vertragsordnung für freiberufliche Dienstleistungen – VOF*)²². W wyniku implementacji dyrektywy koncesyjnej w dniu 12 kwietnia 2016 roku uchwalono ustawę o zamówieniach na koncesję (*Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – KonzVgV*).

Regulacje bazujące na rozwiązaniach unijnych odzwierciedlają wskazane w nich założenia i konstrukcje prawne.

Poniżej progów unijnych w poszczególnych landach obowiązują regulacje stanowiące uzupełnienie wyżej wskazanych rozwiązań prawnych. Podkreśla się jednak, iż w przypadku wszystkich zamówień publicznych zastosowanie znajdują podstawowe zasady traktatowe, w tym zasada konkurencyjności, równego traktowania i niedyskryminacji²³.

3. Niemieckie regulacje prawne przewidują następujące tryby udzielenia zamówienia publicznego w procedurze powyżej progów unijnych: procedura zamówień otwartych (*Offenes Verfahren*), procedura zamówień ograniczona (*Nichtoffenes Verfahren*), procedura konkurencyjna z negocjacjami (*Verhandlungsverfahren*), procedura dialogu konkurencyjnego (*Wettbewerblicher Dialog*), partnerstwo innowacyjne (*Innovationspartnerschaft*). W procedurach narodowych natomiast możliwe jest zastosowanie następujących trybów: przetarg nieograniczony (*Öffentliche Ausschreibung*), przetarg ograniczony (*Beschränkte Ausschreibung*), zamówienie z wolnej ręki (*Freihändige Vergabe*). Dynamiczny system zakupów może być stosowany w obu typach postępowań (*Dynamisches elektronisches Verfahren*).

Specyfika niemieckich zamówień publicznych przejawia się również w dwutorowej ochronie prawnej wykonawców. W sytuacji, kiedy zamówienie przekracza progi unijne, właściwym organem do rozpatrzenia odwołania są izby odwoławcze (*Vergabekammern*) wydające decyzje administracyjne (*Verwaltungsakt*). Od rozstrzygnięć

²² Oprócz wewnętrznego podziału na rozdziały regulaminy posiadają dwie lub trzy (jak w przypadku VOB) części oznaczone dużymi literami A, B lub C (zwane wówczas np. VOB/A lub VOB/B). Części A regulaminów zawierają przepisy dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia, począwszy od formułowania zamówienia publicznego, przez rodzaj postępowania przetargowego, składania zamówienia i zakończenia procedury przetargowej przez udzielenie zamówienia (zwane w prawie niemieckim przybiciem). W częściach B regulaminy zawierają ogólne warunki umowy, które będą stanowiły treść późniejszej umowy w ramach udzielenia zamówienia. Część C w przypadku zamówień na roboty budowlane to zbiór przepisów oraz norm technicznych stanowiących również element umowy o roboty budowlane. Por. *ibidem*, s. 11.

²³ Zob. J. Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftrecht*, C.H. Beck, München 2016, s. 163.

izb skarżącym przysługuje środek odwoławczy wnoszony do sądu powszechnego (*Oberlandesgericht*). W zamówieniach poniżej progów unijnych uczestnikom postępowania służy pozew wnoszony do sądu powszechnego. Powyższe wynika z przyjęcia założenia, iż postępowanie w sprawie zamówień publicznych ma charakter cywilnoprawny²⁴.

4.2. Rozwiązania dotyczące zapobiegania i zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych w Niemczech

1. Niemcy we wzmiankowanym na wstępie niniejszego opracowania raporcie *Transparency International* – Indeks Percepcji Korupcji z 2017 roku znalazły się w ścisłej czołówce światowej, zajmując wspólnie z Luksemburgiem i Wielką Brytanią 10. miejsce. Problematyka korupcji w zamówieniach publicznych stanowi przedmiot dyskusji oraz jest obecna w niemieckiej doktrynie prawnej. Przewodnią myślą dotyczącą wzmocnienia zaufania obywateli wobec zamawiających jest hasło: „żadnych interesów z niepoważnymi przedsiębiorcami” (*Keine Geschäfte mit unseriösen Unternehmen*)²⁵. Na szczególną uwagę zasługują dwie obszerne prace doktorskie: Jessiki Gentsch pt. *Staatliche Beschaffung und Korruptionsprävention* oraz Laurence’a Westena zatytułowanej *Das Vergaberecht als Mittel der Korruptionsbekämpfung in den Entwicklungsländern Subsahara-Afrikas Am Beispiel Kenia*.

2. Szczegółowa analiza dotycząca wzmocnienia prewencji w zwalczaniu korupcji w zamówieniach publicznych dokonana została w 2011 roku przez instytucję *Transparency Deutschland*²⁶. Wśród postulatów dotyczących zapobiegania zachowaniom korupcyjnym znalazły się przede wszystkim rekomendacje stosowania w pełnym zakresie, również w zamówieniach poniżej progów unijnych, regulacji związanych z transparentnością postępowania. Jako szczególnie zagrożone zachowaniami korupcyjnymi wymienia się postępowania prowadzone w trybie „z wolnej ręki”. Wynika to przede wszystkim z braku zagwarantowania pełnej konkurencji, jak również z ograniczonych obowiązków publikacyjnych. Postuluje się też rozszerzenie pełnej ochrony sądowej we wszystkich sprawach związanych z udzielaniem zamówień publicznych.

Możliwości wystąpienia zachowań korupcyjnych upatruje się przede wszystkim w fazie przygotowania postępowania²⁷, w tym w konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia oraz w fazie wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie bez znaczenia jest również faza wykonywania umowy, a w szczególności obszar zmian, jakie mogą być do niej wprowadzone.

²⁴ Por. *ibidem*, s. 160.

²⁵ M. Opitz [w:] M. Burgi, M. Dreher (Hrsg.), *Vergaberecht. GWB 4. Teil*, C.H. Beck, München 2017, s. 752–753.

²⁶ <https://www.transparency.de/Positionspapier-Vergaberecht-u.1996.0.html>.

²⁷ Korupcja na tym etapie pojawić się może m.in. w związku z dostępem do poufnych informacji zamawiającego.

3. Część rozwiązań dotyczących zapobiegania i zwalczania korupcji, występujących w prawie niemieckim, ze względu na wpływ prawa unijnego jest tożsamych z rozwiązaniami obowiązującymi w Polsce. Zaliczyć do nich należy np. zwalczanie konfliktów interesów czy też wykluczenie z postępowania. Warto jednak zwrócić uwagę na te rozwiązania, które są specyficzne dla porządku prawnego Niemiec. Wynikają one przede wszystkim z federacyjnego charakteru państwa oraz zaawansowanych rozwiązań o charakterze wewnętrznym (w tym rozwiązań *compliance*).

4.3. Rejestr

1. Szczególnym rozwiązaniem niemieckim, które weszło w życie na mocy ustawy z dnia 18 lipca 2017 roku o wprowadzeniu rejestru konkurencyjnego (*Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) jest rejestr informujący zamawiających m.in. o popełnieniu przez określonych przedsiębiorców deliktów korupcyjnych, które w świetle art. 123 ust. 1 i ust. 2 GWB stanowią obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania. W literaturze przedmiotu zwracano uwagę na znaczącą rolę rejestrów w ustaleniu wiarygodności i rzetelności wykonawców, oprócz innych rozwiązań prawnych, takich jak wzmocnienie odpowiedzialności karnej czy też szkolenie kadr urzędniczych²⁸. Do momentu uchwalenia ustawy rejestry funkcjonowały na poziomie krajów związkowych, w tym w Berlinie, Hamburgu, Bremie i Nadrenii Północnej-Westfalii.

2. Rejestr prowadzony jest w formie elektronicznej przez Niemiecki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zgodnie z art. 9 ustawy zamawiający mają obowiązek zasięgnięcia informacji z rejestru przy zamówieniach publicznych przekraczających kwotę 30 000 euro. Poniżej wskazanego progu zamawiający mogą skorzystać z informacji zawartych w rejestrze. Zamawiający sektorowi natomiast mają obowiązek uzyskiwania informacji z rejestru przy udzielaniu zamówień powyżej progów unijnych. Informacje zawarte w rejestrze podlegają usunięciu *ex lege* po okresie 5 lub 3 lat w zależności od wagi popełnionego przestępstwa. Na mocy wskazanej ustawy organy sądowe zobowiązane zostały do przekazywania do rejestru informacji o popełnionych przestępstwach w formie elektronicznej.

Samo umieszczenie w rejestrze nie oznacza automatycznego wykluczenia z postępowania. Odpowiednia decyzja pozostaje w gestii zamawiającego.

4.4. Polityki *compliance* i *corporate governance*

1. Warto również zwrócić uwagę, iż w Niemczech dużą wagę przywiązuje się do polityki *compliance* i *corporate governance*. *Corporate governance* jest pojęciem nadrzędnym i obejmuje swoim zakresem zasady należytego prowadzenia przedsię-

²⁸ Por. Ch. Lantermann, *Vergaberegister – Ein rechtmässiges und effektives Mittel zur Korruptionsbekämpfung?*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2007, s. 255.

biorstwa, tworząc ramy prawne dla prowadzenia i nadzoru w korporacji²⁹. *Compliance* rozumie się natomiast jako politykę wewnętrzną obowiązującą w danym przedsiębiorstwie, której celem jest doprowadzenie do zgodności z obowiązującymi regulacjami prawnymi³⁰. Wdrożenie w danym podmiocie polityk *compliance* i *corporate governance*, rozumianych jako wydzielone programy, nie jest *de lege lata* obowiązkowe³¹. Obowiązkowe jest natomiast przestrzeganie przepisów o charakterze *ius cogens*. Z tego punktu widzenia polityki *compliance* mogą okazać się skuteczną metodą ochrony funkcjonowania osób odpowiedzialnych za kierowanie daną jednostką. Regulacje te obejmują przy tym zarówno przepisy prawa powszechnie obowiązującego, jak i różnego rodzaju wytyczne. Chodzi zatem o dotrzymanie standardów ustawowych, a także etycznych czy też związanych z dobrymi praktykami przyjętymi w obrocie gospodarczym. Wprowadzenie polityk *compliance* leży przede wszystkim w interesie organów zarządzających daną jednostką³².

Compliance może funkcjonować w sferze prywatnej, ale polityki te mogą być również z powodzeniem wdrażane w sektorze publicznym. W obu przypadkach celem polityk *compliance* i *corporate governance* jest zapobieganie zachowaniom korupcyjnym oraz minimalizowanie ryzyk związanych z prowadzeniem działalności danego podmiotu³³. Przede wszystkim aspekt prewencyjny odróżnia polityki *compliance* od typowych działań nadzorczych i kontrolingowych. Przed wdrożeniem polityk konieczne staje się dokonanie wszechstronnej analizy ryzyk, które mogą pojawić się u danego zamawiającego. Na bazie tychże ryzyk wprowadza się następnie rozwiązania, które mają zapobiegać zwalczaniu zachowań korupcyjnych.

2. Punktem wyjścia do wprowadzenia *compliance* w zakresie zapobiegania korupcji jest założenie, zgodnie z którym zagrożenia korupcyjne mogą pochodzić zarówno ze środowiska zewnętrznego, jak i od samych pracowników zamawiającego. Istotną częścią polityk *compliance* jest jasne zarysowanie i komunikacja misji związanej z zapobieganiem zjawiskom korupcyjnym. Jednym z kluczowych aspektów stają się w związku z tym szkolenia dotyczące zjawisk korupcyjnych, ich identyfikacji, zapobiegania oraz zwalczania w praktyce. Ponadto dużą wagę przywiązuje się do kontroli wewnętrznej wykonywanej w jednostkach zamawiających. Polityce *compliance* towarzyszy zwykle wprowadzenie kodeksu zachowania pracownika jednostki, odnoszącego się do postępowania względem wykonawców, kontaktów

²⁹ Por. M. Freund, A. Kallmayer, O. Kraft, *Korruption und Kartelle bei Auftragsvergaben. Prävention. Sanktionen. Verteidigung*, C.H. Beck, München 2008, s. 203. W Niemczech spółki giełdowe obowiązują w formie wytycznych niemiecki kodeks *corporate governance*, www.dcgk.de. Wytyczne nie mają charakteru powszechnie obowiązującego, ale przyjmuje się zasadę, zgodnie z którą w sytuacji odstępowania od stosowania kodeksu zarząd danej spółki powinien poinformować o przyczynach takiego działania „*Comply or explain*”.

³⁰ Por. J. Gentsch, *op. cit.*, s. 164.

³¹ *Ibidem*, s. 178.

³² Por. M. Freund, A. Kallmayer, O. Kraft, *op. cit.*, s. 204.

³³ *Ibidem*, s. 203.

z nimi, przyjmowania prezentów, udziału w przedsięwzięciach organizowanych przez wykonawców itp.³⁴

Kluczowe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania polityk ma komunikacja w jednostce. Komunikacja obejmować powinna relacje pomiędzy pracownikami, pracownikami a kierownikiem jednostki oraz między pracownikami a pełnomocnikiem lub działem odpowiedzialnym za zwalczanie zachowań korupcyjnych.

W ramach polityk *compliance* postuluje się utworzenie pełnomocnika ds. związanych z występowaniem zjawisk korupcyjnych³⁵. Pełnomocnik taki może być również punktem zgłoszeń dla tzw. whistleblowerów, tzn. osób ujawniających praktyki korupcyjne w danym podmiocie.

4.5. Rotacja pracowników zamawiającego, reguła „wielu oczu”, rozdział wewnątrzorganizacyjny

1. W zakresie rozwiązań przewidzianych np. w dyrektywie z dnia 13 kwietnia 2004 roku, dotyczącej zapobiegania i zwalczania korupcji w administracji publicznej w Bawarii³⁶, przyjęto tzw. regułę rotacji personalnej (*Personalrotation*), zgodnie z którą okres zajmowania określonego stanowiska w administracji publicznej, w tym związanego z udzielaniem zamówień publicznych, nie powinien przekraczać siedmiu lat. Długotrwałe kontakty z wykonawcami mogą bowiem doprowadzać do sytuacji sprzyjających powstaniu zachowań korupcyjnych. Przyjmuje się, że po tym okresie następują najczęściej zachowania korupcyjne pracowników jednostek sektora finansów publicznych. Jako wadę omawianego rozwiązania wskazuje się dostęp do informacji poufnych dużej liczby pracowników zamawiającego³⁷.

2. Innym rozwiązaniem funkcjonującym w niemieckim porządku prawnym jest tzw. reguła „czworga oczu” (*Vier Augen Prinzip*). Omawiana reguła znana jest regulacjom związanym z funkcjonowaniem np. sektora bankowego. Reguła ta zakłada, iż określone czynności w procedurze udzielania zamówień publicznych, w tym otwarcie oferty, muszą być obligatoryjnie wykonywane przez dwóch pracowników jednostki. Reguła ta ma na celu zarówno zapobieganie zachowaniom korupcyjnym, jak i wzmocnienie weryfikacji merytorycznej dokonywanych czynności. Konieczne jest bowiem, aby obaj pracownicy posiadali odpowiednią wiedzę merytoryczną.

3. Zaleca się również stosowanie rygorystycznego rozdziału pomiędzy jednostką zgłaszającą potrzebę dokonania określonego zamówienia publicznego a działem zamówień publicznych, który opracowuje dokumenty związane z udzieleniem zamówienia. Rozdział pomiędzy wskazanymi jednostkami wywodzi się z konstrukcji

³⁴ *Ibidem*, s. 205.

³⁵ Por. J. Gentsch, *op. cit.*, s. 186.

³⁶ Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 13. April 2004, Az. B III 2-515-238 (AllMBl. S. 87), (StAnz. Nr. 17), (KWMBL. I S. 124).

³⁷ Por. J. Gentsch, *op. cit.*, s. 189.

znanych przede wszystkim w sferze finansów i określa się go jako tzw. regułę chińskich murów (*Chinese Walls*).

Wskazany mechanizm związany jest z jednym z najbardziej narażonych na działania korupcyjne etapów postępowania, a mianowicie etapem opisu przedmiotu zamówienia. Częstokroć w praktyce bowiem jednostka inicjująca zamówienie posiada jasno sprecyzowane cele związane z wyborem określonego wykonawcy. Rozwiązania takie pozostają w jawnej sprzeczności co najmniej z zasadą konkurencyjności i niedyskryminacji. Działanie, o którym mowa, może być m.in. wynikiem zachowań korupcyjnych w relacji jednostka–wykonawca. Rozwiązanie polegające na rozdzieleniu pomiędzy jednostkami zamawiającego, wzmacniające fachowość, ma w praktyce zapobiegać wywieraniu wpływu na działły zamówień publicznych co do konkretnego opisu przedmiotu zamówienia, preferującego określonego wykonawcę bądź produkt.

4.6. Umowy integracyjne

1. Ciekawym rozwiązaniem, zastosowanym m.in. podczas zamówienia publicznego związanego z budową portu lotniczego Schönefeld w Berlinie, była tzw. umowa o integryjności (*Integritätsklausel*)³⁸. Umowa ta łączyła wszystkich uczestników postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w tym zamawiającego, projektantów, wykonawców, biegłych, a jej przedmiotem było zobowiązanie do powstrzymywania się przed działaniami noszącymi znamiona korupcji. Umowa łączyła w sobie praktyki antykorupcyjne uregulowane w aktach prawa międzynarodowego dopasowane do niemieckiego porządku prawnego³⁹.

W umowie znalazły się m.in. postanowienia zobowiązujące zamawiającego do podjęcia wszelkich działań zmierzających do zapobiegania korupcji, w tym równego traktowania wszystkich wykonawców, również poprzez zagwarantowanie transparentności postępowania. Ponadto zamawiający zobowiązał się do natychmiastowego informowania odpowiednich służb w przypadku wykrycia zachowań korupcyjnych dokonywanych przez jego pracowników, wykonawców, podwykonawców lub osoby z ich otoczenia. Wykonawcy zobowiązali się natomiast do powstrzymania się przed jakimikolwiek działaniami mogącymi prowadzić do zachowań korupcyjnych, w tym wręczania prezentów lub innych korzyści pracownikom zamawiającego. W przypadku ww. zachowań zamawiającemu, poza natychmiastową możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania, służyło prawo żądania odszkodowania w wysokości 3% wartości najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy zobowiązali się do przedłożenia odpowiednich oświadczeń dotyczących zobowiązań zawartych w umowie również od swoich podwykonawców.

³⁸ Por. M.H. Wiehen, *Der Flughafen Berlin-Brandenburg in Schönefeld und der Transparency International Integritätspakt*, Transparency International, Deutschland, Berlin 2013.

³⁹ *Ibidem*, s. 2.

2. Nad przestrzeganiem postanowień umowy czuwał wskazany przez zamawiającego obserwator, wykonujący swoje obowiązki na podstawie umowy cywilnoprawnej. Obserwator był niezależny i niezawisły od żadnej ze stron postępowania. O każdym zachowaniu noszącym znamiona korupcji obserwator miał informować bezpośrednio kierownika zamawiającego. W przypadku braku reakcji z jego strony, obserwator był upoważniony do samodzielnego zawiadomienia odpowiednich organów ścigania.

5. Wnioski końcowe

Analiza prowadzona w niniejszym opracowaniu prowadzi do następujących wniosków.

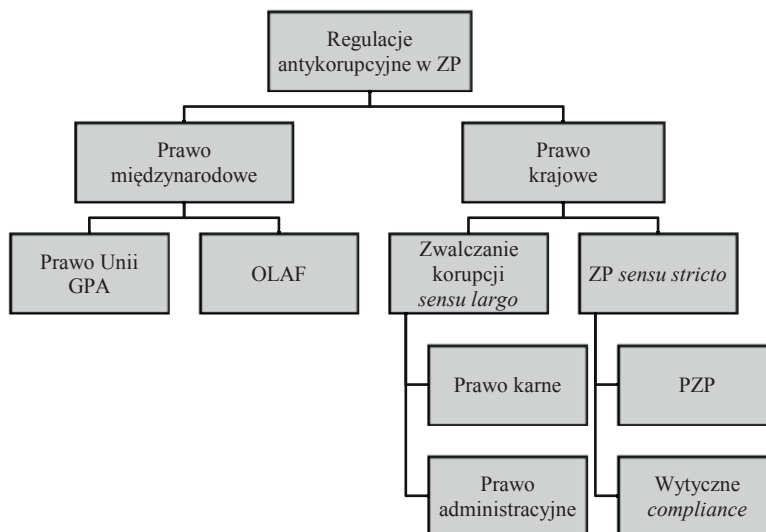
1. System regulacji antykorupcyjnych w zamówieniach publicznych tworzą przepisy zawarte zarówno w aktach prawa międzynarodowego, jak i w aktach prawa krajowego. Na poziomie prawa międzynarodowego wskazać można regulacje o charakterze powszechnym (np. GPA bądź wybrane przepisy dyrektywy zamówieniowej), jak również regulacje obowiązujące w przypadku dysponowania środkami pieniężnymi pochodzącymi z określonych źródeł (np. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) Nr 883/2013 z dnia 11 września 2013 roku dotyczące dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych).

Na poziomie krajowym system przepisów antykorupcyjnych obejmuje regulacje różnych obszarów prawnych, mające zapobiegać zachowaniom antykorupcyjnym w zamówieniach publicznych, jak również w innych obszarach funkcjonowania gospodarki oraz regulacje *stricto* związane z prawem zamówień publicznych. Do pierwszej grupy zaliczyć należy przepisy prawa karnego czy też ustawy samorządowe.

W drugim obszarze dodatkowo mówić można o regulacjach powszechnie obowiązujących (regulacje zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych w sposób transparentny, zwalczanie konfliktów interesów, wykluczenie z postępowania) oraz regulacjach wewnętrznych (polityki *compliance*, wytyczne, *soft law*).

Szczególne znaczenie z punktu widzenia spójności systemu odgrywają akty zawierające wskazówki postępowania o charakterze *soft law*. Przepisy te wprowadzają zwykle obowiązki w obszarze tzw. *compliance*. Wydaje się, iż właśnie regulacje *soft law* odgrywają kluczową rolę w praktyce eliminacji zachowań korupcyjnych w poszczególnych krajach. Przywiązują one również dużą wagę do działalności edukacyjnej i szkoleniowej.

2. Spójność systemu regulacji antykorupcyjnych zależy w pierwszej kolejności od istnienia odpowiednich przepisów na wszystkich wyżej wymienionych poziomach. Ich realne wykorzystanie związane jest nie tylko z działaniami o charakterze normatywnym, ale również z działalnością edukacyjną, szkoleniową oraz prewencyjną.



Rys. 2. System regulacji antykorupcyjnych w zamówieniach publicznych

Źródło: opracowanie własne.

3. Polska regulacja prawna dotycząca zapobiegania i zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych ma charakter fragmentaryczny. Przyjęte rozwiązania, bazujące na prawie międzynarodowym, w tym przede wszystkim dorobku prawa Unii Europejskiej, dotyczą przede wszystkim regulacji konstrukcji zapobiegania konfliktom interesów oraz wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy w przeszłości dopuścili się działań korupcyjnych. Odpowiednio zabezpieczony pozostaje również obszar regulacji prawnokarnych.

4. Po analizie rozwiązań antykorupcyjnych obowiązujących w Niemczech proponuje się *de lege ferenda* wzmocnienie działań związanych z przeciwdziałaniem zjawiskom korupcyjnym poprzez wypracowanie aktualnych polityk na szczeblu centralnym oraz podjęcie odpowiednich kroków zmierzających do jej normatywizacji i popularyzacji.

5. Proponuje się również wzmocnienie działań zmierzających do identyfikacji oraz przeciwdziałania zjawiskom korupcyjnym u konkretnych zamawiających. Działania takie polegać mogą na intensyfikacji szkoleń oraz opracowaniu polityk *compliance*, obejmujących omówienie zachowań korupcyjnych oraz postępowanie w sytuacji ich wykrycia.

6. W ramach regulacji wewnętrznych funkcjonujących u zamawiających rozwiązać warto wprowadzenie zasad znanych regulacjom niemieckim, tj. regułę rotacji, tzw. regułę „wielu oczu”, oraz tzw. regułę „chińskich murów”.

7. Warto również zwrócić uwagę na tzw. umowę integracyjną, tj. umowę zawieraną pomiędzy wszystkimi uczestnikami postępowania, dotyczącą unikania zacho-

wań korupcyjnych. Umowa taka jest szczególnie pożądana przy postępowaniach na roboty budowlane o znacznej wartości.

8. Szczególnie ciekawym rozwiązaniem, funkcjonującym od 27 lipca 2017 roku w Niemczech, jest rejestr informujący o istnieniu przesłanek wykluczenia z postępowania wykonawców. Każdy zamawiający, planujący udzielenie zamówienia powyżej kwoty 30 000 euro, zobowiązany został do sprawdzenia, czy wykonawcy przystępujący do postępowania nie dopuścili się w przeszłości działań noszących znamiona korupcji. Rejestr spełnia zatem podwójną rolę: informującą i odstrasżającą.

Literatura

- Burgi M., Dreher M. (Hrsg.), 2017, *Vergaberecht*, GWB 4. Teil, C.H. Beck, München.
- Freund M., Kallmayer A., Kraft O., 2008, *Korruption und Kartelle bei Auftragsvergaben. Prävention. Sanktionen. Verteidigung*, C.H. Beck, München.
- Gentsch J., 2012, *Staatliche Beschaffung und Korruptionsprävention*, Nomos, Berlin.
- Immenga U., Mestmäcker E.J., 2014, *Wettbewerbsrecht*, GWB. Teil 2, *Vergaberecht. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, C.H. Beck, München.
- Kulartz H.P., Kus A., Portz N., Priess H.J. (Hrsg.), 2016, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, Werner Verlag, Köln.
- Lantermann Ch., 2007, *Vergaberegister – Ein rechtmässiges und effektives Mittel zur Korruptionsbekämpfung?* Verlag Dr. Kovač, Hamburg.
- Moukiou Ch.P., 2016, *The principles of transparency and anti-bribery in public procurement*, EPPPL, vol. 11, iss. 2.
- Szulik M., Wierzbica A., Dolnicki B., Bzymek T., Bil J., 2012, *Korupcja i antykorupcja. Wybrane zagadnienia*, cz. 1, Warszawa.
- Westen L.M., 2012, *Das Vergaberecht als Mittel der Korruptionsbekämpfung in den Entwicklungsländern Subsahara-Afrikas am Beispiel Kenia*, Nomos, Baden-Baden.
- Wiehen M.H., 2013, *Der Flughafen Berlin-Brandenburg in Schönefeld und der Transparency International Integritätspakt*, Transparency International, Deutschland, Berlin.
- Zamówienia publiczne w Niemczech*, 2015, Wydział Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Berlinie, Berlin.
- Ziekow J., 2016, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, C.H. Beck, München.