

GŁÓWNA KOMISJA ORZEKAJĄCA
W SPRAWACH O NARUSZENIE
DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

**Biuletyn orzecznictwa
w sprawach o naruszenie
dyscypliny finansów publicznych**

Nr 3/2011

Redakcja: 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12
tel. (22) 694 43 36. 694 33 91

Redakcja i kolportaż:
Biuro
Dyscypliny Finansów Publicznych
Ministerstwa Finansów

„Biuletyn” dostępny jest także w formie elektronicznej
na stronie internetowej Ministerstwa Finansów
<http://www.mf.gov.pl>

Druk: www.ardruk.waw.pl

SPIS TREŚCI

I	ORZECZENIA GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ.....	7
1.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 3 marca 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/125/142/RN-36/10/3570	7
2.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/15/17-18/RN-6/11/840	15
3.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 18 kwietnia 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/17/20/11/937	34
4.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 5 maja 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/3/3/11/132	52
5.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 26 maja 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/30/34-35/RN-7-8/11/1347	57
6.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 9 czerwca 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/32/37/11/1349	67
7.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 13 czerwca 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/24/28/11/1173	81
8.	Orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 30 czerwca 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/21/25/11/983	88

9. Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 21 lipca 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/41/47/RN-13/11/1524	100
II ORZECZENIA SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH	108
10. Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 maja 2011 r., sygn. akt V SA/Wa 677/11	108
11. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 maja 2011 r., sygn. akt V SAIWa 310/11	110
12. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt V SAIWa 2773/10	124
13. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt II GSK 688/10	128
14. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt V SAIWa 20/11	139
Indeks wybranych haseł	147

Szanowni Państwo,

Pragniemy Państwu zaprezentować kolejny numer kwartalnika „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych”. Przedstawiamy Państwu wybór najciekawszych rozstrzygnięć Głównej Komisji Orzekającej oraz organów orzekających I instancji.

Zainteresowanie naszą publikacją wskazuje, że cieszy się ona Państwa uznaniem i stanowi użyteczny instrument w rozwiązywaniu kwestii, jakie napotkać można w pracy zawodowej i orzeczniczej.

Dokonując wyboru orzeczeń, Redakcja uwzględniła Państwa sugestie dotyczące zagadnień prawnych.

Na państwa opinie i uwagi oczekujemy pod adresem redakcji (00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12) lub pod adresem elektronicznym magdalena.zych@mofnet.gov.pl.

Wersja elektroniczna naszego kwartalnika dostępna jest na stronach internetowych Ministerstwa Finansów: www.mf.gov.pl.

Z wyrazami szacunku

Redakcja

Orzeczenia głównej komisji orzekającej

1.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 3 marca 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/125/142/RN-36/10/3570

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Maria Karlikowska (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Zdzisława Wasążnik
Protokolant:		Danuta Gzyra

rozpoznała na rozprawie w dniu 3 marca 2011 r., przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Pawła Laudańskiego – odwołanie wniesione przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych I instancji na niekorzyść Obwinionej (...) (zam. (...)) – pełniącej w czasie zarzucanego jej czynu funkcję Dyrektora Departamentu Gospodarki Urzędu (...) w (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 21 października 2010 r., sygn. akt: DB-0965/116/10, którym Komisja I instancji uniewinniła Obwinioną (...) od zarzutu nieumyślnego popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego o wartości 103.700 zł (brutto) na podstawie umowy nr BOF/U-466/09 z dnia 7 września 2009 r., zawartej w (...), której przedmiot stanowiło wykonanie prezentacji multimedialnej pn.: „*Invest in (...)*”, przedstawiającej silne strony Województwa (...) jako miejsca przyjaznego inwestorom, w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. z naruszeniem przesłanek stosowania ww. trybu udzielenia zamówienia publicznego, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759).

Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja I instancji orzekła, iż koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy.

orzeka:

1. Uchyla zaskarżone orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w całości.
2. Uznaje Obwinioną (...) winną nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego o wartości 103.700 zł (brutto) na podstawie umowy nr BOF/U-466/09 z dnia 7 września 2009 r., zawartej w (...), której przedmiot stanowiło wykonanie prezentacji multimedialnej pn.: „*Invest in (...)*”, przedstawiającej silne strony Województwa (...) jako miejsca przyjaznego inwestorom, w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. z naruszeniem przesłanek stosowania ww. trybu udzielenia zamówienia publicznego, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759).
3. Na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy, odstępuje od wymierzenia Obwinionej (...) kary.
4. Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy, obciąża Obwinioną (...) obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 282,27 zł.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z 21 października 2010 r. (sygn. akt: DB-0965/116/10) Regionalna Komisja Orzekająca przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu uniewinniła Panią (...) – pełniącą w czasie popełnienia zarzuczonego jej naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Departamentu Gospodarki Urzędu (...) w (...) – od zarzutu nieumyślnego popełnienia 7 września 2009 r. czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej uondfp).

Postępowanie w tej sprawie zostało wszczęte 1 lipca 2010 r. Rzecznik I instancji we wniosku o ukaranie (z 2 września 2010 r.) wniósł o ukaranie Obwinionej karą upomnienia.

Naruszenie dyscypliny finansów publicznych popełnione przez Obwinioną polegało na udzieleniu 7 września 2009 r. (umowa nr BOF/U-466/09) zamówienia publicznego o wartości 103.700 zł (brutto) 85.000 zł (netto) na wykonanie prezentacji multime-

dalnej pod nazwą „Invest in (...)”, przedstawiającej silne strony Województwa (...) jako miejsca przyjaznego inwestorom, w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jako podstawę zastosowania tego trybu wskazano art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp). Zgodnie z tymi przepisami zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów oraz w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Obwiniona w swych wyjaśnieniach powoływała się także na art. 5 ust. 1 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w chwili udzielenia zamówienia), zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących m.in. przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Jej zdaniem, ponieważ przedmiot zamawianej usługi miało być stworzenie filmu, a w wyżej wymienionym załączniku usługa produkcji filmu reklamowego, propagandowego albo informacyjnego została wymieniona, mogła udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki niezależnie od przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Rzecznika I instancji, argumentacja przedstawiona przez Obwinioną nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż przedmiotem rozpatrywanego zamówienia był nie film, tylko prezentacja multimedialna rozumiana jako pokaz slajdów (najczęściej publiczny), którego treść jest ilustrowana opracowanymi komputerowo elementami multimedialnymi, takimi jak rysunki, zdjęcia, a także dźwięki i obrazy (animacje, filmy). To wyklucza zastosowanie art. 5 ust. 1 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia zamówienia). Obwiniona, udzielając rozpatrywanego zamówienia, nie mogła też zastosować trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b lub c Pzp. Wprawdzie koncepcję prezentacji, jak i później stworzoną prezentację multimedialną należy zaliczyć do przejawów chronionej działalności twórczej, to jednak usługa ta mogła być świadczona przez wielu wykonawców. Świadczy o tym choćby fakt, że zamawiający przed zaakceptowaniem koncepcji prezentacji przedstawionej przez Agencję (...) Sp. z o.o., z którą zawarł umowę, wystąpił do co najmniej 5 znanych mu potencjalnych wykonawców planowanego dzieła z zapytaniem ofertowym. W odpowiedzi otrzymał 3 oferty i następnie spotkał się z oferentami, którzy zaprezentowali mu swoje możliwości, wizje i założenia dotyczące realizacji planowanej prezentacji multimedialnej. Wybrał najbardziej interesującą go koncepcję i udzielił zamówienia z wolnej ręki przedstawiającej ją Agencji. Oznacza to, że po wstępnym rozeznaniu się w sytuacji rynkowej, zamawiający wybrał tryb postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, kierując się swoim subiektywnym przekonaniem, że może je wykonać tylko jeden wykonawca. Takie przekonanie nie stanowi zaś uzasadnienia udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, nawet jeśli zamawiający powołuje się na twórczy lub artystyczny charakter dzieła albo ochronę praw autorskich. Rzecznik podkreślił przy tym, że zamawiający mógł w przedmiotowej sprawie zweryfikować rynek, wybrać dogodną dla siebie koncepcję prezentacji i udzielić zamówienia jej autorowi w trybie z wolnej ręki po przeprowadzeniu postępowania konkursowego uregulowanego w art.

art. 110–127 Pzp. Tymczasem zamawiający przeprowadził jedynie namiastkę takiego postępowania, która jednak nie spełniała ustawowych wymogów.

Stanowisko Rzecznika podzieliła Regionalna Komisja Orzekająca uznając, że zarzuty Obwinionej czyn został przez nią popełniony i że jako osoba upoważniona przez Zarząd Województwa do udzielenia w jego imieniu zamówień publicznych może, zgodnie z art. 4 pkt 3 uoofp, ponosić odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO uznała też, że Obwinionej można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia (uzasadnienie orzeczenia str. 8). RKO zwróciła jednak uwagę na obowiązujący w Urzędzie (...) system prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych uregulowany w Regulaminie organizacyjnym Urzędu (...) ustalonym uchwałą nr 1892/2005 Zarządu Województwa (...) z 4 maja 2005 r. ze zm. Zgodnie z jego postanowieniami, opracowanie dokumentacji dotyczącej zamówień publicznych i prowadzenie postępowań w tym zakresie w odniesieniu do zamówień udzielonych m.in. przez Departament Gospodarki, należało do Biura Obsługi Funduszy (jednostki organizacyjnej U(...)). Lektura tego Regulaminu doprowadziła RKO do wniosku, że Urząd (...) z uwagi na swoją wielkość oraz określoną wyraźnie specjalizację zakresu działania poszczególnych komórek organizacyjnych jest instytucją zhierarchizowaną w zakresie podejmowania decyzji, szczególnie w odniesieniu do akceptowania kolejnych etapów realizacji wykonywanych zadań, a w konsekwencji odpowiedzialności danej komórki za wykonywane zadanie. Ponieważ Obwiniona, ani kierowany przez nią Departament Gospodarki nie prowadzili postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie prezentacji multimedialnej pn. „Invest in (...)”, lecz czyniło to Biuro Obsługi Funduszy U(...), poczynając od wyboru trybu udzielenia zamówienia do sporządzenia projektu umowy, Obwiniona podpisała zaś tylko tą umowę, nie można przypisać jej odpowiedzialności za wybór trybu udzielenia zamówienia, gdyż nie można przypisać jej winy ze względu na usprawiedliwiony błąd co do prawa. Art. 23 ust. 1 uoofp uzależnia możliwość przypisania winy od możliwości uświadomienia sobie przez sprawcę bezprawności jego zachowania. Błąd co do prawa zachodzi, gdy sprawca dopuszcza się naruszenia dyscypliny finansów publicznych w błędnym przekonaniu, że jego zachowanie jest legalne. Jeśli to przekonanie jest usprawiedliwione, popełnione naruszenie nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Bezwzględne przestrzeganie zasady ignorancia iuris nocet „prowadziłoby do obcej współczesnemu prawu penalnemu, opartemu na zasadzie winy, zasady obiektywizacji odpowiedzialności”. Obwiniona, podpisując umowę nr BOF/U-466/09 działała w pełnym przekonaniu, że poprzedzająca jej zawarcie procedura przeprowadzona była zgodnie z przepisami Pzp. Nie miała ona ani formalnie, ani praktycznie żadnego wpływu na prowadzone postępowanie. RKO uznała przy tym, że w instytucji zatrudniającej kilkuset pracowników, podzielonej na wiele wyspecjalizowanych komórek organizacyjnych, kierownik jednej z nich nie jest w stanie kontrolować wszystkich czynności podległych pracownikom, a zwłaszcza czynności pracowników innych komórek organizacyjnych. Żeby w niniejszej sprawie ustrzec się przed naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, Obwiniona musiałaby mieć w swoim departamencie taką samą komórkę organizacyjną jak Biuro Obsługi Funduszy Urzędu, co prowadziłoby do dublowania zadań, kontrolowania kontrolujących i tym podobnych absurdów. Tym samym Obwiniona działała w błędnym

przekonaniu, że podpisując umowę o zamówienie publiczne działała zgodnie z prawem, ponieważ przeprowadzone wcześniej postępowanie było zgodne z przepisami. Błąd ten był usprawiedliwiony okolicznościami, w jakich doszło do podpisania umowy. Uzasadniając swoje stanowisko, RKO powołała się na orzeczenie GKO z 19 czerwca 2006 r. (DF/GKO-4900-47/60/06/1353 – nie publ.), w którym GKO uznała w sytuacji, gdy sprawca naruszenia określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp podpisał umowę o zamówienie publiczne po zatwierdzeniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej przez Dyrektora Wydziału Zamówień Publicznych Urzędu Miasta, że czynowi temu „brakuje elementu indywidualnej zarzucalności” i odstąpiła od wymierzenia kary.

Od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu odwołał się Rzecznik I Instancji na niekorzyść Obwinionej. Zarzucił on temu orzeczeniu obrazę przepisu art. 23 ust. 1 uoondfp poprzez błędną jego wykładnię i wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i wymierzenie Obwinionej kary upomnienia albo o uchylenie tego orzeczenia i przekazanie sprawy RKO do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu odwołania, Rzecznik podniósł, że:

- uoondfp wiąże odpowiedzialność za naruszenia określone w art. 17 ust. 1 z podpisaniem umowy, a podpisujący umowę i udzielający tym samym zamówienia odpowiada za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nawet jeśli powierzy, zgodnie z art. 15 ust. 2 przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania własnej jednostce organizacyjnej (pracownikom);
- osoby na stanowiskach kierowniczych odpowiedzialne za gospodarkę finansową powinny posiadać niezbędną wiedzę i orientację prawną w podstawowych uregulowaniach prawnych, które wiążą się z funkcjonowaniem kierowanej przez siebie jednostki, a do takich należy niewątpliwie ustawa Pzp. Obwiniona powinna zatem przed podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego przeanalizować całą dokumentację z poprzedzającego jej zawarcie postępowania co do jego zgodności z prawem;
- o winie sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych mówi się, jeśli sprawca działa niezgodnie z normą prawną, mimo że ma obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą. W rozpatrywanej sprawie Obwiniona mogła i powinna sprawdzić prawidłowość wyboru wykonawcy, lecz tego nie uczyniła podejmując ryzyko, które skutkowało naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Osoby udzielające zamówień publicznych są zobowiązane do dochowania szczególnej staranności, nawet gdy nie biorą udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia. Powierzenie określonych obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego innym osobom nie może być podstawą eskulpacji osoby, która udziela zamówienia poprzedzonego naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych;
- Obwiniona mogła posiadać niezbędną wiedzę umożliwiającą prowadzenie gospodarki finansowej bez łamania prawa. Gdyby zachowała należytą ostrożność wymaganą w danych okolicznościach, uniknęłaby naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Ostrożność ta winna przejawiać się w zapoznaniu się z całą dokumen-

tacją przetargową przed udzieleniem zamówienia i jej ocenie co do zgodności przeprowadzonego postępowania z prawem. Niezachowanie takiej ostrożności oznacza, że Obwiniona naruszyła dyscyplinę finansów publicznych nieumyślnie;

- nie podziela stanowiska RKO, jakoby Obwiniona mogła ustrzec się przed naruszeniem dyscypliny finansów publicznych tylko wtedy, gdyby miała w swoim Departamencie taką samą komórkę organizacyjną jak Biuro Obsługi Funduszy Urzędu. Wystarczyłoby, gdyby przed podpisaniem umowy dokonała wyżej wymienionych czynności zapoznawczych co do zgodności z przepisami prawa. Nie uczyniła tego, więc jest winna popełnienia zarzuczonego jej czynu.

Główna Komisja Orzekająca, po przeprowadzeniu 3 marca 2011 r. rozprawy bez udziału Obwinionej, uznała, że:

1. Nie mógł stanowić podstawy udzielenia zamówienia na prezentację multimedialną pn. „Invest in (...)” w trybie z wolnej ręki art. 5 ust. 1 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w chwili udzielenia zamówienia). Zamawianej prezentacji nie można bowiem uznać za film w rozumieniu dyrektywy 2004/718/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (załącznik II B, kategoria „Usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe”). Filmem, zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o kinematografii (Dz. U. nr 132, poz. 1111 ze zm.), jest utwór dowolnej długości, w tym utwór dokumentalny lub animowany, złożony z serii następujących po sobie obrazów z dźwiękiem lub bez dźwięku, utrwalonych na jakimkolwiek nośniku umożliwiającym wielokrotne odtwarzanie, wywołujących wrażenie ruchu i składających się na oryginalną całość, wyrażającą akcję (treść) w indywidualnej formie, a ponadto, z wyjątkiem utworów dokumentalnych i animowanych, przeznaczony do wyświetlania w kinie jako pierwszym polu eksploatacji w rozumieniu przepisów o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Tymczasem prezentacja „Invest in (...)” nie spełnia warunku złożenia z serii obrazów wywołujących wrażenie ruchu i nie jest przeznaczona do wyświetlania w kinie jako pierwszym polu eksploatacji.
2. Nie można też przyjąć, że podstawą udzielenia rozpatrywanego zamówienia w trybie z wolnej ręki mógł być art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c. Przepisy te muszą być interpretowane ściśle ze względu na fakt, iż stanowią one wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargowym (por. Wyrok Sądu Najwyższego z 6 lipca 2001 r. – III RN 16/01 – także Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 18 listopada 2004 r. – C 126/03). Faktem jest, że wykonawcy prezentacji przysługują prawa autorskie do niej, jednak na etapie wyboru wykonawcy trudno było już o nich mówić. Wybór wykonawcy opierał się na wyborze przedstawionych koncepcji prezentacji, które też objęte były ochroną, ale nie można uznać, że koncepcja prezentacji mogła być przedstawiona tylko przez jednego wykonawcę, co jest warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający powinien mieć świadomość tego występując z zapytaniem ofertowym do pięciu znanych mu potencjalnych wykonawców i dokonując następnie wyboru spośród trzech przedstawionych mu koncepcji, zaproponowanych przez różne firmy.

Ochrona praw wyłącznych, wynikająca m. in. z ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawach autorskich i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r. nr 80, poz. 904 ze zm.) uzasadnia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli są to prawa uniemożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia innym podmiotom, a więc związane z istotą zamówienia. Inna interpretacja powołanego przepisu prowadziłaby do konstatacji, że każde dzieło, z jakim związane są jakiekolwiek prawa chronione, byłoby wyłączone spod działania ustawy – Prawo zamówień publicznych, co nie jest zgodne ze wskazanymi wyżej wytycznymi interpretacyjnymi (por. Wyrok NSA z 6 kwietnia 2006 r. – I CSK 7/06 – oraz Wyrok SN z 26 kwietnia 2006 r. – II GSK 7/06). Przy tym subiektywne przekonanie zamawiającego, że konkretny wykonawca jest jedynym, który może wykonać zamówienie, nie może być podstawą do uznania, iż rzeczywiście występuje przesłanka istnienia tylko jednego wykonawcy zdolnego sprostać zamówieniu (por. Wyrok NSA z 11 września 2000 r. – II SA 2074/00).

Zamawiający mógł w rozpatrywanej sprawie udzielić zamówienia z wolnej ręki, ale po przeprowadzeniu konkursu określonego w art. 110 Pzp jeśli przyrzeczoną w nim nagrodą byłoby zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, co słusznie podniósł Rzecznik.

3. Nie można też zgodzić się, że Obwiniona popełniła zarzucony jej czyn pozostając w usprawiedliwionym błędzie co do prawa.

Z błędem co do prawa mamy do czynienia, gdy sprawca popełniając czyn nie wie, że jego czyn jest czynem zabronionym. Zgodnie z art. 23 ust. 1 uondfp, nieświadomość tego, że działanie albo zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyłącza odpowiedzialność sprawcy tylko wtedy, gdy jest ona usprawiedliwiona. O usprawiedliwionym błędzie co do prawa można mówić, gdy sprawca nie miał możliwości uniknięcia tego błędu ze względu na to, iż treść zakazu albo nakazu była dla niego niedostępna albo trudnodostępna. W komentarzach do uondfp wskazuje się, że usprawiedliwiony błąd co do prawa może mieć miejsce, jeśli mamy do czynienia z niejasną lub błędną redakcją przepisu, uniemożliwiającą jego zrozumienie i stosowanie, z częstymi i licznymi zmianami przepisów, z krótkim ich *vacatio legis*, z wejściem przepisu w życie z mocą wsteczną albo z przepisem należącym do gałęzi prawa o specjalistycznym charakterze. W rozpatrywanym przypadku wskazane wyżej okoliczności nie miały miejsca. Przepis art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp obowiązuje bez zmian od 1 lipca 2005 r. a jego redakcja nie budzi wątpliwości. Jest to też przepis, którego treść powinna być znana osobom udzielającym zamówień publicznych w imieniu jednostki sektora finansów publicznych.

Podkreślić przy tym trzeba, że w przypadku odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyłączenie odpowiedzialności z powodu usprawiedliwionego błędu co do prawa może nastąpić jedynie w wyjątkowych przypadkach. Z określenia podmiotowego i przedmiotowego zakresu tej odpowiedzialności wynika bowiem, że każdy, kto dokonuje czynności z zakresu publicznej gospodarki finansowej ma obowiązek znać zasady tej gospodarki i regulujące je przepisy. Brak ich znajomości oznacza jedynie niezachowanie ostrożności wyma-

ganej przy prowadzeniu publicznej gospodarki finansowej, co jest okolicznością obciążającą sprawcę a nie usprawiedliwiającą. Kryteria usprawiedliwienia błędu co do prawa mają charakter obiektywny, co oznacza, że nieświadomość tego, iż działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest usprawiedliwiona jeśli wzorcowy (modelowy) dysponent środków publicznych w analogicznych okolicznościach jak sprawca naruszenia również nie rozpoznałby bezprawności tego czynu. W rozpatrywanym przypadku jednak każdy, zachowujący należyłą ostrożność, udzielający zamówienia, chcąc uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych, przed podpisaniem umowy o jego udzielenie zapoznałby się z obowiązującymi przepisami Pzp i uondfp i sprawdził, czy postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia zostało przeprowadzone w sposób zgodny z wymogami prawa. Nie można więc uznać, że Pani (...) podpisując umowę na wykonanie prezentacji multimedialnej pn. „Invest in (...)”, której wykonawca został wybrany z naruszeniem przepisów Pzp określających przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki, działała w warunkach usprawiedliwionego błędu co do prawa.

Jej działanie, polegające na udzieleniu zamówienia publicznego bez sprawdzenia prawidłowości wyboru trybu w jakim zostało udzielone, z pełnym zaufaniem do prowadzących postępowanie pracowników Biura Obsługi Funduszy Urzędu (...) co do jego zgodności z prawem nosi raczej znamiona błędu co do faktu (rozbieżność między jakimś fragmentem rzeczywistości a wyobrażeniem sprawcy o niej w zakresie okoliczności stanowiącej zamię czynu zabronionego), a taki błąd odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wyłącza.

4. Ostatecznie nie ulega wątpliwości, że Obwiniona zarzucony jej czyn popełniła (przyznała to sama), że można jej przypisać winę w chwili jego popełnienia (postąpiła niezgodnie z przepisami Pzp, mimo że miała możliwość postąpienia zgodnie z nimi) oraz że popełniła ten czyn nieumyślnie (nie zachowała ostrożności wymaganej przy udzielaniu zamówienia publicznego choć możliwość popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych mogła przewidzieć). To skutkuje koniecznością przypisania jej odpowiedzialności.
5. GKO, zgodnie z dyspozycją art. 146 uondfp, zdecydowała o uznaniu Pani (...) winną popełnienia zarzuconego jej czynu i odstąpiła od wymierzenia jej kary. Za zastosowaniem wobec Obwinionej tej instytucji przemawiały, zdaniem GKO, szczególne okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jakimi były istniejąca w dacie popełnienia czynu struktura organizacyjna Urzędu (...) i podział zadań między poszczególne jego komórki organizacyjne, co zostało szeroko omówione w orzeczeniu Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu, które spowodowały, że Obwiniona działała pod wpływem błędu. Błąd ten wprawdzie nie może zostać uznany za usprawiedliwiony błąd co do prawa, a tym samym nie może wyłączać odpowiedzialności Obwinionej, ale był to błąd na tyle uwarunkowany okolicznościami, że może stanowić podstawę odstąpienia od wymierzenia Obwinionej kary. GKO uznała przy tym, że przeprowadzenie wobec Obwinionej postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych i przypisanie jej odpowiedzialności za popełnienie zarzuconego czynu stanowi dla niej wystarczającą dolegliwość i spełnia cele prewencyjne.

2.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/15/17-18/RN-6/11/840

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych:

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szelerski (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz
	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Protokolant:		Magdalena Zych

rozpoznała na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2011 r. przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Pana Pawła Laudańskiego, odwołania od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z 14 grudnia 2010 r., sygn. akt RKO-522/102/09, wniesione przez obwinionego (...) – Przewodniczącego Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) (zam. ul. (...)), obwinionego (...) – Członka Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) (zam. ul. (...)) oraz Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść obwinionego (...).

- I. Obwiniony (...) wniósł odwołanie w zakresie uznania go winnym następujących nieumyślnych naruszeń dyscypliny finansów publicznych.
- 1) Naruszenia polegającego na tym, że wspólnie z Panem (...), zawierając w dniu 29 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/44/2007 z (...) zamieszkałym w (...), na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na linii autobusowej komunikacji miejskiej 467 na obszarze Gmin (...) i (...) w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r. o wartości w cenach netto do kwoty 138.957,75 zł, udzielił zamówienia publicznego o równowartości wyrażonej w złotych przekraczającej 14.000 euro w trybie zamówienia z wolnej ręki, ze wskazaniem we wstępie umowy na podstawę prawną z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655; aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), mimo iż – jak wynika z analizy zgromadzonych w sprawie dokumentów – nie zachodziły przesłanki zastosowania tego trybu określone w powołanym wyżej przepisie. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Udzielenie określonego wyżej zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w tym

w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, stoi w sprzeczności z art. 10 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 powołanej wyżej ustawy i stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

- 2) Naruszenia polegającego na tym, że działając jako osoba wchodząca w skład trzy-osobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, uczestniczył w dniu 27 czerwca 2007 r. w podjęciu decyzji o zawarciu umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie wykonywania przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 11 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...), (...), (...) (...) i (...) nr 451, 452, 453, 454, 455, 462, 463, 465, 473, 474 i 475, wyrażonej w uchwale Nr CCXCV/181/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) z dnia 27 czerwca 2007 r., której realizacja skutkowałą naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655; aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – stanowiącym zarazem naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Na podstawie uchwały Nr CCXCV/181/2007 Zarządu Związku zawarto bowiem w dniu 27 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/45/2007 z Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w (...) ul. (...), na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na wyżej wymienionych 11 liniach autobusowych w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r. o wartości wyrażonej w cenach netto do kwoty 2.387.288,70 zł, udzielając zamówienia publicznego z wolnej ręki, ze wskazaniem we wstępie umowy na podstawę prawną z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, mimo iż – jak wynika z analizy zgromadzonych w sprawie dokumentów – nie zachodziły przesłanki zastosowania tego trybu określone w powołanym wyżej przepisie. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Wyżej określone działanie Pana (...) wyczerpuje znamiona odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 20 ust. 1, w związku z tym, że zawarcie umowy nr ZP/ZGK”KM”/45/2007 z dnia 27 czerwca 2007 r. stanowiło czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

- 3) Naruszenia polegającego na tym, że działając jako osoba wchodząca w skład trzy-osobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy odpowiedzialności

za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, uczestniczył w dniu 28 czerwca 2007 r. w podjęciu decyzji o zawarciu umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie wykonywania przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 3 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...) i (...) nr 450, 456 i 471, wyrażonej w uchwale Nr CCXCVI/184/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) z dnia 28 czerwca 2007 r., której realizacja skutkowałą naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu, ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655; aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – stanowiącym zarazem naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Na podstawie uchwały Nr CCXCVI/184/2007 Zarządu Związku zawarto bowiem w dniu 28 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/46/2007 z Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w (...) ul. (...), na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na wyżej wymienionych 3 liniach autobusowych w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r. o wartości wyrażonej w cenach netto do kwoty 723.912,50 zł, udzielając zamówienia publicznego z wolnej ręki, ze wskazaniem we wstępie umowy na podstawę prawną z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, mimo że – jak wynika z analizy zgromadzonych w sprawie dokumentów – nie zachodziły przesłanki zastosowania tego trybu określone w powołanym wyżej przepisie. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Wyżej określone działanie Pana (...) wyczerpuje znamiona odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 20 ust. 1, w związku z tym, że zawarcie umowy nr ZP/ZGK”KM”/45/2007 z dnia 27 czerwca 2007 r. stanowiło czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

- II. Obwiniony (...) wniósł odwołanie w zakresie uznania go winnym następujących nieumyślnych naruszeń dyscypliny finansów publicznych.
- 1) Naruszenia polegającego na tym, że wspólnie z Panem (...), zawierając w dniu 27 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/45/2007 z Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w (...) ul. (...), na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 11 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...), (...), (...) i (...) nr 451, 452, 453, 454, 455, 462, 463, 465, 473, 474 i 475 w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r., o wartości w cenach netto do kwoty 2.387.288,70 zł, udzielił zamówienia publicznego o równowartości wyrażonej w złotych przekraczającej 14.000 euro

w trybie zamówienia z wolnej ręki, ze wskazaniem we wstępie umowy na podstawie prawną z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655; aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), mimo iż – jak wynika z analizy zgromadzonych w sprawie dokumentów – nie zachodziły przesłanki zastosowania tego trybu określone w powołanym wyżej przepisie. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Udzielenie określonego wyżej zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, stoi w sprzeczności z art. 10 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 powołanej wyżej ustawy i stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

- 2) Naruszenia polegającego na tym, że wspólnie z Panem (...), zawierając w dniu 28 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/46/2007 z Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w (...) ul. (...) na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 3 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...) i (...) nr 450, 456 i 471 w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r. o wartości w cenach netto do kwoty 723.912,50 zł, udzielił zamówienia publicznego o równowartości wyrażonej w złotych przekraczającej 14.000 euro w trybie zamówienia z wolnej ręki, ze wskazaniem we wstępie umowy na podstawie prawną z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655; aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), mimo iż – jak wynika z analizy zgromadzonych w sprawie dokumentów – nie zachodziły przesłanki zastosowania tego trybu określone w powołanym wyżej przepisie. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Udzielenie określonego wyżej zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, stoi w sprzeczności z art. 10 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 powołanej wyżej ustawy i stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła każdemu z obwinionych za przypisane czyny karę upomnienia oraz obciążyła ich obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości po 271,67 zł.

III. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł odwołanie na niekorzyść obwinionego (...) w zakresie uniewinnienia obwinionego (...) (na podstawie art. 135 ust. 1 oraz art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 4 ustawy, polegającego na tym, iż wykonując, w imieniu jednostki jako „zamawiającego” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na linii autobusowej komunikacji miejskiej 467 na obszarze Gmin (...) i (...) w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r., kończące to postępowanie czynności polegające na podpisaniu w dniu 29 czerwca 2007 r. umowy nr ZP/ZGK”KM”/44/2007 z (...) zamieszkałym w (...), nie dopełnił wymogu złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wymagających Jego wyłączenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z unormowaniem art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655; aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

1. art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 oraz Nr 249, poz. 2104) – zwanej dalej ustawą,
2. art. 147 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy,

orzeka:

1. Utrzymuje w mocy orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w zakresie uniewinnienia obwinionego (...) (na podstawie art. 135 ust. 1 oraz art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 4 ustawy, polegającego na tym, iż wykonując, w imieniu jednostki jako „zamawiającego” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na linii autobusowej komunikacji miejskiej 467 na obszarze Gmin (...) i (...) w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r., kończące to postępowanie czynności polegające na podpisaniu w dniu 29 czerwca 2007 r. umowy nr ZP/ZGK”KM”/44/2007 z (...) zamieszkałym w (...), nie dopełnił wymogu złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wymagających Jego wyłączenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z unormowaniem art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655; aktualnie Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).
2. W pozostałym zakresie zaskarżenia przez obwinionego (...) i obwinionego (...) uchyła orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy RIO w Krakowie.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na pkt 1 niniejszego orzeczenia – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

Na pkt 2 niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie wpłynęło zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w Związku Komunalnym Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) z siedzibą w (...) przy (...) – pismo Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie z dnia 28 maja 2009 r. znak: WK-510-61/08. W dniu 3 sierpnia 2009 r. postanowieniem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (sygn. akt: RDFP 512/78/09) zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie wskazanym przez zawiadamiającego. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego rzecznik dyscypliny finansów publicznych złożył do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie wniosek o ukaranie sporządzony dnia 13 października 2009 roku. Dnia 5 listopada 2009 r. złożony został dodatkowy wniosek o ukaranie.

We wnioskach tych rzecznik wnosił o uznanie odpowiedzialnymi za naruszenia dyscypliny finansów publicznych:

- Pana (...), pełniącego od dnia 13 czerwca 2007 r. funkcję Przewodniczącego Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...),
- Pana (...), pełniącego od dnia 13 czerwca 2007 r. funkcję Zastępcy Przewodniczącego Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...),
- Pana (...), pełniącego od dnia 21 stycznia 2003 r. funkcję Członka Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...).

Pan (...) i Pan (...), zawierając w dniu 29 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/44/2007, poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164 poz. 1163 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, tj. w sprzeczności z art. 10 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 powołanej wyżej ustawy, popełnili czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu

art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwanej dalej „uondfp”.

Pan (...) i Pan (...), zawierając w dniu 27 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/45/2007, poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, tj. w sprzeczności z art. 10 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 powołanej wyżej ustawy, popełnili czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a uondfp.

Pan (...) i Pan (...), zawierając w dniu 28 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/46/2007, poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, tj. w sprzeczności z art. 10 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 powołanej wyżej ustawy, popełnili czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a uondfp.

Pan (...), podpisując w dniu 29 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK”KM”/44/2007, nie dopełnił wymogu złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wymagających jego wyłączenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z unormowaniem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Zaniechanie wypełnienia tego obowiązku nosi znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, w rozumieniu art. 17 ust. 4 uondfp.

Pan (...), działając jako osoba wchodząca w skład trzyosobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 uondfp, uczestniczył w dniu 27 czerwca 2007 r. oraz w dniu 28 czerwca 2007 r. w podjęciu decyzji o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki wyrażonej w uchwale Nr CCXCV/180/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) z dnia 27 czerwca 2007 r. i w uchwale Nr CCXCV/181/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) z dnia 27 czerwca 2007 r. oraz w podjęciu decyzji o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki wyrażonej w uchwale Nr CCXCVI/182/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) z dnia 28 czerwca 2007 r. i w uchwale Nr CCXCVI/184/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) z dnia 28 czerwca 2007 r., których realizacja skutkowałą naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu ustalonych treścią art. 67 ust. 1 ustawy Pzp (Dz.U. z 2006 r. Nr 164 poz. 1163 z późn. zm.) – w tym w szczególności przesłanek określonych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – stanowiącym zarazem naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a uondfp. Działanie Pana (...) wyczerpuje znamiona odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 20 ust. 1, w związku z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a uondfp.

Rzecznik wskazał, iż z analizy zgromadzonych w sprawie dokumentów wynika, że nie zachodziły przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.

Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655). W szczególności brak jest podstaw do uznania, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych we wnioskach o ukaranie wskazał, że obwinieni dyscyplinę finansów publicznych w powyższym zakresie naruszyli nieumyślnie i wniósł o wymierzenie kar upomnienia.

Regionalna Komisja Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie orzeczeniem z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt RKO-522/102/09 uniewinniła (pkt II Orzeczenia RKO) Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 4 uondfp oraz od zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 20 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a uondfp wobec uczestniczenia w dniu 27 i 28 czerwca 2007 r. w podjęciu decyzji Zarządu Związku w formie uchwał Nr CCXCV/180/2007 oraz CCXCVI/182/2007, które skutkowały naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek zastosowania tego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie w pkt I orzeczenia orzekła o odpowiedzialności za nieumyślne naruszenia dyscypliny finansów publicznych:

1. Pana (...) – Przewodniczącego Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...),
2. Pana (...) – Zastępcy Przewodniczącego Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...),
3. Pana (...) – Członka Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...).

Osoby te, jak uznała RKO, bądź to poprzez udzielenie zamówienia publicznego (podpisanie umów), bądź to poprzez uczestniczenie w podjęciu decyzji o zawarciu umowy w formie uchwał Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) w przypadku 3 umów na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na liniach autobusowej komunikacji miejskiej, doprowadziły do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w oparciu o podstawę prawną z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Komisja I instancji stwierdziła w orzeczeniu, że nie zachodziły przesłanki zastosowania tego trybu określone w powołanym wyżej przepisie, w szczególności brak było podstaw do uznania, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Wyżej określone działania obwinionych wyczerpały znamiona odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit

a uondfp i odpowiednio w rozumieniu art. 20 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a uondfp.

Zgodnie z pkt III orzeczenia ww. obwinieni zostali ukarani łącznymi karami upomnienia. Każdy z nich został zobowiązany do zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania, w wysokości 271,67 zł (pkt IV orzeczenia).

Skład orzekający RKO ustalił niesporny stan faktyczny.

Obwinieni o naruszenie dyscypliny finansów publicznych Pan (...) i Pan (...) zawarli w dniu 29 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK"KM"/44/2007 z (...) zamieszkałym w (...), na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na linii autobusowej komunikacji miejskiej 467 na obszarze Gmin (...) i (...) w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r., o wartości w cenach netto do kwoty 138.957,75 zł, udzielając tym samym zamówienia publicznego o równowartości wyrażonej w złotych przekraczającej 14.000 euro. Zamówienie to zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Obwinieni (...) i (...) zawarli w dniu 27 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK"KM"/45/2007 z Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w (...), na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 11 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...). (...) (...), (...) (...) i (...) nr 451, 452, 453, 454, 455, 462, 463, 465, 473, 474 i 475 w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r. o wartości w cenach netto do kwoty 2.387.288,70 zł, udzielając tym samym zamówienia publicznego o równowartości wyrażonej w złotych, przekraczającej 14.000 euro. Zamówienie to zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Obwinieni (...) i (...) zawarli w dniu 28 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK"KM"/46/2007 z Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w (...), na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 3 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...) i (...) nr 450, 456 i 471 w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r. o wartości w cenach netto do kwoty 723.912,50 zł, udzielając tym samym zamówienia publicznego o równowartości wyrażonej w złotych przekraczającej 14.000 euro. Zamówienie to zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Dalej ustalono, że obwiniony (...), podpisując w dniu 29 czerwca 2007 r. umowę nr ZP/ZGK"KM"/44/2007 z (...) zamieszkałym w (...) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykony-

wanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na linii autobusowej komunikacji miejskiej 467 na obszarze Gmin (...) i (...) w okresie od 1 lipca 2007 r. do 30 czerwca 2008 r., nie złożył oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wymagających jego wyłączenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto, obwiniony (...), działając jako osoba wchodząca w skład trzyosobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy uczestniczył w dniu 27 czerwca 2007 r. w podjęciu uchwały Nr CCXCV/180/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...), dotyczącej zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 11 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...), (...), (...) i (...) nr 451, 452, 453, 454, 455, 462, 463, 465, 473, 474 i 475.

Pan (...), obwiniony o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, działając jako osoba wchodząca w skład trzyosobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 uońdfp, uczestniczył w dniu 28 czerwca 2007 r. w podjęciu uchwały Nr CCXCVI/182/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...), dotyczącej zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 3 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...) i (...) nr 450, 456 i 471.

Obwiniony (...), działając jako osoba wchodząca w skład trzyosobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 uońdfp, uczestniczył w dniu 27 czerwca 2007 r. w podjęciu uchwały Nr CCXCV/181/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) dotyczącej zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie wykonywania przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 11 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...), (...), (...) i (...) nr 451, 452, 453, 454, 455, 462, 463, 465, 473, 474 i 475.

Obwiniony (...), działając jako osoba wchodząca w skład trzyosobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 uońdfp, uczestniczył w dniu 28 czerwca 2007 r. w podjęciu uchwały Nr CCXCVI/184/2007 Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) dotyczącej zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w przedmiocie wykonywania przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym na 3 liniach autobusowych komunikacji miejskiej na obszarze Gmin (...), (...) i (...) nr 450, 456 i 471.

Komisja I instancji nie miała wątpliwości co do zarzutów stawianych obwinionym Panu (...), Panu (...) i Panu (...), które to zarzuty zostały opisane w pkt 1–3 podstawowego wniosku o ukaranie. Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła naruszenie wskazanych przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przepisów ustawy Pzp (art. 67 ust. 1 pkt 3, art. 10 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp), co skutkowało także stwierdzeniem odpowiedzialności, z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uońdfp, osób wskazanych jako obwinione. Wszystkie trzy umowy zostały zawarte po przeprowadzeniu postępo-

wania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Pierwsza z wymienionych umów została zawarta przez obwinionych – (...) i (...), druga przez (...) i (...) oraz trzecia przez (...) i (...).

Komisja Orzekająca I instancji nie zgodziła się z twierdzeniem, że w stanie faktycznym tej sprawy istniała prawna możliwość udzielenia zamówień publicznych w trybie zamówień z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. O ile można zgodzić się ze stanowiskami obwinionych, że mieli oni w niniejszym przypadku do czynienia z wyjątkową sytuacją po stronie zamawiającego oraz z tym, że na dzień podpisywania umów z wybranymi wykonawcami nie można było zachować terminów dla przeprowadzenia postępowań i udzielenia zamówień w innych ustawowych trybach, to pozostałe warunki składające się kompleksowo i nieodłącznie na treść przesłanki ustawowej do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie zostały – zdaniem Komisji Orzekającej I instancji – wypełnione. Nie można zgodzić się z tezą, że ta wyjątkowa sytuacja, przed którą stanął zamawiający i działający w jego imieniu obwinieni (konieczność zabezpieczenia komunikacji miejskiej na piętnastu liniach) jest niezawiniona przez zamawiającego. Nie można też stwierdzić, że sytuacja zaistniała w czerwcu 2007 r. nie była możliwa wcześniej do przewidzenia. Zamawiający (Związek Komunalny Gmin) po doświadczeniach związanych z przeprowadzeniem wcześniejszych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, które kończyły się ich unieważnieniem z powodu braku środków finansowych na realizację przedsięwzięcia, nie wyciągnął żadnych wniosków co do finansowania zamówienia na usługi komunikacyjne.

Jeden z warunków umożliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wskazuje na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Ta przesłanka wyraźnie odnosi się do wyjątkowości sytuacji, w której ustawodawca zastrzegł możliwość stosowania trybu zamówienia w wolnej ręki, ograniczając ją wyłącznie do sytuacji nagłej, związanej koniecznością zabezpieczenia doraźnej potrzeby zamawiającego wynikającej z jakiegoś nagłego działania, nagłej sytuacji. Stosowanie tej przesłanki wiąże się zatem z działaniem np. siły wyższej i zapobieżeniu skutkom działania takiej siły, czy też związane jest z zabezpieczeniem polegającym na zapobieżeniu jakiejś katastrofie, czy też zabezpieczeniu zdrowia, czy życia ludzkiego, jeśli jego zagrożenie wynika z jakiś działań o charakterze nagłym. Określenie, którym posługuje się ustawodawca: „natychmiastowe wykonanie zamówienia” świadczy o konieczności wykonania zamówienia od razu dla zabezpieczenia wskazanych powyżej przykładowych potrzeb zamawiającego. W tym zakresie nie mieści się zatem realizacja usługi świadczenia przewozów regularnych w okresie jednego roku. Powyższy zakres i natura zamówienia nie ma charakteru doraźnego, a tylko na taki wskazuje dyspozycja art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Regionalna Komisja Orzekająca potwierdziła ustalenia dokonane przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych w tym zakresie i stwierdziła brak możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzieleniu wska-

zanych zamówień na podstawie przywołanych powyżej umów. Komisja ta wskazała, że dla ustalenia odpowiedzialności osób wskazanych we wniosku o ukaranie, jako obwinieni, istotne jest też wskazanie, że Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) jest jednostką zaliczoną na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych do katalogu jednostek sektora finansów publicznych. Tym samym Związek Komunalny Gmin był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzielaniu zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane, stosownie do dyspozycji art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy – Pzp. Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, że niewątpliwie odpowiedzialnymi w tym zakresie są obwinieni wskazani we wniosku o ukaranie (wniosek podstawowy), tj. Pan (...), Pan (...) i Pan (...). Osoby te jako udzielające poszczególnych zamówień publicznych (podpisując umowy z wykonawcami) ponoszą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 19 ust. 1 uondfp). Wskazane osoby wchodzi w skład organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych, tym samym mieszczą się w dyspozycji art. 4 pkt 1 uondfp. Osobom tym także można przypisać winę nieumyślną (art. 19 ust. 2 i art. 22 ust. 1 i 3 uondfp) z tytułu popełnienia czynu.

Co do zarzutu stawianego obwinionemu (...), który to zarzut został opisany w pkt 4 podstawowego wniosku o ukaranie, Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła brak naruszenia wskazanego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przepisu ustawy Pzp (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), co skutkowało także stwierdzeniem braku odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 4 uondfp.

Komisja I instancji uniewinniając Pana (...) od stawianego mu zarzutu oparła swoje rozstrzygnięcie na art. 24 ust. 1 ustawy uondfp i zastosowała nowy reżim prawny; obowiązujący w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W świetle aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności nowej definicji postępowania o udzielenie zamówienia, wprowadzonej do przepisów ustawy Pzp ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), w art. 2 pkt 7a ustawy – Pzp, opisane przez rzecznika zachowanie obwinionego nie nosi znamion czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 4 uondfp. Zgodnie z nową definicją postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, rozpoczynające się – w zależności od trybu, w którym prowadzone jest to postępowanie – od publicznego ogłoszenia bądź zaproszenia do składania ofert, czy negocjacji, kończy się czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. udzieleniem zamówienia.

Powyższe stanowisko potwierdza także opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pozyskana w przedmiotowym postępowaniu przez Komisję Orzekającą na podstawie art. 92 i art. 86 uondfp.

Tym samym zatem, skoro czynność podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli udzielenia zamówienia publicznego, aktualnie nie jest objęta obowiązkiem złożenia wymaganego oświadczenia w świetle art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, brak jest także możliwości przypisania tak odpowiedzialności za ten czyn wskazanej osobie, jak i winy. Komisja Orzekająca I instancji uznała, że

w świetle aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp opisane zachowanie nie nosi znamion czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 4 ustawy ndfp.

Co do zarzutów stawianych obwinionemu (...), które to zarzuty zostały opisane w pkt 5 i 6 podstawowego wniosku o ukaranie, Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła brak odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 20 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uondfp. Pan (...), działając jako osoba wchodząca w skład trzyosobowego Zarządu jednostki – organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 pkt 1 uondfp, uczestniczył w podjęciu decyzji:

- 1) uchwały Nr CCXCV/180/2007 Zarządu Związku;
- 2) uchwały Nr CCXCVI/182/2007 Zarządu Związku

– o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym poprzez podpisanie uchwał Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...). Przywołane uchwały odnoszą się do czynności wyboru trybu udzielenia zamówienia i czynności powołania komisji przetargowej. Te czynności zaś nie mieszczą się w żaden sposób w dyspozycji art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uondfp.

Skład Orzekający I Instancji co do zarzutów stawianych obwinionemu (...), odnoszących się do dwóch uchwał Zarządu Związku, podjętych przez Pana (...), tj.:

- 1) uchwały Nr CCXCV/181/2007 Zarządu Związku;
- 2) uchwały Nr CCXCV/184/2007 Zarządu Związku;

– stwierdził odpowiedzialność obwinionego z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 20 ust. 1 uondfp.

Komisja Orzekająca I instancji, rozpoznając wskazane zarzuty doszła do przekonania, że obwiniony jest winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co do czynów określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uondfp i z tego tytułu ponosi odpowiedzialność na zasadach wynikających z art. 20 ust. 1 uondfp.

Dalej uzasadniono, że art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uondfp stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówień. Jak wynika z rozstrzygnięcia Komisji co do zarzutów opisanych w pkt 1–2 podstawowego wniosku o ukaranie i uzasadnienia orzeczenia w tym przedmiocie (część I uzasadnienia RKO), doszło do udzielenia zamówienia na wykonywanie przewozów na liniach autobusowych komunikacji miejskiej, na podstawie zawartych w tym zakresie umów w dniach – odpowiednio 27 i 28 czerwca 2007 r. umowa nr ZP/ZGK”KM”/45/2007 i umowa nr ZP/ZGK”KM”/46/2007. Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła w tym przypadku brak zachowania przesłanek do udzielenia zamówień w trybie z wolnej ręki w oparciu o podstawę prawną, wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – Pzp. Dyspozycja art. 20 ust. 1 uondfp obejmuje sytuację związaną z uczestnictwem w podejmowaniu uchwały, która zawiera polecenie lub upoważnia do popełnienia czynu. Przywoływane przez Rzecznika czyny mieszczą

się – jak wskazano powyżej – w dyspozycji art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uońdftp, który to przepis odwołuje się do czynności udzielenia zamówienia. Uchwały Zarządu Związku Komunalnego „Komunikacja Międzygminna” w (...) (uchwała nr CCXCV/181/2007 z dnia 27 czerwca 2007 r. i uchwała Nr CCXCV/184/2007 z dnia 28 czerwca 2007 r.) dotyczyły bowiem czynności zawarcia umów o zamówienie w trybie zamówień w wolnej ręki. Były to uchwały zobowiązujące do zawarcia umów, czyli udzielenia zamówień, które zostały podjęte w obydwu przypadkach jednoosobowo przez Pana (...), który nie złożył w tym zakresie sprzeciwu.

Tym samym też wskazana osoba, jako osoba wchodząca w skład organu wykonującego plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych, która stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest zobowiązana do stosowania przepisów ustawy Pzp, ponosi odpowiedzialność w trybie art. 20 ust. 1 i art. 19 ust. 3 uońdftp z winy nieumyślnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym stanowi art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uońdftp.

Od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z 14 grudnia 2010 r., sygn. akt RKO-522/102/09, wniesiono:

- w dniu 28 stycznia 2011 r. odwołanie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie na niekorzyść obwinionego (...),
- w dniu 10 lutego 2011 r. odwołanie obwinionego (...) – Członka Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...).
- w dniu 11 lutego 2011 r. odwołanie obwinionego (...) – Przewodniczącego Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...).

Środkiem odwoławczym Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych zaskarża orzeczenie RKO w części dotyczącej rozstrzygnięcia zawartego w pkt II ppkt 1 tego orzeczenia, którym uniewinniono Pana (...), Przewodniczącego Zarządu Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 4 uońdftp, w ten sposób, że podpisując w dniu 29 czerwca 2007 r. umowy nr ZP/ZGK”KM”/44/2007 z (...) zamieszkałym w (...), nie dopełnił wymogu złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności wymagających Jego wyłączenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z unormowaniem art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Oskarżyciel zarzucił błędną wykładnię przepisu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp oraz związaną z tym interpretację obowiązku określonego w art. 17 ust. 2 tej ustawy i wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przedmiotowej sprawy przez Główną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Rzecznik domagał się wydania rozstrzygnięcia co do istoty sprawy w formie nowego orzeczenia zmieniającego w zaskarżonej części orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji, poprzez uznanie obwinionego winnym zarzucanego mu czynu, bez orzekania o karze (art. 146 ust. 2 uońdftp).

Rzecznik argumentował, iż Komisja Orzekająca I instancji wywiodła z dyspozycji zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp daleko idące wnioski, które nie znajdują potwierdzenia w literalnej wykładni wskazanego przepisu ustawy.

Wnoszący odwołania twierdzi, że niezbędnym elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia publicznego, jako zrealizowanie celu prowadzonego postępowania, co następuje w momencie formalnego zlecenia wykonawcy realizacji zamówienia w drodze pisemnej umowy zawieranej z wybranym. Literalna wykładnia wskazanego przepisu, pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że czynność zawarcia umowy (udzielenia zamówienia) jest momentem, w którym definitywnie kończy się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego („wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa”).

Rzecznik zasygnalizował, iż przyjęcie przez Komisję Orzekającą, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie podpisaniem umowy (udzieleniem zamówienia) prowadzi do sytuacji, w której osoba udzielająca zamówienia nie podlega weryfikacji ustawowej w zakresie zasady bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania, wyrażonej w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp. Zlecając wykonanie określonych dostaw, usług, czy robót budowlanych konkretnemu wykonawcy kierownik jednostki jako zamawiającego (bądź inna osoba upoważniona do występowania w imieniu jednostki) nie musiałby składać oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1 art. 17 ustawy – Pzp i tym samym nie podlegałyby wyłączeniu z podejmowania takich czynności w postępowaniu, gdyby pomiędzy nim a wykonawcą istniał określony stosunek rodzinny, osobisty, czy prawny, wskazujący na możliwość nieobiektywnego zachowania danej osoby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym kontekście Rzecznik nie podzielił stanowiska Komisji I instancji, gdyż, uwzględniając powyższe, trudno byłoby także zaakceptować pogląd o wyborze najkorzystniejszej oferty, jako czynności kończącej postępowanie również w kontekście obowiązku przestrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp. Oznaczałoby to, że we wszystkich czynnościach podejmowanych przez zamawiających po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej nie stosuje się zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający natomiast zasady te stosuje, kiedy „przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia” (art. 7 ust 1 Pzp).

W dalszej części oskarżyciel powołuje się na dorobek orzecznictwa z lat 2006–2008, z którego wywodzi, iż nieuzasadnione było uniewinnienie Pana (...) od zarzucanego mu czynu niezłożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1 art. 17 ustawy – Pzp.

Pozostałe dwa odwołania są zbliżone w swojej treści i tak:

- obwiniony (...) wnosi o uchylenie orzeczenia RKO i uniewinnienie,
- obwiniony (...) wnosi o uchylenie orzeczenia RKO, rozpatrzenie na jego korzyść wniosków rzecznika finansów publicznych i uniewinnienie od zarzutu nieumyśl-

nego naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz o sprostowanie dotyczące pracodawcy obwinionego.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono, że Komisja Orzekająca I instancji powinna wskazać, na czym zawinienie polega, a także wskazać, jak w tej konkretnej sytuacji powinien zachować się obwiniony, rozważyć czy mógł zachować się inaczej. W dalszej części jednego i drugiego odwołania, wskazano iż w uzasadnieniu orzeczenia nie wskazano okoliczności, które RKO wzięła pod uwagę przy wymiarze kary.

Bezpodstawną i sprzeczną z zebrany materiał dowodowy, zdaniem obwinionych, jest dokonana przez Komisję I Instancji interpretacja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Komisji, zastosowanie trybu wskazanego w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe tylko wtedy, gdy np. wiąże się to z działaniem siły wyższej, zabezpieczeniem zdrowia czy życia ludzkiego. Zdaniem obwinionych jest to interpretacja zbyt daleko idąca. Komisja Orzekająca, rozpatrując przedmiotową sprawę, nie wzięła pod uwagę specyfiki zamówienia, nie uwzględniła również społecznego aspektu konieczności wykonania zamówienia jako usługi o charakterze użyteczności publicznej, czyli powszechnie dostępnej usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego wykonywanej w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności na danym obszarze.

W dalszej części swoich odwołań obwiniony, (...) i (...), skonstatowali, że działanie Zarządu Związku Komunalnego było racjonalne i uzasadnione. Świadczyć za tym na to, że w nowej ustawie o publicznym transporcie zbiorowym ustawodawca przewidział możliwość nie stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy wystąpi zakłócenie w świadczeniu usług publicznego transportu zbiorowego lub bezpośrednie ryzyko powstania takiej sytuacji zarówno z przyczyn zależnych, jak i niezależnych od operatora (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym – Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13).

Dodatkowo obwiniony podniósł, iż Regionalna Komisja Orzekająca wskazała jako pracodawcę obwinionego (...) Urząd Miasta i Gminy w (...), co jest oczywistym błędem. Przewodniczący Zarządu Związku jest pracownikiem tegoż Związku. Pracodawcą obwinionego (...) jest Związek Komunalny Gmin – Komunikacja Międzygminna w (...) (...). Stąd wniosek o sprostowanie orzeczenia.

W toku rozprawy przed Komisją II Instancji w dniu 14 kwietnia 2011 r. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wskazał, że podtrzymuje odwołanie na niekorzyść obwinionego (...). W przypadku odwołań autorstwa obwinionych nie dopatrywał się argumentów wskazujących na zasadność wydania odmiennego orzeczenia niż uczyniła to RKO. W opinii rzecznika brak było podstaw do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – Pzp i udzielenie zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki. Gdyby nawet uznać, że zaszła sytuacja, w której nie można było pozostawić bez transportu linii objętych zarzutem, to można było zawrzeć umowę np. na trzy miesiące, a w tym czasie udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym. Rozprawa została przeprowadzona pod nieobecność obwinionych.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału

dowodowego ujętego w aktach sprawy, postanowiła uchylić zaskarżone orzeczenie w części i uniewinnić obwinionego, a częściowo uchylić orzeczenie i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie.

Skład orzekający Komisji uznał, że odwołanie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść obwinionego (...) nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż argumentacja w nim zaprezentowana nie dostrzega istotnej zmiany w przepisach prawa, jaką było wprowadzenie legalnej definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prawo zamówień publicznych to kompleksowa i usystematyzowana regulacja ustawowa kształtująca szczególną gałąź systemu prawa, jaką są zamówienia publiczne. Zasadnicza część tej regulacji wyznacza podmiotom gospodarującym środkami publicznymi ograniczenie w zakresie swobody zawierania umów. Innymi słowy, zawarcie umowy cywilnoprawnej – udzielenie zamówienia publicznego – jest obwarowane koniecznością poprzedzenia tej czynności prawnej szeregiem czynności zwanych łącznie postępowaniem o udzielenie zamówienia. Jak stanowi podstawowa zasada Prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 3, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Proces ten został uregulowany w ustawie Prawo zamówień publicznych w dziale II noszącym tytuł *Postępowanie o udzielenie zamówienia*. Już z samej analizy tych przepisów wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia rozpoczyna się w momencie uzewnętrznienia woli zamawiającego co do chęci nabycia dostawy, usługi albo roboty budowlanej (por. art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1, art. 60c ust. 1, art. 75 ust. 1 ustawy Pzp). Od tego momentu mamy do czynienia z czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Główna Komisja Orzekająca zauważa, że ostatnią czynnością postępowania jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz podanie do publicznej wiadomości informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 91 i 92 ustawy Pzp), względnie unieważnienie postępowania (art. 93 ustawy Pzp). Czynności uprzednie i następne nie są już postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Ustawodawca zdecydował się jednakże na wyraźne zaznaczenie co składa się na postępowanie o udzielenie zamówienia, a co nie. Stosowne zapisy wprowadzono ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 7 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, pod pojęciem „postępowania o udzielenie zamówienia” należy rozumieć 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. Projektodawca nowej regulacji wskazywał wprost w uzasadnieniu, iż *zaproponowana definicja legalna „postępowania o udzielenie zamówienia” określa wyraźnie ramy czasowe oraz cel procedur przewidzianych w ustawie – Prawo zamówień publicznych wskazując, iż rozpoczynają się one odpowiednio ogłoszeniem lub zaproszeniem do negocjacji, a ich zakończeniem jest wybór oferty najkorzystniejszej albo wynegocjo-*

wanie postanowień umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Określenie w ustawie zdarzeń rozpoczynających oraz kończących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pozwala na określenie czynności, które są częścią tego postępowania, co ma istotne znaczenie, albowiem wyznacza m.in. zakres zaskarżenia środkami ochrony prawnej (por. art. 180 ust. 1) oraz podleganiu wyłączeniu z postępowania (por. art. 17).

GKO ocenia, iż to wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (wybór oferty najkorzystniejszej) jest czynnością, do osiągnięcia której ma doprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia i na tym się zakończyć. Z reguły po wyborze oferty najkorzystniejszej dochodzi do zawarcia umowy, co nie stoi w sprzeczności z definicją legalną „postępowania o udzielenie zamówienia”. W przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki konieczne jest wynegocjowanie postanowień umowy, w myśl zasady, zgodnie z którą negocjuje się umowę do czasu, aż wszystkie jej postanowienia zostaną uzgodnione przez umawiające się strony stosunku prawnego. Czynności te są zarazem ostatnimi, przy dokonaniu których wymagana jest formalna kontrola zachowania obiektywizmu i bezstronności po stronie zamawiającego. Narzędziem, które ma zapewnić realną realizację tej zasady jest składanie prawem wymaganych oświadczeń (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp). Osoba, która odbiera tego typu oświadczenia jest zobowiązana do podjęcia decyzji o wyłączeniu osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia o ile zachodzą ku temu przesłanki ustawowe. Odrzucić zatem można twierdzenie, że czynności polegające na przygotowaniu umowy, a w szczególności samo podpisanie umowy ze strony zamawiającego, muszą być wykonywane przez osoby nie podlegające wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Obiektywizm tych osób nie podlega weryfikacji przewidzianej dla osób biorących czynny udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W toku postępowania przed Komisją I instancji zagadnienie to stało się podstawą wystąpienia o opinię prawną do kompetentnego organu administracji rządowej, która następnie stała się podstawą do uniewinnienia obwinionego (...).

Główna Komisja Orzekająca w pełni podziela pogląd zaprezentowany w opinii wydanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym obowiązek złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia, o którym mowa w art. 17 ustawy Pzp, nie dotyczy osób podpisujących umowę w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązek złożenia takiego oświadczenia w świetle wyraźnego brzmienia przepisów art. 17 ust. 1 ustawy Pzp związany jest bowiem jedynie z faktem wykonywania czynności w postępowaniu, a jak już wyżej skazano, zawarcie umowy nie jest czynnością w postępowaniu.

Skład orzekający w niniejszej sprawie nie może zaakceptować, że oskarżyciel powołuje się na orzecznictwo komisji z lat 2006–2008, które kształtowało się zanim jeszcze weszła w życie ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Jest to błędna argumentacja.

Mając na uwadze analizę definicji legalnej pojęcia „postępowanie o udzielenie zamówienia”, wspartą systematyką ustawy oraz celowością dokonanej nowelizacji przepisów Prawa zamówień publicznych, jak również wykładnię Prawa dokonaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, GKO orzekła jak w punkcie 1.

Główna Komisja Orzekająca doszła do wniosku, że orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z 14 grudnia 2010 r., sygn. akt RKO-522/102/09 w zakresie zaskarżonym przez obwinionego (...) i obwinionego (...) nie może się ostać.

Rozstrzygając kwestie naruszeń ustawy określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b uondfp, Główna Komisja Orzekająca uznała, że w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje inny stan prawny niż w czasie dokonania naruszenia, jak również w czasie orzekania w I instancji. Zmiany norm prawnych w obszarze publicznego transportu zbiorowego weszły w życie z dniem 1 marca 2011 r.

Już wstępna ocena przepisów art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13) wskazuje, że wprowadzone zostały przepisy o charakterze stanowiącym wyjątek od reguły polegającej na wyborze operatora w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Przy spełnieniu warunków ustawowych zdefiniowanych w punktach 1–4 ww. art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym możliwe jest bezpośrednie zawarcie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Jak określa to dalej w art. 22 ust. 9 do bezpośredniego zawarcia umowy nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, z wyłączeniem art. 35 (ustalenie wartości zamówienia).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, mając na względzie art. 24 ust. 1 uondfp, Główna Komisja Orzekająca uznała, że wymagane jest przeprowadzenie nowych dowodów mających na celu ustalenie, czy wobec organizatora publicznego transportu zbiorowego, tj. Związku Komunalnego Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...), zaistniały okoliczności przewidziane w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym oraz w dalszej kolejności w art. 22 ust. 1 pkt 4 tej ustawy. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego może się jednak okazać, że w nowym porządku prawnym ww. organizator nie miałby obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych do wyboru wykonawcy zamówienia. Wobec czego nie można orzec wobec obwinionych naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b uondfp.

Stosownie do art. 145 ust. 1 uondfp, Główna Komisja Orzekająca rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania. Tylko w wyjątkowych przypadkach możliwe jest przeprowadzenie postępowania dowodowego (art. 145 ust. 2). Na podstawie materiału dowodowego, jaki jest w dyspozycji Głównej Komisji Orzekającej, nie można ustalić, czy w sprawie możliwe jest zastosowanie przepisów nowych i jednocześnie względniejszych. Skład orzekający w aktach sprawy odnalazł jedynie informacje o przeprowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz był w stanie fragmentarycznie ustalić wartość szacunkową usług zamawianych przez Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” w (...) na wykonywanie przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym.

Główna Komisja Orzekająca przekazując sprawę do I Instancji, wskazuje na konieczność zapoznania się przez komisję orzekającą z wyżej wymienioną regulacją prawną

wraz z uzasadnieniem do projektu tej ustawy oraz przeprowadzenie postępowania dowodowego we wskazanym poniżej zakresie:

1. czy średnia wartość roczna przedmiotu umowy jest mniejsza niż 1.000.000 euro lub świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego dotyczy świadczenia tych usług w wymiarze mniejszym niż 300 000 kilometrów rocznie,
2. czy wystąpiło zakłócenie w świadczeniu usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego lub bezpośrednie ryzyko powstania takiej sytuacji zarówno z przyczyn zależnych, jak i niezależnych od operatora, o ile nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zawarcia umowy o świadczenie publicznego transportu zbiorowego, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r.

Ocena tych okoliczności w świetle art. 22 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym powinna stać się podstawą nowego orzeczenia.

Główna Komisja Orzekająca, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania, kierowała się ponadto, zasadą gwarantującą obwinionym prawo do obrony w postępowaniu dwuinstancyjnym.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 145 ust. 2 uodnfp, postanowiono jak w punkcie 2. sentencji.

3.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 18 kwietnia 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/17/20/11/937

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Kaczorkiewicz (spr)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Alfred Beszterda</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marcin Krzywoszyński</i>
Protokolant:		<i>Wioletta Domińska-Stec</i>

rozpoznała na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2011 r. – przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Pawła Laudańskiego – odwołanie wniesione przez obwinionego (...) – pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję dyrektora Miejskiego Zakładu Komunikacji (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z 14 stycznia 2011 r., sygn. akt: DB-0965/127/10.

Zaskarżonym orzeczeniem uznano (...) winnym nieumyślnego popełnienia następujących czynów przy udzieleniu w dniu 3 września 2008 r. zamówienia publicznego na sprzedaż i dostawę olejów do autobusów komunikacji miejskiej:

1. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy – (...), która została wybrana jako najkorzystniejsza, jako niezgodnej z treścią SIWZ, co miało wpływ na wynik postępowania, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.),

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

2. opisanu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia parametrów 5 olejów w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie na konkretny produkt firmy BP, pomimo istnienia możliwości opisanu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, z naruszeniem art. 29 ust. 2 i 3 i art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz

3. niedokładnym i niezrozumiałym określeniu parametrów fizykochemicznych jednego z olejów, uniemożliwiającym złożenie oferty odpowiadającej przedmiotowi zamówienia określonego w SIWZ, co stanowiło o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenia art. 29 ust. 1 art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych,

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła go obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 271,67 zł.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy,
- art. 78 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 78 ust. 3

orzeka:

1. Uchyla zaskarżone orzeczenie w części przypisania odpowiedzialności i wymierzenia kary obwinionemu (...).
2. Uznaje (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu 3 września 2008 r. zamówienia publicznego na sprzedaż

i dostawę olejów, którego przedmiot zamówienia w zakresie syntetycznego oleju przekładniowego /SAE 75W-90/ został określony w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i w wyniku zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez (...), tj. o czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidziane w art. 17 ust.1 pkt. 3 i 4 ustawy.

3. Uniewinnia (...) od zarzutu popełnienia pozostałych czynów przypisanych mu w orzeczeniu I instancji.
4. Na podstawie art. 36 ustawy odstępuje od wymierzenia kary obwinionemu.
5. Utrzymuje zaskarżone orzeczenie w części dotyczącej obciążenia obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

W dniu 3 września 2008 r. Miejski Zakład Komunikacji (...) zawarł z firmą (...) umowę na sprzedaż i dostawę olejów silnikowych dla autobusów komunikacji miejskiej. Umowa przewidywała dostawę pięciu rodzajów oleju:

- a) wielosezonowego mineralnego oleju do silników Euro0 – Euro3 klasy 15W-40 wedle klasyfikacji Stowarzyszenia Inżynierów Motoryzacji /dalej „SAE” – Society of Automotive Engineers/,
- b) wielosezonowego, syntetycznego oleju do silników Euro4 – klasy SAE 5W-30,
- c) wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego spełniającego normy Man 3343 i Scania STO 1:0 klasy SAE 80W-90,
- d) syntetycznego oleju przekładniowego spełniającego normy Man 3343 i Scania STO 1:0 klasy SAE 75W-90 oraz
- e) wielosezonowego mineralnego oleju do automatycznych skrzyń biegów spełniającego normy Man 339 i Voith G 607. Ten ostatni pozbawiony był oznaczenia klasy SAE /nie stosowanego w olejach do skrzyń/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie określała nazw olejów podlegających dostawie, lecz określała szczegółowo parametry fizykochemiczne i atesty, jakie mają spełniać poszczególne rodzaje olejów. Szczególnie ważne dla niniejszego postępowania było wskazanie granicznych wartości lepkości kinematycznej dla temperatur

40 st C i 100 st C, minimalnej temperatury zapłonu /dalej „COC”/ oraz temperatury przemiany oleju z formy płynnej w stałą określanej w SIWZ bądź to jako „temperatury płynięcia” bądź to jako „temperatury utraty płynności”. Zamawiający zastrzegł, iż dopuszczalna jest dostawa dowolnych produktów spełniających wskazane kryteria pod warunkiem zapewnienia pełnej mieszalności z olejami obecnie używanymi w jednostce; mieszalność miała być potwierdzona zaświadczeniem laboratorium posiadającego certyfikat PCA /Polskiego Centrum Akredytacji/. Do każdej z pożądanych kategorii olejów Zamawiający wskazał w SIWZ, jakie oleje obecnie są używane w jednostce.

W postępowaniu zostały zgłoszone dwie oferty. Pierwsza z nich – złożona przez firmę (...) została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, czyli z powodu złożenia oferty przez wykonawcę, który został wykluczony z postępowania. Drugą ofertę zgłosiła firma (...) i z tą firmą został zawarty kontrakt. Oferta firmy (...) w zakresie wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego klasy SAE 80W-90 zawierała propozycję dostarczenia oleju BP Energear HT GL 1-5 80W-90, który nie spełniał wymogów określonych w SIWZ ani w zakresie lepkości kinematycznej dla temperatury 40 st. C /168 mm²/s zamiast wymaganych maksymalnie 153 mm²/s/ ani w zakresie COC /214 st. C zamiast wymaganych minimum 220 st. C/.

Okoliczność ta, fakt bardzo szczegółowego określenia parametrów fizykochemicznych olejów, wskazanie w SIWZ nazw olejów używanych w jednostce pokrywających się z olejami objętymi podpisaną umową, a także brak zastrzeżenia o dopuszczeniu ofert równoważnych wzbudził wątpliwości Urzędu Zamówień Publicznych, który wszczął kontrolę oraz zlecił wykonanie opinii biegłego. Biegły ocenił 32 oleje i stwierdził, iż wymogów w zakresie oleju SAE 80W-90 nie spełnia żaden z przebadanych olejów, zaś wymogi dotyczące pozostałych czterech typów olejów spełniają wyłącznie te, które zostały zaproponowane przez oferenta. Co istotne w sprawie biegły podkreślił, iż ocenił właściwości 32 olejów na podstawie informacji technicznych zawartych w kartach produktów producentów natomiast nie wskazał w opinii, jakie oleje zostały przezeń ocenione ograniczając się do wskazania wyłącznie producentów, od których uzyskał informacje. Na podstawie opinii biegłego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych skierował do rzecznika dyscypliny finansów publicznych zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych polegającym na:

- a) zaniechaniu odrzucenia oferty (...) mimo, iż była ona niezgodna z SIWZ a więc o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP,
- b) opisie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt czyli naruszeniu art. 29 ust. 2 i 3 PZP i pominięciu dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych w odniesieniu do 4 rodzajów olejów oraz
- c) określeniu parametrów fizykochemicznych jednego z olejów /SAE 80W-90/ w sposób uniemożliwiający złożenie poprawnej oferty czyli z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy.

Wnioskiem o ukaranie z 1 października 2010 r. rzecznik przedstawił analogiczne do zawartych w zawiadomieniu zarzuty wobec osoby podpisującej umowę w imieniu zamawiającego tj. (...). W ramach dostosowania stawianych zarzutów do specyfiki odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych rzecznik wskazał,

iż czyny te stanowią naruszenie, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy. Dodatkowo wskazał, iż naruszenia procedury zamówień publicznych miały wpływ na wynik postępowania, gdyż wobec odrzucenia oferty firmy (...) oferta (...) była jedyną ofertą i jej odrzucenie zgodnie z obowiązującymi przepisami skutkować powinno unieważnieniem całego postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP. Rzecznik wskazał, iż czyny zostały popełnione nieumyślnie i wniósł o ukaranie karą upomnienia. W wyjaśnieniach obwiniony wskazał, iż olej typu SAE 80W-90 wybranego ostatecznie oferenta nie spełniał wymogów SIWZ, gdyż skutek oczywistej omyłki pisarskiej określono wartości oczywiście błędne, których nie spełniają żadne produkty, a co za tym idzie nie mógł ich spełniać również oferowany olej. Dowodem na tę okoliczność miałyby być fakt, iż żaden z potencjalnych oferentów nawet nie próbował oprotestowywać wskazanych wymogów. Obwiniony wskazał, iż nie doszło do uszczerbku w środkach publicznych, a co za tym idzie szkodliwość jego czynu jest znikoma. Wskazał również, iż olej, który nie spełnia wymogów SIWZ to niewielka część zamówienia sięgająca zaledwie około 10% wartości. Wskazywał, iż wedle jego wiedzy wymogi w zakresie pozostałych olejów spełniają również inne produkty. W zakresie tym obwiniony nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych.

Komisja orzekająca I instancji nie uwzględniła powyższych wyjaśnień. Przypisała obwinionemu odpowiedzialność za zarzuty wskazane w we wniosku o ukaranie w formie nieumyślnej i ukarała go karą upomnienia.

Z orzeczeniem powyższym nie zgodził się obwiniony. Do odwołania dołączył szereg dokumentów w charakterze dowodów na okoliczność spełniania wymogów określonych w SIWZ przez inne produkty niż zaproponowane przez oferenta. Przy czym dowody te dotyczą wielosezonowego mineralnego oleju do silników Euro0 – Euro3 klasy SAE 15W-40, wielosezonowego, syntetycznego oleju do silników Euro4 – klasy SAE 5W-30 oraz syntetycznego oleju przekładniowego spełniającego normy Man 3343 i Scania STO 1:0 klasy SAE 75W-90. Obwiniony podtrzymał pogląd o oczywistej omyłce pisarskiej w SIWZ. Wniósł o uniewinnienie go od zarzucanych czynów ewentualnie umorzenie postępowania ze względu na znikomą szkodliwość czynu dla ładu finansów publicznych.

Uwzględniając fakt, iż zgromadzone przez Komisję I instancji dowody nie wystarczają dla ustalenia stanu faktycznego ani oceny prawnej sprawy GKO zdecydowała na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy przeprowadzić postępowanie dowodowe zarówno w zakresie wniosków dowodowych zgłoszonych przez strony, jak i z urzędu. Mając na względzie fakt, iż dotyczą okoliczności istotnych dla przypisania odpowiedzialności za zarzucane naruszenia GKO dopuściła na rozprawie 18 kwietnia 2011 r. następujące wnioski dowodowe zgłoszone przez obwinionego:

- z informacji technicznej dotyczącej oleju Titan Truck Plus 14W-40 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju,
- z dokumentu „prolongation of aproval against M 3275” na okoliczność spełniania przez w/w olej normy MAN 3275;
- z dokumentu „approval certificate” na okoliczność spełniania przez w/w olej normy MB 228.3;

- z pisma Volvo Powertrain France z 17 marca 2008 r. na okoliczność spełniania przez w/w olej normy Renault RLD;
- z pisma Volvo Technology Corporation z 29 listopada 2006 r. na okoliczność spełniania przez w/w olej normy Volvo VDS-3;
- z dokumentu Produkt Information dla oleju Titan Cargo SL 5W-30 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju,
- z dokumentu „prolongation of aproval against M 3277” na okoliczność spełniania przez w/w olej normy MAN 3277,
- z pisma Daimler Chrysler z 17 grudnia 2003 r. na okoliczność spełniania przez w/w olej normy MB 228.5,
- z pisma Volvo Technology Corporation z 17 czerwca 2009 r. na okoliczność spełniania przez w/w olej normy Volvo VDS-3;
- z pisma Renault z 6 stycznia 2004 r. na okoliczność spełniania przez w/w olej normy Renault RLD;
- z pisma Scania Cv AB z 18 grudnia 2007 r. na okoliczność spełniania przez w/w olej normy Scania LDF,
- z pisma BP Europa SE Polska z 18 lutego 2011 r. na okoliczność jego treści oraz z dołączonych załączników na okoliczność właściwości fizykochemicznych olejów Castrol Enduron Plus 5W30, Castrol TQ Dextron III oraz Castrol Dynadrive Plus 15W-90.

Natomiast na podstawie art. 89 ust. 3 pkt 1 i 3 w związku z art. 149 ustawy oddała następujące wnioski dowodowe obwinionego odmawiając im w tym względzie wiarygodności:

- z dwu pism MZK Konin z 15 lutego 2011 r. o znakach MZK-BE-1/28/2011 ze względu na brak treści związanej ze sprawą;
- z pisma Fuchs Europe Schimerstoffe GMBH z 5 października 2005 r. ze względu na brak treści związanej ze sprawą;
- z pisma Fuchs Oil Corporation Polska z 17 lutego 2011 r. ze względu na brak zawartości, która miałaby znaczenie dla rozpoznania sprawy /okoliczność, iż norma Volvo VDS3 zawiera w sobie wymagania normy Volvo VDS2 nie była sporna między stronami/;
- z karty charakterystyki preparatu dla oleju Titan Truck plus SAE 15W-40 ze względu na fakt, iż dowód ten był nieprzydatny do udowodnienia tezy dowodowej – w dokumencie zawarta była informacja, iż COC produktu jest wyższe niż 200 st. C, a co za tym idzie nie pozwala na ustalenie czy spełniał wymóg min. 220 st. C;
- z karty charakterystyki preparatu dla oleju Titan Cargo SL 5W-30 ze względu na fakt, iż dowód ten był nieprzydatny do udowodnienia tezy dowodowej – w dokumencie brak jest informacji o temperaturze płynięcia preparatu, zaś lepkość kinematyczna została określona dla temperatury 40 st. C nie pozwala zatem na

ustalenie, czy preparat spełniał wymogi określone w SIWZ zwłaszcza w zakresie tej właściwości w temperaturze 100 st. C.

Nadto GKO, działając z urzędu, na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy dopuściła następujące dowody z dokumentów pochodzących ze stron internetowych producentów poszczególnych produktów:

- z dokumentu „charakterystyka produktu Tedex Super Gear Oil 80W-90” na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu „karta informacyjna produktu Ravenol SLG 80W-90” na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego dane produktu Motor Gold Multigrade Hypoid Geartec GL 5 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego dane produktu SRS Getriebeöl SML 80W-90 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Karl Steiger X-Tec MultiGear 80W-90 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Statoil TruckWay S 5W-30 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów;
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Statoil TransWay s DX III F na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów;
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Statoil TransWay s DX III J na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów;
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Castrol TQ-Dexron III na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Texaco Ursa Super TD 15W-40 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Shell Transaxle oil 75W-90 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Fuchs Titan Cytrac HSY 75W-90 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów,
- z dokumentu zawierającego charakterystykę produktu Texaco MultiGear S 75W-90 na okoliczność właściwości fizykochemicznych tego oleju i posiadanych atestów

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego GKO ustaliła następujący stan faktyczny.

1. Nie jest prawdą, zawarte w orzeczeniu Komisji I instancji stwierdzenie, iż wymogi dotyczące właściwości fizykochemicznych określone w SIWZ-ie dla wielosezonowego oleju mineralnego dla silników Euro0 – Euro3 /SAE 15W-40/ i posiadanych atestów spełniał wyłącznie olej BP Vanellus E6 15W-40. Z materiału dowodowego przedstawionego przez obwinionego w odwołaniu wynika, iż wymagane wartości fizykochemiczne i posiadane atesty spełnia również olej Fuchs Titan Truck Plus 15W-40. Rzecznik nie kwestionował rzetelności przedstawionego dokumentu, zaś uwzględniając, iż specyfikacje techniczne zostały nadesłane przez producentów i oparte o badania spełniające normy techniczne DIN 51562 /w zakresie lepkości kinematycznej/ i DIN ISO 3016 /w zakresie min. temperatury zapłonu/ GKO uznała, iż informacje zawarte w tych dokumentach są wiarygodne.
2. Nie jest prawdą zawarte w orzeczeniu Komisji I instancji stwierdzenie, iż wymogi dotyczące właściwości fizykochemicznych określone w SIWZ-ie dla wielosezonowego oleju do silników EURO 4 /SAE 5W-30 wedle SIWZ i mylnie SAE 15W-30 wedle zawiadomienia, wniosku o ukaranie i orzeczenia I instancji/ i posiadanych atestów spełniał wyłącznie olej BP Vanellus E8 Ultra 5W-30. Z materiału dowodowego przedstawionego przez obwinionego w odwołaniu wynika, iż wymagane wartości spełnia również olej Fuchs Titan Cargo SL 5W-30. Rzecznik nie kwestionował rzetelności przedstawionego dokumentu, zaś uwzględniając, iż specyfikacje zostały nadesłane przez producentów i oparte o badania spełniające normy techniczne DIN 51562 /w zakresie lepkości kinematycznej/ i DIN ISO 3016 /w zakresie min. temperatury zapłonu/ GKO uznała, iż informacje te są wiarygodne. Nadto wymagania SIWZ -u spełnia również olej Statoil TruckWay S 5W-30. Powyższe ustalono na podstawie specyfikacji produktu, która została z urzędu włączona do materiału dowodowego na rozprawie 18 kwietnia 2011 r. Żadna ze stron nie kwestionowała powyższego dokumentu, zaś uwzględniając, iż specyfikacja została pobrana ze strony producenta GKO uznała, iż informacje te są wiarygodne.
3. Prawdziwe jest zawarte w orzeczeniu Komisji I instancji stwierdzenie, iż właściwości fizykochemiczne określone w SIWZ-ie dla wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego /SAE 80W-90/, w szczególności w zakresie lepkości kinematycznej dla temperatury 40 st. C i 100 st. C oraz minimalnej temperatury zapłonu /dalej „COC”/ nie spełnia żaden olej. Natomiast wartości określone w SIWZ-ie dla tego typu oleju dotyczące lepkości kinematycznej w temp. 40 st. C i minimalnej temperatury zapłonu oraz posiadają wymagane atesty co najmniej następujące oleje tej klasy: Tedex Super Gear 80W-90, Ravenol SLG 80W-90, Motor Gold Multigrade Hypoid Geartec GL5 80W-90, Schmerschaft GetribeFluid SML 80W-90, Karl Steiger X-Tec 80W-90. Nadto dwa pierwsze są i były w roku 2008 dostępne na rynku polskim, zaś pozostałe są obecne co najmniej na rynku niemieckim, rosyjskim i – w odniesieniu do oleju firmy Motor Gold – również węgierskim i słowackim. Okoliczności te GKO ustaliła na podstawie specyfikacji produktów, które zostały z urzędu włączone do materiału dowodowego na rozprawie 18 kwietnia 2011 r. Żadna ze stron nie kwestionowała powyższego, zaś

uwzględniając, iż specyfikacje zostały pobrane ze stron producentów i oparte o badania spełniające normy techniczne DIN 51562 /w zakresie lepkości kinematycznej/ i DIN ISO 2592 /w zakresie min. temperatury zapłonu/ GKO uznała, iż informacje te są wiarygodne. Powyższe oleje nie spełniają wymagań SIWZ wyłącznie w zakresie lepkości kinematycznej w temperaturze 100 st C.

4. Nie jest prawdą zawarte w orzeczeniu Komisji I instancji stwierdzenie, iż wymogi dotyczące właściwości fizykochemicznych określone w SIWZ-ie dla syntetycznego oleju przekładniowego /SAE 75W-90/ zostały określone w sposób odpowiadający parametrom wyłącznie jednego produktu tj. oleju BP Energear SHX-m 75W-90. Z materiału dowodowego przedstawionego przez obwinionego w odwołaniu wynika, iż wymagane wartości fizykochemiczne i posiadane atesty spełnia również olej Castrol Dynadrive Plus 75W-90. Rzecznik nie kwestionował rzetelności przedstawionego dokumentu, zaś uwzględniając, iż specyfikacja techniczna została nadesłana przez producenta i oparta o badania spełniające normy techniczne GKO uznała, iż informacje zawarte w tych dokumentach są wiarygodne.

W zakresie tego rodzaju oleju GKO, na podstawie dokumentów włączonych do materiału dowodowego na rozprawie 18 kwietnia 2011 r. ustaliła, iż oleje Total Tytan Transmission Syn FE 75W-90 i oleju Texaco Multigear S 75W-90 nie spełniają wymagań SIWZ wyłącznie w zakresie lepkości kinematycznej dla temperatury 40 st. C /posiadają wskaźniki na poziomie 15,0 mm²/s. i 14,7 mm²/s wobec wymaganych 15,1 mm²/s/.

Olej Shell Transaxle 75W-90 nie spełniał wymagań SIWZ wyłącznie w zakresie temperatury ścinania/płynięcia – uzyskuje on właściwości cieczy w temperaturze – 48 st. C wobec wymaganych -54 st. C. Wreszcie olej Fuchs Titan Cytrac HSY 75W-90 nie spełniał wymagań SIWZ wyłącznie w zakresie parametru lepkości kinematycznej dla temperatury 100 st. C, gdyż wskaźnik ten ma na poziomie 119 mm²/s. wobec wymaganego maksimum 102 mm²/s.

5. Nie jest prawdą zawarte w orzeczeniu Komisji I instancji stwierdzenie, iż właściwości fizykochemiczne określone w SIWZ-ie dla wielosezonowego mineralnego oleju do automatycznych skrzyń biegów i wymagane atesty spełnia tylko olej BP Autran MBX. Powyższe wymogi spełnia również olej Statoil TransWay S DX III F. Nadto wymogi spełnia również olej Statoil TransWay S DX III J z zastrzeżeniem, iż posiada atest Man 339 wyłącznie na część przekładni tej firmy mianowicie na przekładnie typu Z-1 lecz nie na przekładnie typu V-1 /typy przekładni objęte atestem nie były w SIWZ-ie doprecyzowane/. Powyższe zostało ustalone na podstawie dokumentów włączonych do materiału dowodowego na rozprawie 18 kwietnia 2011, których nie kwestionowała żadna ze stron. Natomiast GKO nie dała wiary wyjaśnieniom obwinionego i dokumentom przedstawionym przez obwinionego w odwołaniu na okoliczność, iż wymogi zawarte w SIWZ-ie dla tego typu oleju spełnia również olej Castrol TQ Dextron III. Obwiniony na dowód tej okoliczności przedstawił pismo producenta BP Europe SE zawierające wyłącznie określenie posiadanych aprobat i atestów. Natomiast specyfikacja techniczna oleju Castrol TQ Dextron III pobrana ze strony producenta wskazuje, iż olej ten nie spełnia wymagań fizykochemicznych w zakresie minimalnej temperatury zapłonu /która

wynosi dla tego oleju 162 st. C przy wymaganych w SIWZ 215 st. C/. Rzetelności dokumentu włączonego do materiału dowodowego na rozprawie 18 kwietnia 2011 r. nie kwestionowała żadna ze stron, zaś uwzględniają, iż pochodzi on ze stron producenta i zawiera dane oparte o badania spełniające normy techniczne DIN 51562 /w zakresie lepkości kinematycznej/ i DIN ISO 2592 /w zakresie min. temperatury zapłonu/ GKO uznała, iż jest on wiarygodny.

Ustaliwszy powyższy stan faktyczny, GKO stwierdziła, co następuje.

Zaskarżone orzeczenie Komisji I Instancji nie może się ostać zarówno ze względu na błędy merytoryczne w ustaleniu stanu faktycznego będącego podstawą rozstrzygnięcia ale również ze względu na nieprawidłowości konstrukcyjne w samym orzeczeniu.

Po pierwsze, art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy, wskazane w orzeczeniu jako naruszone nie penalizują konkretnych naruszeń w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lecz sam fakt udzielenia zamówienia jako zakończenie wadliwej procedury.

Nie ma zatem żadnych podstaw, by – jak to uczyniła Komisja I instancji – formułować i przypisywać oddzielne zarzuty poszczególnym naruszeniom przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w toku jednego prowadzonego postępowania. W niniejszej sprawie nie są zatem naruszeniami dyscypliny finansów publicznych „zaniechanie odrzucenia oferty”, „opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt” czy też „określenie parametrów fizykochemicznych przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie poprawnej oferty”. Czynem, za który można przypisywać odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest „udzielenie w dniu 3.09.2008 r. zamówienia publicznego na sprzedaż i dostawę do Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego (...) olejów na potrzeby komunikacji miejskiej”.

Ocena, czy udzielenie tego zamówienia było czynem stanowiącym naruszenie dyscypliny finansów publicznych uzależnione jest od stwierdzenia, czy w toku postępowania doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych. Poszczególne naruszenia w toku postępowania są zatem elementem znamion jednego czynu, nie zaś osobnymi naruszeniami przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Po wtóre Komisja orzekająca I instancji zaniechała dokonania wszechstronnej oceny dowodów wskazujących na naruszenie w szczególności dowodu z opinii biegłego i to zarówno pod względem prawnym jak i faktycznym. Komisja orzekająca nie jest związana treścią opinii, zwłaszcza, iż opinia ta była wydawana nie na potrzeby postępowania lecz dla innego podmiotu. Stosownie do wyroków Sądu Najwyższego /orzeczenia SN II CR 260/74 czy II CR 312/88 dokument przedstawiany przez strony, nawet jeżeli pochodzi od biegłego sądowego, nie stanowi dowodu w sprawie a może być co najwyżej poczytywany jedynie za wyraz poglądów strony. Jak każdy element poglądów strony – w tym wypadku rzecznika podlega ocenie przez Komisję. Nadto nawet przyjęcie, iż opinia biegłego jest dowodem nie zwalnia od obowiązku jej oceny. Komisja ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Zalecenie takie dotyczy

wszelkich przedstawionych dowodów, w tym również dowodów z opinii biegłego. Dowód z opinii biegłego nie jest bowiem dowodem absolutnym czy zawierającym jakiegokolwiek nieobalalne domniemanie i nie może zastępować realizacji obowiązku zgromadzenia wszelkich dowodów i rozważenia całości okoliczności przemawiających zarówno za jak i przeciw obwinionemu. Stosownie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 r. V CK 659/04 „Jakkolwiek opinia biegłych jest oparta na wiadomościach specjalnych, to podlega ona ocenie sądu w oparciu o cały zebrany w sprawie materiał dowodowy”.

W sprawie niniejszej konieczność dokonania przez komisję orzekającą weryfikacji tez stawianych przez biegłego wynika z następujących okoliczności.

Prezes UZP jako zawiadamiający a następnie rzecznik dyscypliny finansów publicznych składający wniosek o ukaranie popełnili szereg omyłek natury faktycznej w stosunku do sformułowanej przy zamówieniu publicznym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Część z tych omyłek ma charakter oczywistych omyłek pisarskich i nie zaburza sensu wyводу. Dotyczy to ustalenia, iż wielosezonowy olej przekładniowy miał posiadać aprobatę producenta podzespołów ZF TE OSA /która nie istnieje/ w miejsce wynikającej z SIWZ aprobaty ZF TE 05A; ustalenia, iż wielosezonowy olej do silników wysokoprężnych winien posiadać aprobatę Volvo VDS3 /która nie istnieje/ w miejsce aprobaty Volvo VDS3 oraz ustalenia, iż olej do automatycznych skrzyń biegów miał posiadać aprobatę producenta podzespołów ZF TE HA /która nie istnieje/ w miejsce ZF TE 11A.

Natomiast część błędnych ustaleń zawartych w zawiadomieniu i następnie powtórzonych we wniosku o ukaranie i orzeczeniu Komisji I instancji dotyczy istotnych elementów technicznych mających wpływ na zaistnienie przesłanek czynu karalnego. Dotyczy to ustalenia, iż wielosezonowy olej do silników Euro4 miał spełniać wymogi klasy SAE o oznaczeniu „15W-30” podczas, gdy była to klasa SAE „5W-30”. Dotyczy to również pominięcia w wywodach i ustaleniach faktu, iż określenie wymagań dla skrzyń biegów „VOITH G 607” obecnie nie funkcjonuje w obrocie i zostało zastąpione oznaczaniem wymogu „VOITH 55.6335” a co za tym idzie olej spełniający kryterium „VOITH 55.6335” spełnia również wymagania SIWZ nawet jeśli charakterystyka produktu nie zawiera oznaczenia „VOITH G 607”. Zarzut ten dotyczy wreszcie pominięcia faktu, iż wymogi Volvo VDS3 są nowsze niż Volvo VDS2 i zawierają w sobie te ostatnie, a co za tym idzie olej spełniający kryterium Volvo VDS3 spełnia również wymagania SIWZ nawet jeśli charakterystyka produktu nie zawiera oznaczenia „Volvo VDS2”.

Konieczność oceny przydatności opinii biegłego powołanego przez UZP do oceny sprawy w kontekście odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wynika również z porównania metodologii pracy biegłego /który ocenił próbki 32 olejów na podstawie informacji producentów/ z konsekwencjami prawnymi w postaci ustalenia, iż „wymogi stawiane w SIWZ-ie poszczególnym rodzajom olejów spełniały zawsze tylko jeden z danej grupy produktów”. Biegły nie tylko nie wskazał w opinii, jakie oleje podlegały ocenie ograniczając się do wskazania producentów ale na dodatek wskazał wyraźnie, iż jego wnioski dotyczą jedynie olejów przebadanych. Zgodnie z zasadami logiki formalnej zdanie przeczące szczegółowe nie pozwala

na stwierdzenie prawdziwości zdania przeczącego ogólnego. W realiach niniejszej sprawy oznacza to, iż opinia taka nie pozwala na przeniesienie rozumowania do kategorii sądów generalnych i ustalenie, iż żaden olej prócz wybranego nie spełnia kryteriów. Możliwa jest sytuacja, iż kryteria są spełniane przez inne oleje, które nie były badane przez biegłego.

Oczywiście sama taka konstatacja nie pozwala na podważenie wniosków wyciągniętych z opinii biegłego przez rzecznika. Konieczne jest udokumentowanie, iż sytuacja tak rzeczywiście ma miejsce – istnieją gatunki oleju inne niż zaproponowane przez oferenta spełniające wymogi określone w SIWZ-ie. W odpowiedzi na możliwy argument, iż jest to działalność wymagająca wiedzy specjalistycznej poza zakresem możliwości komisji należy wskazać, iż będzie to zawsze zależne od charakteru sprawy i zarzutów. W sprawie niniejszej dokonany przez GKO przegląd dostępnej w Internecie specyfikacji technicznej poszczególnych produktów pozwolił skutecznie podważyć tezy stawiane przez zawiadamiającego, a następnie rzecznika w odniesieniu do 3 z 5 elementów zamówienia.

Oceniając zachowanie obwinionego, Komisja I instancji ograniczyła się do przyjęcia – na podstawie opinii biegłego – iż oznaczono właściwości przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wyłącznie właściwościom jednego produktu, co oznaczało naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Rozumowanie takie nie jest prawidłowe pod względem prawnym. Po pierwsze nie każde oznaczenie właściwości zawężające krąg możliwych dostawców będzie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wyraźnie wskazała to Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w orzeczeniu z 15 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2588/10 – uprawnieniem zamawiającego jest takie określenie przedmiotu, aby otrzymać produkt odpowiadający jego potrzebom. Zatem wprowadzenie wymogów zawężających grupę wykonawców jest dopuszczalne jeżeli jest podyktowane obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Skutkiem powyższego stanowiska jest konieczność dokonania przez komisję orzekającą nie tylko oceny, czy doszło do ograniczenia kręgu dostawców, ale również, czy ograniczenie to jest „bezpodstawne”, czy też realizuje istotne z punktu widzenia zamawiającego potrzeby. Jeżeli ograniczenie jest podyktowane potrzebami mającymi charakter obiektywny nie dochodzi do naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i 3 PZP, nawet jeżeli wymogi eliminują możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów.

Po drugie możliwa jest również sytuacja odwrotna, w której doszło do określenia cech produktu w sposób, który odpowiada większej ilości produktów, ale pozbawiony uzasadnienia merytorycznego. Sytuacja taka będzie stanowiła naruszenie zasad uczciwej konkurencji, mimo iż da się udokumentować, iż wymogi spełnia kilka produktów. Liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych /przykładowo wyrok z dnia 16 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 695/09/ wskazuje, iż nie jest wymagane, by krąg podmiotów spełniających kryteria został ograniczony do 1 oferenta. Wystarczy, iż bezpodstawne wymogi powodują możliwość wykluczenia z postępowania jakichś podmiotów, przy czym nie muszą to być wszyscy oprócz wykonawcy, z którym podpisano umowę. W takim przypadku dla przypisania odpowiedzialności konieczne jest wskazanie konkretnych produktów, które zostały wyłączone z realizacji zamówienia wskutek postawienia wymogów nieuzasadnionych merytorycznie.

Dodatkowo GKO nie w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 6 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2550/10, iż „nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt” Stanowisko takie, słuszne co do zasady, nie może podlegać generalizowaniu, gdyż wyobrażalne są od niego wyjątki. W szczególności stanowisko takie będzie zasadne, gdy wskazanie produktu oznacza wskazanie wykonawcy czyli w sytuacjach, gdy wykonawcą zamówienia muszą być producenci danego produktu. Pogląd traci na ostrości w sytuacjach, gdy na rynku funkcjonuje nie tylko sprawny system pośrednictwa czy dystrybucji produktów przez podmioty nie będące producentami albo szeroko rozbudowany system franszyzy i w charakterze agentów producenta występuje liczne grono podmiotów, ale również producenci nie ograniczają nabywania produktów przez inne podmioty. W sytuacji takiej nawet określenie produktu z nazwy nie powoduje ograniczenia konkurencji – dostawę może zrealizować dowolny podmiot, zaś ograniczenia mają charakter bądź ekonomiczny /czy zakup u producenta i jego dostawa do zamawiającego się opłaca /bądź organizacyjny/ czy oferent posiada możliwości odbioru, transportu i przechowywania produktu danego producenta/.

Uwzględniając powyższe dyrektywy rozumienia przepisów PZP, GKO stwierdziła, iż część wymogów SIWZ-u zawężyła liczbę możliwych wykonawców, ale wynikało to z obiektywnych i uzasadnionych merytorycznie potrzeb zamawiającego. Wymóg mieszalności olejów z już używanymi zdaje się oczywisty – dzięki takim parametrom nie jest konieczne całkowite opróżnianie zbiornika autobusu przed dolaniem nowego oleju, zaś zbiorniki mogą być dopełniane stopniowo – w miarę potrzeb i zużywania się zapasów bez ryzyka utraty uprawnień gwarancyjnych na poszczególne podzespoły. Konieczność przedstawienia zaświadczeń laboratorium potwierdzających mieszalność eliminuje obowiązek drobiazgowego i kosztownego sprawdzania przez zamawiającego, czy dany produkt spełnia warunki określone w SIWZ-ie, zaś wprowadzenie certyfikacji PCA nadaje badaniom walor obiektywnych kryteriów naukowych. W tym kontekście przedstawienie przez Zamawiającego informacji o obecnie uznanych olejach nie jest w żaden sposób związane z preferowaniem danego produktu – wykonawca musi wiedzieć, z czym ma badać mieszalność produktów ze swojej oferty.

Konieczność spełniania przez oleje właściwości fizykochemicznych dotyczących temperatury płynięcia oraz temperatury zapłonu również jest oczywista – praca silników oraz automatycznych skrzyń biegów wiąże się z generowaniem znacznych temperatur. Nadto konieczne jest zapewnienie sprawności działania pojazdów komunikacji miejskiej również w warunkach zimowych, z uwzględnieniem skrajnie niskich temperatur występujących w naszym klimacie. Sam fakt określania przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie właściwości fizykochemicznych produktu nie może zatem budzić zastrzeżeń. Nie budzi ich również wartość wskaźników – ani Prezes UZP jako zawiadamiający ani rzecznik nie kwestionowali wartości poszczególnych wskaźników; wartości te poza wyjątkiem, o którym niżej nie budzą wątpliwości GKO.

Z tych względów zarzuty dotyczące oznaczenia wymogów dla wielosezonowego mineralnego oleju do silników Euro0 – Euro3 klasy SAE 15W-40, wielosezonowego, syntetycznego oleju do silników Euro4 – klasy SAE 5W-30 oraz wielosezonowego mineralnego oleju do automatycznych skrzyń biegów w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji są bezzasadne. Te oleje zostały opisane w sposób podyktowany obiektywnymi potrzebami zamawiającego i z użyciem parametrów, które były spełniane przez więcej niż jeden produkt.

Jednocześnie wymogi dotyczące syntetycznego oleju przekładniowego spełniającego normy Man 3343 i Scania STO 1:0 klasy SAE 75W-90 mimo, iż spełniane przez co najmniej dwa produkty nie były obiektywne. Obwiniony w toku postępowania nie potrafił sprecyzować przyczyn, dla których lepkość kinematyczna tego oleju została określona z dokładnością do jednego miejsca po przecinku /15,1 mm²/s/, punkt zapłonu COC w sposób nie stanowiący liczby zaokrąglonej /202 st. C/ zaś punkt płynięcia na -54 st. C mimo, iż temperatury takie w Polsce nie występują. Wartości te w SIWZ-ie zostały określone w sposób skrajnie wyśrubowany i jakiegokolwiek odstępstwo od jednej z tych wartości musi automatycznie powodować odstępstwo od limitu określonego dla drugiego parametru. Fakt, iż również wymagana temperatura ścinania została określona na poziomie wyśrubowanym powodowało znaczące ograniczenia w liczbie podmiotów mogących zrealizować zamówienie. Tak daleko idące sprecyzowanie wymogów fizykochemicznych wobec zamawianego typu oleju doprowadziło do wyłączenia z możliwości realizacji zamówienia. I tak ustalenie parametru lepkości kinematycznej dla temperatury 40 st. C na poziomie 15,1 mm²/s uniemożliwiło udział podmiotów oferujących dostawę oleju Total Tytan Transmission Syn FE 75W-90 /15,0 mm²/s./ i oleju Texaco Multigear S 75W-90 /14,7 mm²/s.

Ustalenie temperatury ścinania/płynięcia na -54 st. C uniemożliwiło złożenie oferty przez dostawców oleju Shell Transaxle 75W-90, który uzyskuje właściwości cieczy w temperaturze – 48 st. C. Ustalenie parametru lepkości kinematycznej dla temperatury 100 st. C na poziomie maksimum 102 mm²/s uniemożliwiło dostawę oleju Fuchs Titan Cytrac HSY 75W-90, który wskaźnik ten ma na poziomie 119 mm²/s. Wskazane wyżej różnice pomiędzy wymogami SIWZ a właściwościami produktów potencjalnych oferentów nie były w żaden sposób uzasadnione merytorycznie.

Z tego względu GKO uznała, iż doszło do naruszenia polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego, którego przedmiot zamówienia w odniesieniu do syntetycznego oleju przekładniowego spełniającego normy Man 3343 i Scania STO 1:0 klasy SAE 75W-90 został oznaczony w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji czyli naruszeniu art. 29 ust. 2 i 3 PZP choć nie ze względu na określenie wskazujące na konkretny produkt lecz przez użycie wartości fizycznych nie uzasadnionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego a powodujących ograniczenie kręgu potencjalnych oferentów.

Zarzut opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji przez niedopuszczenie możliwości składania ofert równoważnych w kontekście stanu faktycznego sprawy jest zarzutem nie trafnym. Przede wszystkim należy zauważyć, iż pojęcie równoważności oferty ma w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych bardzo sprecyzowane

znaczenie. Oznacza, iż „zaoferowany produkt umożliwia uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych” /wyrok z dnia 11 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1587/10 czy z dnia 25 marca 2010 r. KIO/UZP 313/10/. W tym kontekście pojęcie składania oferty równoważnej może odnosić się wyłącznie do takich zamówień, które zawierają opis przedmiotu zamówienia zawierający jakiekolwiek rozwiązanie techniczne. W omawianej sprawie SIWZ zawierał określenie przedmiotu zamówienia przy użyciu właściwości fizykochemicznych produktu a więc przez użycie wartości fizycznych, które z samej swojej natury nie mają „równoważników”. Produkt albo posiada dane cechy albo nie, nie „osiąga” ich przy użyciu jakichkolwiek rozwiązań technicznych mogących być przedmiotem rozwiązań równoważnych. Ta sama uwaga odnosi się do wymogu posiadania atestów. Fakt, iż produkt spełnia wymogi producenta /przykładowo automatycznych skrzyń biegów i przekładni MAN/ nie oznacza, iż producent narzuca jakikolwiek sposób osiągnięcia parametrów. Oznacza wyłącznie, iż produkt posiada parametry umożliwiające bezproblemową pracę na tego typu podzespołach.

Z tego względu nie tylko nie doszło do naruszenia polegającego na zaniechaniu dopuszczenia rozwiązań równoważnych, ale wręcz sformułowanie oferty równoważnej byłoby niemożliwe.

Szczegółowego omówienia wymaga postawiony zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 PZP poprzez określenie parametrów fizykochemicznych oleju klasy SAE 80W-90 w sposób uniemożliwiający złożenie poprawnej oferty. GKO w składzie rozpatrującym niniejszą sprawę wskazuje na wątpliwości, jakie przepis ten budzi na gruncie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Żadna z regulacji ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie penalizuje takiego naruszenia wprost. Oznacza to, iż tego typu zachowania mogą być rozpatrywane jedynie przez pryzmat artykułu przewidującego sankcję za nienazwane naruszenia reguł postępowania o zamówienie publiczne czyli art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przepis ten penalizuje „inne naruszenia” przepisów jeżeli ich zaistnienie miało wpływ na wynik postępowania. Skutkiem tego, dla przypisania odpowiedzialności nie wystarczy wskazać samego naruszenia przepisu, ale konieczne jest również określenie, w jaki sposób wypaczyło efekt końcowy postępowania. W sytuacji, w której zarzut został sformułowany jako „określenie parametrów przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie poprawnej oferty” nie jest w ogóle możliwa ocena konsekwencji takiego zachowania dla ostatecznego wyniku procedury. Trudno bowiem uznać, iż sytuacja, która dotyczy wszystkich potencjalnych oferentów i to sytuacja, która skutkuje brakiem jakiejkolwiek poprawnej oferty wypacza wynik. Owszem, zapewne poprawne określenie przedmiotu zamówienia spowodowałoby złożenie jakichś ofert i doprowadziłoby do wybranie któregoś z oferentów jednakże związek ten jest tak daleko idący, iż wymyka się ocenie przy użyciu jakichkolwiek metod przewidzianych w przepisach o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Drugim zagadnieniem związanym z tak sformułowaniem zarzutem, które dostrzega GKO w niniejszej sprawie jest rozbieżność między treścią art. 29 ust. 1 PZP a określeniem zachowania podlegającego negatywnej ocenie. Przepis nakazuje określenie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, przy użyciu obiektywnych kryteriów, tak by był zrozumiały dla wszystkich. Przedmiotem ochrony jest więc unikanie

sytuacji, gdy zamawiający celowo używa określeń uniemożliwiających zrozumienie SIWZ-u niektórym z podmiotów funkcjonujących na rynku. Wymogi tego przepisu będą zatem spełnione w sytuacji, gdy do opisu przedmiotu zamówienia użyto wartości fizycznych i chemicznych, które są jednoznaczne i – dla specjalistów z danej dziedziny – zrozumiałe. Fakt, iż wartości fizyczne zostały podane w takiej wysokości, iż – zdaniem rzecznika – nikt nie mógł ich spełnić nie oznacza, iż doszło do naruszenia art. 29 ust 1 PZP. Inaczej mówiąc art. 29 ust. 1 PZP penalizuje nie tylko skutek w postaci utrudnień w zrozumieniu oferty, ale również określa przyczynę, jaka musi ten skutek spowodować, tj. „użycie do opisu przedmiotu określeń nieobiektywnych, niezrozumiałych”. Poza zakresem tej regulacji znajdzie się przypadek, z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie – gdy opis uniemożliwił złożenie ofert, ale nie ze względu na sposób formułowania wymogów lecz wskutek nieprawidłowego podania wielkości fizycznych.

Z tych względów GKO uznała, iż do naruszenia polegającego na uchybieniu art. 29 ust. 1 PZP przez określenie parametrów fizykochemicznych oleju SAE 80W-90 w sposób uniemożliwiający złożenie poprawnej oferty w ogóle nie doszło. Jednocześnie GKO zwraca uwagę, iż w przypadku stawiania zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 29 ust. 1 PZP /czy szerzej w związku z jakimkolwiek innym przepisem Prawa zamówień publicznych/ konieczne jest wskazanie wśród znamion czynu skutków jakie dane zachowanie wywołało dla zmiany wyniku ostatecznego efektu procedury zamówienia publicznego.

GKO nie dała wiary wyjaśnieniom obwinionego dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty firmy (...) z powodu przedstawienia wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego spełniającego normy Man 3343 i Scania STO 1:0 klasy SAE 80W-90 nie spełniającego kryteriów określonych w SIWZ-ie. Obwiniony wskazywał, iż kryteria te były wynikiem oczywistej omyłki i wartość wskaźników fizykochemicznych została oznaczona na takim poziomie, iż stanowią oczywistą omyłkę, którą nie można obciążać oferentów.

GKO na podstawie dowodów przeprowadzonych z urzędu na rozprawie 18 kwietnia 2011 r., których nie kwestionowała żadna ze stron, ustaliła, iż wskazanie w SIWZ dla tego oleju granicznej wartości lepkości kinematycznej dla temperatury 40 st C na poziomie 158 mm²/s nie może być uważane za oczywistą omyłkę. Wśród funkcjonujących na rynku olejów tej klasy wartość wskaźnika waha się od 131 mm²/s /olej Geartec EP-C/ do 169 mm²/s /olej Shell Spiral MX/. Wartość minimalnej temperatury zapłonu określona na 220 st. C również nie może być uważana za oczywistą omyłkę gdyż dla oleje tej klasy przybierają oznaczoną wartość w zakresie od 175 st. C /olej Shell Spirax G/ do 228 st. C /olej Steiger X-Tec/.

GKO dostrzegła również fakt, iż własności fizyczne cieczy determinują wzajemny stosunek wielkości fizykochemicznych – co do zasady zwiększenie poziomu COC wiąże się ze zmniejszeniem lepkości kinematycznej. Oznacza to, iż samo określenie zakresu wartości granicznych nie jest wystarczające – należy ustalić, czy istnieją oleje, które spełniają oba te kryteria. Z dokumentacji ściągniętej ze stron producentów olejów i włączonej do materiału dowodowego na rozprawie 18 kwietnia 2011 r. ustalono, iż wymogi w zakresie lepkości kinematycznej dla temperatury 40 st C i minimalnej

temperatury zapłonu spełniały co najmniej Tedex Super Gear 80W-90, Ravenol SLG 80W-90, Motor Gold Multigrade Hypoid Geartec GL5 80W-90, Schimmerschaft GetribeFluid SML 80W-90, Karl Steiger X-Tec 80W-90. Skutkiem powyższego wartości – wbrew twierdzeniom obwinionego nie zostały określone na poziomie niemożliwym do spełnienia, zaś oleje powyższe nie spełniały innych elementów specyfikacji warunków zamówienia.

Skoro te wartości fizyczne, które obwiniony wskazywał jako oznaczone w sposób oczywiście omyłkowy są spełniane przez oleje dostępne na rynku przeto nie można uznać iż omyłka miała oczywisty charakter.

Nie można również podzielić poglądu obwinionego, iż omyłka taka nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż w jednakowym stopniu dotyczy wszystkich potencjalnych oferentów. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z 8 stycznia 2010 r. sygn KIO/UZP/1597/09 sam fakt postawienia jednakowych wymagań wszystkim uczestnikom sam w sobie nie oznacza poprawności wymogów. Nieprawidłowe warunki tak samo jak prawidłowe wiążą wszystkich potencjalnych oferentów. Nadto należy zauważyć, iż zachowanie potencjalnych oferentów w odpowiedzi na nieprawidłowo skonstruowany SIWZ mogą być różne. Niektórzy, i to zapewne większość, powstrzyma się od składania oferty zakładając, iż oferta produktu nie spełniającego wymagań będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako nie odpowiadająca oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Inni tak jak w niniejszej sprawie (...) złożą ofertę dostarczenia produktu o wartościach najbardziej zbliżonych do oczekiwanych. Żadne z tych zachowań nie może podlegać wartościowaniu, ale i żadne nie może być źródłem preferencji dla oferenta. W tej sytuacji zaniechanie odrzucenia oferty nie spełniającej wymogów SIWZ jest działaniem nielojalnym wobec tych wszystkich oferentów, którzy w pełni zastosowali się do oczekiwań zamawiającego i stwierdzając, iż ich produkt nie jest właściwy powstrzymali się od składania swej propozycji ofertowej.

Jednocześnie zaniechanie odrzucenia oferty (...) ma oczywisty wpływ na wynik omawianej procedury zamówieniowej. Oferta podlegająca odrzuceniu została ostatecznie wybrana. Nadto po odrzuceniu oferty (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP oferta (...) była jedyną ofertą złożoną postępowaniu. Jej odrzucenie winno skutkować zastosowaniem art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP czyli spowodować unieważnienie postępowania. Takie właśnie zachowanie obwinionego pozwoliłoby mu na uniknięcie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zorientowawszy się, iż określono w SIWZ-ie wymogi na błędnym poziomie, których oferenci nie spełnili winien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP odrzucić ofertę (...) a następnie wobec braku jakiegokolwiek ważnej oferty unieważnić przetarg z powołaniem się na regulację art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP. Wreszcie winien przeprowadzić przetarg ponownie z prawidłowo oznaczonymi wartościami, jakie winny spełniać oczekiwane produkty.

Zważywszy, iż obwiniony zaniechał takiego działania GKO uznała, iż doszło od czynu polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego, kończącego postępowanie w którym zaniechano odrzucenia oferty (...) mimo, iż nie spełniała określonych

w SIWZ wymogów dla wielosezonowego mineralnego oleju przekładniowego spełniającego normy Man 3343 i Scania STO 1:0 klasy SAE 80W-90.

Powyższe naruszenia zostały, zdaniem GKO, popełnione nieumyślnie. Stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest popełnione jeżeli, nie mając zamiaru popełnienia naruszenia, sprawca popełnia je wskutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Obwiniony winien przed zaakceptowaniem oferty i podpisaniem umowy sprawdzić, czy wszystkie gatunki olejów zaproponowanych przez oferenta odpowiadają wymogom oznaczonym w specyfikacji. Jednocześnie sprawca popełnia naruszenie nieumyślnie jeżeli możliwość popełnienia naruszenia przewidywał lub mógł przewidzieć. Wielokrotnie w orzecznictwie GKO wskazywano, iż standardy wobec kierowników jednostek sektora finansów publicznych ulegają podwyższeniu w wyniku profesjonalnego charakteru wykonywanej przez nich działalności zawodowej. W tej sytuacji istnieje domniemanie, iż nie tylko znane są im powszechnie obowiązujące przepisy prawa, ale że przepisy te są dla kierowników zrozumiałe i umieją zachować się w sposób im odpowiadający. W tej sytuacji obwiniony mógł przewidzieć, iż zachowanie niezgodne z normą art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP stanowi również naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO uznała, iż ze względu na fakt, iż do niektórych z nieprawidłowości oznaczonych we wniosku o ukaranie doszło nie jest możliwe zadośćuczynienie żądaniu uniewinnienia obwinionego od stawianych zarzutów. Jednocześnie w sprawie występuje szereg okoliczności uzasadniających odstąpienie od wymierzenia kary. W tym względzie nie jest wystarczającą okolicznością nienaganne sprawowanie funkcji. Przepis art. 36 ust. 1 zakłada istnienie „nadzwyczajnych okoliczności”, zaś GKO uznaje, iż prawidłowe wykonywanie zadań winno być normą a nie okolicznością nadzwyczajną. Przyjęcie poglądu przeciwnego stanowiłoby ukrytą formą akceptacji dla nieprawidłowej realizacji obowiązków służbowych.

Nie jest również właściwe rozumowanie zastosowane przez obwinionego, iż brak szkodliwości czynu ponieważ nie doszło do uszczuplenia środków publicznych. Zdaniem GKO, wartością podlegającą ochronie na podstawie art. 17 ustawy nie jest bilansowy wynik planu finansowego lecz „legalizm” działania organów administracji publicznej. Przedmiotem ochrony tych regulacji jest działanie zgodnie z obowiązującymi regulacjami bez względu na fakt, czy naruszenie przepisów powoduje ujemne skutki finansowe czy też nie.

Okoliczności przemawiające za odstąpieniem od wymierzenia kary są następujące. Po pierwsze, określając wartości fizykochemiczne w SIWZ obwiniony korzystał pomocy profesjonalistów korzystających z wymagań stawianych dotychczas używanym olejom. Wprawdzie nie zwalnia to z odpowiedzialności, ale wskazuje, iż etap „wstępny” naruszenia, tj. błędy w określeniu wymogów w SIWZ znajdowały się poza zakresem obowiązków obwinionego.

Część oferty, która nie spełniała wymogów specyfikacji stanowi nieduży odsetek całego zamówienia o wartości nieprzekraczającej 10%. W tej sytuacji chęć ograniczenia kosztów ponownego postępowania zamówieniowego oraz uniknięcia okresu wstrzymania komunikacji w wyniku braku olejów do autobusów były motywami zasługującymi na aprobatę. Jednocześnie samo postępowanie o naruszenie dyscypliny

finansów publicznych stanowiło wystarczającą sankcję dla obwinionego w tej sprawie – spełniło zadania prewencji indywidualnej i zapewniło podstawowy cel postępowania, jakim było uświadomienie obwinionemu konieczności uważnego formułowania wymogów SIWZ.

Z tych względów GKO uchyliła orzeczenie Komisji I instancji i określiła, w jakiej części przypisanie odpowiedzialności za zarzucane czyny obwinionemu znajduje uzasadnienie w materiale dowodowym.

4.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 5 maja 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/3/3/11/132

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szellerski (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Władysław Budzeń
<i>Członek GKO:</i>		Maria Karlikowska
Protokolant:		Dorota Machnicka

rozpoznała na rozprawie 5 maja 2011 r. – przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pana Roberta Wydry – odwołanie wniesione przez (...) – pełniącego w czasie zarzuconego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję dyrektora gospodarstwa pomocniczego – Zakładu Remontowo-Budowlanego w Areszcie Śledczym w (...) od orzeczenia Resortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości z 23 listopada 2010 r., sygn. akt: Ds.47/2010, w zakresie uznania Pana (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na tym, że „w 2008 r. nieumyślnie naruszył dyscyplinę finansów publicznych w ten sposób, że nie ustalił należności na dzień 31 grudnia 2009 r. w postaci ustawowych odsetek od nieuregulowanych terminowo przez kontrahentów należności w łącznej wysokości 878.307,08 zł, postępując niezgodnie z dyspozycją art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.)”.

Resortowa Komisja Orzekająca wymierzyła Obwinionemu za wszystkie przypisane czyny karę upomnienia oraz obciążyła go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 271,67 zł.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 ustawy,
- art. 24 ust. 1 ustawy,

orzeka:

1. Uchyla orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości w zaskarżonej części i uniewinnia Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy.
2. Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Rzecznik dyscypliny finansów publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Resortową Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości postanowieniem z 15 lipca 2010 r. wszczął postępowanie wyjaśniające wobec Pana (...), Dyrektora Gospodarstwa Pomocniczego Zakładu Remontowo-Budowlanego przy Areszcie Śledczym w (...), który uprzednio złożył wobec samego siebie zawiadomienie o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających rzecznik postanowił o skierowaniu wniosku o ukaranie (pismo z 29 lipca 2010 r.).

Resortowa Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości orzeczeniem z 23 listopada 2010 r. uznała obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na tym, że:

- I. w 2008 r. nieumyślnie naruszył dyscyplinę finansów publicznych w ten sposób, że nie ustalił należności na dzień 31 grudnia 2009 r. w postaci ustawowych odsetek od nieuregulowanych terminowo przez kontrahentów należności w łącznej wysokości

878.307,08 zł, naruszając dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, popełniając czyn, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych- zwanej dalej ustawą;

- II. w dniu 16 maja 2007 r. nieumyślnie naruszył dyscyplinę finansów publicznych w ten sposób, że udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, co stanowiło naruszenie art. 67 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, a w dacie orzekania art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, popełniając czyn, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy;
- III. w okresie od dnia 1 października 2009 r. do dnia 15 stycznia 2010 r. nieumyślnie naruszył dyscyplinę finansów publicznych w ten sposób, że przeprowadził i rozliczył inwentaryzację w sposób niezgodny z przepisami art. 26 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 pkt 1 oraz art. 27 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, „a ponadto weryfikację kont rozrachunkowych o numerach: 229, 231, 244, 851 przeprowadzono po terminie wynikającym z ustawy o rachunkowości, gdyż czynności weryfikacji sald ww. kont oraz zapisy korygujące nieprawidłowe rozliczenia zostały dokonane dopiero w kwietniu 2010 r.”, popełniając czyn, o którym mowa w art. 18 pkt 1 ustawy;
- IV. w okresie od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 8 lutego 2010 r. nieumyślnie naruszył dyscyplinę finansów publicznych w ten sposób, że wykazał w sprawozdaniu budżetowym dane niezgodne z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej w ten sposób, że w sprawozdaniu o stanie należności Rb-N, sporządzonym wg stanu na dzień 31 grudnia 2009 r., nie uwzględniono danych o należnościach wynikających z ksiąg rachunkowych w pozycji N 4.1 o nazwie „Należności wymagalne z tytułu dostaw towarów i usług” ujęto tylko kwotę 70.170,06 zł, tj. część należności od dłużników należących do grupy I, w sytuacji, gdy zgodnie z księgami rachunkowymi kwota należności wymagalnych na dzień 31 grudnia 2009 roku wynosiła 875.432,76 zł; w pozycji N 5.1 o nazwie „Pozostałe należności z tytułu dostaw towarów i usług” ujęto tylko kwotę 47.868,47 zł, tj. część należności od dłużników należących do grupy I, w sytuacji, gdy zgodnie z księgami rachunkowymi łączna kwota pozostałych należności na dzień 31 grudnia 2009 roku wynosiła 1.882.690,05 zł naruszając w ten sposób przepis art. 18 ust 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 czerwca 2006 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej, popełniając czyn, o którym mowa w art. 18 pkt 2 ustawy.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła obwinionemu łącznie karę upomnienia oraz obciążyła go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokość 271,67 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia Resortowa Komisja Orzekająca podsumowała, że w odniesieniu do czynu wskazanego w pkt I obwiniony wyjaśnił w złożonej do akt sprawy opinii prawnej z 2 września 2010 r., iż odsetek za opóźnienie nie można uznać za należności, które podlegałyby ustaleniu w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz że

z przepisów Kodeksu cywilnego wynika, iż naliczanie odsetek jest zawsze czynnością uznaniową i fakultatywną wierzyciela opierającą się na praktyce gospodarczej (art. 481 § 1). Komisja nie uwzględniła powyższych wyjaśnień obwinionego. Resortowa Komisja Orzekająca nie zgodziła się z twierdzeniem, iż przepis art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego mógł być stosowany fakultatywnie przez gospodarstwo pomocnicze. Przeciwnie, uznano, iż jednostka finansów publicznych jest zobowiązana do ustalania należności dotyczących odsetek od nieterminowych płatności. Resortowa Komisja Orzekająca zaznaczyła, że obwiniony nie ustalił należności na dzień 31 grudnia 2009 r. w postaci ustawowych odsetek od nieregulowanych terminowo przez kontrahentów należności z tym, że był on uprawniony do pominięcia jedynie kwot należności od jednostek Skarbu Państwa.

W dalszej części uzasadnienia Resortowa Komisja Orzekająca wskazała na okoliczności, które ustaliła orzekając o popełnieniu przez obwinionego czynów, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz 18 pkt 1 i pkt 2 ustawy (pkt II – IV orzeczenia).

Odwwołanie od orzeczenia w I instancji zostało wniesione przez obwinionego w części uznania go winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez to, że będąc odpowiedzialnym za całość gospodarki finansowej w podległej jednostce Gospodarstwie Pomocniczym – Zakładzie Remontowo-Budowlanym przy Areszcie Śledczym w (...) nie ustalił należności na 31 grudnia 2009 roku w postaci ustawowych odsetek od nieregulowanych terminowo przez kontrahentów należności w łącznej kwocie 878.307,08 zł (pkt I orzeczenia Resortowej Komisji Orzekającej).

W złożonym środku zaskarżenia obwiniony wnosi o zmianę orzeczenia poprzez uznanie, że czyn obwinionego nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ewentualnie o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Komisję Orzekającą I instancji. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucano naruszenie przepisów prawa materialnego, w tym art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego.

Obwiniony kwestionując wydane orzeczenie podniósł, iż niesłuszne jest uznanie przez Resortową Komisję Orzekającą, iż kierownik jednostki sektora finansów publicznych, bez względu na kształt stosunku prawnego łączącego go ze swoimi kontrahentami, obowiązany jest w każdym przypadku naliczać odsetki za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania i nie jest uprawniony do stosowania art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego, albowiem do jednostek sektora finansów publicznych przepis ten nie ma zastosowania.

Argumentacja obwinionego, wsparta orzecznictwem oraz tezami piśmiennictwa, wskazuje, że gospodarstwo pomocnicze pomimo bycia częścią sektora finansów publicznych pozostawało normalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego. Gospodarstwo pomocnicze realizuje te same operacje gospodarcze co podmioty prywatne. Z tego też powodu kierownik tego typu jednostki powinien mieć pełne prawo do stosowania art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego, w myśl którego naliczanie odsetek za opóźnienie jest fakultatywnym uprawnieniem wierzyciela. Praktyka gospodarcza, jak wywodzi obwiniony, w przypadku stałych kontrahentów zezwala na prolongatę terminów płatności i nie naliczanie odsetek ustawowych za opóźnienia. Brak działania kierownika jednostki w zakresie naliczenia kary umownej nie oznacza, iż w późniejszym czasie

niemożliwe stanie się dochodzenie należności; nie prowadzi to do uszczuplenia należności jednostki sektora finansów publicznych, zatem nie może być uznane za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą 5 maja 2011 r. zastępca głównego rzecznika dyscypliny finansów publicznych wskazał, że argumentacja obwinionego jest trafna i wnosi o uwzględnienie odwołania i orzeczenie co do istoty rzeczy, a ostatecznie z uwagi na różnorodną argumentację, którą możnaby wziąć pod uwagę w tej sprawie – uniewinnienie obwinionego od zarzutu. Rozprawa przed Główną Komisją Orzekającą została przeprowadzona pod nieobecność obwinionego.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, zważyła, co następuje.

Rozstrzygając kwestię naruszenia przez obwinionego ustaw, Główna Komisja Orzekająca z urzędu uznała, że w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje inny stan prawny, niż w czasie dokonania naruszenia oraz w czasie orzekania przez Komisję Orzekającą I instancji. Jak stanowi art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową.

Zmiany, jakie zaszły w obszarze regulacji dotyczących finansów publicznych, obejmują istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy przepisy o organizacji sektora finansów publicznych. W obowiązującym porządku prawnym brak jest przepisów dotyczących gospodarstw pomocniczych państwowej jednostki budżetowej. Od 1 stycznia 2011 r. jednostki te uległy likwidacji na zasadach określonych ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (art. 87 i nast.). W myśl art. 89 ust. 1 tej ustawy gospodarstwo pomocnicze państwowej jednostki budżetowej zlikwidował kierownik jednostki budżetowej, przy którym funkcjonowało gospodarstwo; pozostałe po likwidacji składniki majątkowe, należności i zobowiązania zlikwidowanego gospodarstwa pomocniczego przejęła jednostka budżetowa, przy której funkcjonowało gospodarstwo (art. 89 ust. 4 tejże ustawy). Innymi słowy, prawo finansów publicznych nie zna już takiej instytucji prawnej jak gospodarstwo pomocnicze państwowej jednostki budżetowej.

Co więcej, w przepisach o finansach publicznych oraz o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych brak jest regulacji o charakterze przejściowym i międzyczasowym, które pozwalałyby rozpoznać zarzuty naruszenia prawa w przypadku spraw, w których obwinionymi są kierownikami zlikwidowanych jednostek pozabudżetowych. Pojęcie „gospodarstwo pomocnicze” od 1 stycznia 2011 r. nie może być użyte do opisu znamion czynu popełnionego przez obwinionego i czyn ten, w czasie orzekania, nie może zostać uznany jako naruszenie ładu finansów publicznych. Główna Komisja Orzekająca doszła do wniosku, iż zmiany o charakterze ustrojowym mają podstawowe znaczenie dla możliwości orzekania o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Główna Komisja Orzekająca uznała, że w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych co uzasadnia uniewinnienie obwinionego (art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy). W konkluzji należy podkreślić, że opis czynu przypisanego obwinionemu przez Komisję Orzekającą I instancji nie znajduje już podstaw w obowiązującym w dacie orzekania stanie prawnym.

Rozpatrywanie zarzutów odwołania, wobec przyjęcia najdalej idącego rozstrzygnięcia w sprawie, staje się bezprzedmiotowe.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

5.
Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej
w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
z dnia 26 maja 2011 r.
sygn. akt BDF1/4900/30/34-35/RN-7-8/11/1347

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Przewodniczący GKO:</i>	Jan Pyrcak
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Gryśka (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Władysław Budzeń
Protokolant:		Dorota Machnicka

rozpoznała na rozprawie 26 maja 2011 r. – przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pana Pawła Laudańskiego – odwołanie wniesione przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Pana (1) – pełniącego w czasie zarzuczonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wicestarosty Powiatu (...) oraz Pana (2) – pełniącego w czasie zarzuczonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Sekretarza Powiatu (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt: DB-0965/13/11.

Regionalna Komisja Orzekająca uniewinniła Pana (1) oraz Pana (2) od zarzutu nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu, w dniu 10.07.2009 r., zamówienia publicznego na „Przebudowę istniejącego budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym” wykonawcy, za wynagrodzeniem 527.943,47 zł, który podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [w dacie popełnienia czynu art. 24 ust. 1

pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych]. W przedmiotowym postępowaniu zamówienia udzielono firmie (...), rozpoczynającej działalność gospodarczą 1.02.2008 r. pod nr wpisu 57249/2008, reprezentowanej przez (...) z uwagi, iż wybrany wykonawca nie załączył wykazu robót wykonanych przez swoją firmę, a zatem podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu nie spełniania warunku udziału określonego w pkt 4, ppkt 1.6 SIWZ.

Tym samym orzeczeniem Regionalna Komisja Orzekająca uznała Pana (1) oraz Pana (2) winnymi nieumyślnego popełnienia czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 15 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z przekroczeniem zakresu upoważnienia poprzez zawarcie w dniu 10.07.2009 r. umowy na „Przebudowę istniejącego budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół nr (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym” za wynagrodzeniem 527.943,47 zł, tj. powyżej wielkości zaplanowanych w planie finansowym o kwotę 27.943,47 zł w dacie zawarcia umowy. Powyższe stanowiło naruszenie przepisów art. 44 ust. 1 i art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157 poz. 1240 ze zm.), w dacie popełnienia czynu art. 35 ust. 1 i art. 193 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, póź. 2104 ze zm.) oraz przepisów art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 ze zm.).

Na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Regionalna Komisja Orzekająca odstąpiła od wymierzenia kary obwinionym oraz orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości po 282,27 zł.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy,

orzeka:

Utrzymuje w mocy orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z dnia 4 marca 2011 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu uniewinniła (1) pełniącego w czasie zarzuconego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję wicestarosty Powiatu (...) oraz (2) pełniącego w czasie zarzuconego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Sekretarza Powiatu (...) od zarzutu nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu, 10 lipca 2009 r., zamówienia publicznego na „Przebudowę istniejącego budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół nr (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym” wykonawcy, za wynagrodzeniem 527.943,47 zł, który podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), co w dacie popełnienia czynu stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Tym samym orzeczeniem Regionalna Komisja Orzekająca uznała Pana (1) oraz Pana (...) winnymi nieumyślnego popełnienia czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 15 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z przekroczeniem zakresu upoważnienia poprzez zawarcie 10.07.2009 r. umowy na „Przebudowę istniejącego budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół nr (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym” za wynagrodzeniem 527.943,47 zł, tj. powyżej wielkości zaplanowanych w planie finansowym o kwotę 27.943,47 zł w dacie zawarcia umowy. Powyższe stanowiło naruszenie przepisów art. 44 ust. 1 i art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157 poz. 1240 ze zm.), w dacie popełnienia czynu art. 35 ust. 1 i art. 193 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, późn. 2104 ze zm.) oraz przepisów art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 ze zm.).

Na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Regionalna Komisja Orzekająca odstąpiła od wymierzenia kary obwinionym oraz orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości po 282,27 zł.

Orzekając jak powyżej wskazano, Komisja Orzekająca pierwszej instancji oparła się na następujących ustaleniach.

Odnosnie do zarzutu zaciągnięcia zobowiązania powyżej wielkości zaplanowanych w planie finansowym Komisja ustaliła, że obwinieni 10 lipca 2009 r. zawarli umowę na przebudowę istniejącego budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół nr (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym. Wartość umowy opiewała na kwotę 527.943,47 zł. Wydatek na to zadanie ujęto w planie finansowym w kwocie

500.000 zł. Zmiany w budżecie wprowadzono dopiero uchwałą Nr XXVI/198/09 Rady Powiatu (...) z dnia 16 września 2009 r. zwiększając plan wydatków inwestycyjnych o kwotę 30.000 zł, do kwoty 530.000 zł. Wobec powyższego, obwinieni na dzień podpisania umowy zaciągnęli zobowiązanie na kwotę wyższą o 27.943,47 zł niż przewidywał zatwierdzony plan finansowy na 2009 r. W składanych w toku postępowania wyjaśnieniach obwinieni wskazywali między innymi, że przed podpisaniem umowy, 7 lipca 2009 r. Burmistrz (...), zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami, złożył deklarację dofinansowania inwestycji kwotą 30.000 zł, a zobowiązanie to zostało zapisane w uchwale Rady Miejskiej w (...) z dnia 24 sierpnia 2009 r. nr XL/322/2009 w sprawie udzielenia pomocy finansowej w formie dotacji celowej dla Powiatu (...) uchwałą Nr XXVI/198/09 Rady Powiatu (...) z dnia 16 września 2009 r. Umowa została więc zawarta gdy Zarząd Powiatu posiadał już zapewnienie Burmistrza (...), iż będzie on partycypował w kosztach planowanego zadania inwestycyjnego. Dodatkowo obwinieni wskazywali, że Powiat (...) dysponował w tym czasie pełną rezerwą ogólną, a Zarząd Powiatu posiadał upoważnienie do zaciągania zobowiązań na kwotę do 1.000.000 złotych. Obwinieni wskazywali również na fakt, że inwestycji była planowana od 8 lat jako cel publiczny. Niepodpisanie umowy przekreśliłoby możliwość realizacji inwestycji w roku 2009 i spowodowało utratę przyznanego dofinansowania.

Odnosnie do zarzutu naruszenia zasad udzielania zamówienia publicznego, w wyniku analizy dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę istniejącego budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół nr (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym”, Komisja Orzekająca pierwszej instancji ustaliła, że zostało ono udzielone firmie „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa (...)”, rozpoczynającej działalność gospodarczą 1 lutego 2008 r. pod nr wpisu 57249/2008 do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 23 stycznia 2008 r. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca winni dołączyć do oferty „sporządzony przez wykonawcę wykaz należycie zrealizowanych zadań wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o zamówienie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, dotyczących zakresu opisanego w specyfikacji. Przedłożony przez wybranego wykonawcę wykaz zrealizowanych robót wraz z referencjami wykazuje 8 robót wykonanych w latach od 2004 r. do 2008 r., z tego 7 robót wykonała firma pn. „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa” a jedną robotę wykonała firma pn. „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa (...)”, na co wskazują referencje wystawione tej firmie przez Urząd Gminy w (...) za budowę hali widowiskowo — sportowej z 21 kwietnia 2008 r. Postawiony przez oskarżyciela zarzut sprowadzał się do udzielenia zamówienia wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania. W przedmiotowym postępowaniu zamówienia udzielono firmie „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa (...)”, rozpoczynającej działalność gospodarczą 1 lutego 2008 r., która do oferty załączyła wykaz robót wykonanych w latach 2001–2008 przez firmę „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa”, która zakończyła działalność gospodarczą 31 stycznia 2008 r. Wybrany wykonawca nie załączył wykazu robót wykonanych przez swoją firmę, a zatem podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obwinieni w składanych wyjaśnieniach wskazywali

między innymi, że (...), umową z dnia 30 stycznia 2008 r. (akt notarialny nr repertorium 118 1/2008) darował swojej żonie do jej majątku osobistego całe zorganizowane przedsiębiorstwo pod firmą „Zakład Remontowo – Produkcyjny – Budownictwa (...) z siedzibą w (...)”, według bieżącej wartości bilansowej. W § 3 umowy zapisano, że na obdarowaną przechodzą wszelkie korzyści i ciężary z przedmiotem darowizny związane. Tak więc, (...) wraz z przejściem firmy od swojego męża, przejęła wraz z nią wszelkie prawa i obowiązki oraz całe zaplecze techniczne i zasoby pracownicze, a działalność gospodarcza jest kontynuowana, ponieważ (...) funkcjonował do 31 stycznia 2008 r., a (...) podjęła działalność w dniu 1 lutego 2008 r. W ocenie obwinionych, nastąpiło przeniesienie przedsiębiorstwa w myśl przepisu art. 55 KC.

Na podstawie powyższych ustaleń Komisja Orzekająca pierwszej instancji, analizując obowiązujący w tym zakresie stan prawny i przywołując orzecznictwo Główniej Komisji Orzekającej stwierdziła, że podpisanie umowy, której wartość przekracza wielkości zaplanowane w planie finansowym o kwotę 27.943,47 zł. wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 15 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia do zaciągania zobowiązań jednostki sektora finansów publicznych. W ocenie Komisji, zakres upoważnienia do zaciągania zobowiązań w imieniu jednostki (Starostwa Powiatowego) wyznaczony jest wysokością zaplanowanych wydatków w planie finansowym, a plan finansowy wydatków na dany rok budżetowy jest nie tylko limitem wydatków, ale także limitem zobowiązań w granicach, którego dopuszczalne jest ich zaciąganie. Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie dopatrzyła się w działaniach obwinionych celowego zamiaru naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W jej ocenie, brak jest dowodów, że obwinieni mieli zamiar popełnić czyn zabroniony i chcieli go popełnić. Analizując stopień zawinienia obwinionych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja nie podzieliła wniosku rzecznika w zakresie kary upomnienia dla obwinionych. Według Komisji, okoliczności w jakich przyszło działać obwinionym zasługują na uwzględnienie. Biorąc pod uwagę te okoliczności, działania podjęte przez obwinionych po zaciągnięciu zobowiązania w celu zwiększenia planu wydatków w budżecie, jak również ich dotychczasowa niekaralność, Komisja uznała, że fakty te uzasadniają odstąpienie od wymierzania kary. Wzięto również pod uwagę nieumyślny charakter popełnionych czynów.

Uniewinniając obwinionych od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że przedłożony przez wybranego wykonawcę wykaz zrealizowanych robót wraz z referencjami wykazuje wykonanie przez niego jednej roboty budowlanej, na co wskazują referencje wystawione tej firmie przez Urząd Gminy w (...) za budowę hali widowiskowo – sportowej z dnia 21 kwietnia 2008 r. Uwzględniając powyższy stan faktyczny Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała, że obwinionym nie można przypisać czynu wskazanego przez oskarżyciela, bowiem nie zaistniały okoliczności wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jako, że wykonawca wykazał wykonanie jednej wymaganej SIWZ roboty. Komisja za prawidłowo wypełnione uznała również przedłożone

przez wykonawcę oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wykazujące wykreślenie przez wykonawcę postanowienia – zobowiązania, że nie poleganiu na potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Wobec powyższego, w ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji, bez znaczenia są podnoszone przez obwinionych w wyjaśnieniach stwierdzenia dotyczące okoliczności związanych z darowizną firmy „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa”.

Odwołanie od powyższego orzeczenia, na niekorzyść obwinionych, złożył rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji zaskarżając je w części dotyczącej uniewinnienia obwinionych oraz odstąpienia od wymierzenia im kary. Zaskarżonemu orzeczeniu rzecznik zarzucił obrazę prawa poprzez niewłaściwą interpretację przepisów oraz błędną ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów. Rzecznik wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i wymierzenie obwinionym kary upomnienia bądź o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji.

W ocenie rzecznika dyscypliny finansów publicznych, uniewinnienie obwinionych od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie znajduje oparcia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, z następujących względów:

- 1) zadanie na rzecz Gminy (...) było realizowane w okresie od kwietnia 2006 r. do kwietnia 2008 r. a zatem umowy w przedmiotowej sprawie nie mogła zawrzeć firma „Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa (...)”, która rozpoczęła działalność gospodarczą 1 lutego 2008 r.,
- 2) referencja Urzędu Gminy w (...) jest wystawiona na rzecz firmy „Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa” a nie na rzecz firmy „Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa (...)”.

Rzecznik dyscypliny finansów publicznych wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał wykazu robót wykonanych przez wykonawcę składającego ofertę. Ponieważ wykonawca – Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa (...) załączył do oferty wykaz robót wykonanych przez firmę, która zakończyła działalność powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązującej w czasie udzielenia zamówienia (a obecnie – art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy). Odwołujący się rzecznik podkreślił, że w toku postępowania w pierwszej instancji obwinieni nie kwestionowali ustaleń związanych z przedłożonym wykazem robót, a w wyjaśnieniach wskazywali jedynie, że zwycięski wykonawca to ta sama firma, z tym samym potencjałem, kadrą i doświadczeniem, na co nie ma wpływu zmiana właściciela.

Dodatkowo rzecznik dyscypliny finansów publicznych wskazał na, wynikające z fragmentu uzasadnienia zawartego na str. 16 uzasadnienia, wątpliwości dotyczące podstawy prawnej uniewinnienia wskazanej w zaskarżonym orzeczeniu.

Zaskarżając decyzję o odstąpieniu od wymierzania obwinionym kary, rzecznik dyscypliny finansów publicznych wskazał, że nie znajduje ono uzasadnienia z następujących przyczyn:

- 1) nie ulega wątpliwości, że obwinieni naruszyli podstawowe zasady gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych,
- 2) w sposób rażący naruszono przepisy art. 36 ust. 1 i art. 193 ustawy o finansach publicznych oraz art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy o samorządzie powiatowym,
- 3) w kontekście brzmienia art. 36 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie wskazała jakie okoliczności niniejszej sprawy zasługują na szczególne uwzględnienie,
- 4) Główna Komisja Orzekająca wielokrotnie podkreślała, że podjęcia działań następczych nie stanowi o tym, że naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie popełniono.

28 kwietnia 2011 r. obwinieni skierowali do Głównej Komisji Orzekającej pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnieśli o utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia. Wskazali, że wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, z uzasadnienia orzeczenia wyraźnie wynikają przesłanki odstąpienia od wymierzenia kary. Były to nieumyślność, podjęcie działań po zaciągnięciu zobowiązania w celu zwiększenia planu wydatków budżecie, a także zgłaszana w toku kontroli okoliczność o istnieniu uzasadnionej obawy, że brak decyzji w tym przedmiocie spowoduje konieczność przesunięcia inwestycji co najmniej o rok bez gwarancji, że w kolejnym roku będą do dyspozycji jakiejkolwiek środki na jej realizację. Zatem niewykluczona była konieczność całkowitego odstąpienia od realizacji inwestycji. W zakresie drugiego z zarzutów obwinieni powtórzyli swoje wyjaśnienia z postępowania w pierwszej instancji, że (...) rozpoczęła działalność gospodarczą z dniem 1 lutego 2008 r., polegającą na dalszym prowadzeniu przedsiębiorstwa swojego męża. Jest oczywiste, że z punktu widzenia inwestora doświadczenie zawodowe dotyczy przede wszystkim przedsiębiorstwa, a więc kadry pracowniczey mającej wpływ na jakość wykonywanych robót. Natomiast praktycznie nieistotna jest osoba właściciela przedsiębiorstwa. Zatem nie można powiedzieć, by Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa (...) podlegał wykluczeniu na tej zasadzie, że jego właścicielka nie miała doświadczenia. To nie właściciel przedsiębiorstwa wykonuje bowiem inwestycję. Powyższe okoliczności uzasadniały zatem uniewinnienie i odwołanie w tym zakresie – w ocenie obwinionych – pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych.

Na rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą Zastępcą Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych podtrzymał wniesione w sprawie odwołanie. Wskazał jednak, że rzecznik dyscypliny finansów publicznych w odwołaniu błędnie podniósł, iż Regionalna Komisja Orzekająca nie wskazała okoliczności, którymi się kierowała. Zastępcą Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych ocenie GKO poddał, czy zachodzą w niniejszej sprawie przesłanki do zastosowania art. 36 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Co do zarzutu z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zauważył, iż zasadą jest, że wykonawca przystępujący do postępowania o zamówienie publiczne, składając ofertę, powinien wykazywać (jako wymaganie ujęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też wynikające z ogólnych warunków zamówienia) przede wszystkim własne doświadczenie, jednak nie

nie stoi na przeszkodzie, żeby takim doświadczeniem posłużył się wykonawca w przypadku gdy doszło do sukcesji. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 lipca 2009 r. (nr KIO/UZP774/09), zgodnie z którym wykonawca jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w Polsce może w ramach wykazywanego doświadczenia posługiwać się przede wszystkim własnym doświadczeniem, może jednak powoływać się na doświadczenie innego podmiotu, w sytuacji gdy jest w stanie wykazać sukcesję, czyli takie przekształcenie jednego podmiotu w drugi, czy też połączenie tych podmiotów, w których wykonawca składający ofertę byłby sukcesorem firmy, na doświadczenie której powołuje się. Zastępca Głównego rzecznika dyscypliny finansów publicznych podniósł, iż Regionalna Komisja Orzekająca w swoim orzeczeniu nie oceniła sprawy od tej strony, stwierdziła natomiast, iż fakt, że wykonawca który posłużył się doświadczeniem innego podmiotu, o innej nazwie, nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia. Na pytanie Głównej Komisji Orzekającej Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych ocenił, że przy takim sformułowaniu umowy darowizny, której kopia znajduje się w aktach sprawy, mamy do czynienia z sukcesją podmiotów.

Rozpoznając sprawę Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności GKO postanowiła rozpoznać odwołanie w zakresie, w jakim odnosi się do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, od którego obwinieni zostali uniewinnieni. Rozstrzygnięcie w tym zakresie ma bowiem istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w zakresie kary, ponieważ zgodnie z art. 37 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w przypadku postępowania obejmującego kilka czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, sprawcy wymierza się jedną karę za wszystkie czyny. Dopiero zatem po rozstrzygnięciu zarzutów wobec uniewinnienia można rozważać rodzaj wymierzanej kary lub ewentualne przesłanki odstąpienia od jej wymierzania.

Stan faktyczny sprawy będący podstawą rozstrzygnięcia w tym zakresie nie budzi wątpliwości i nie jest przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

Umowę na przebudowę budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół nr (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym zawarli obwinieni (1) i (2) w dniu 10 lipca 2009 r. Tym samym udzielili oni zamówienia publicznego, za wynagrodzeniem 527.943,47 zł wykonawcy – firmie Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa (...). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca winien dołączyć do oferty sporządzony przez wykonawcę wykaz należycie zrealizowanych zadań wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o zamówienie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, dotyczących zakresu opisanego w specyfikacji.

Istota sporu w sprawie sprowadza się do oceny, czy zawarcie umowy z firmą „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa (...)”, rozpoczynającej działalność gospodarczą 1 lutego 2008 r., która do oferty załączyła wykaz robót wykonanych w latach

2001–2008 przez firmę „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa”, która zakończyła działalność gospodarczą z dniem 31 stycznia 2008 r. stanowiło udzielenie zamówienia wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamówienia udzielono bowiem firmie „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa (...)”, rozpoczynającej działalność gospodarczą 1 lutego 2008 r. pod nr wpisu 57249/2008 do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 23 stycznia 2008 r. w sytuacji, gdy przedłożony przez nią wykaz zrealizowanych robót wraz z referencjami wykazuje 8 robót wykonanych w latach od 2004 r. do 2008 r.

Podstawą uniewinnienia obwinionych było stwierdzenie, że z przedłożonego przez wykonawcę wykazu zrealizowanych robót 8 robót wykonanych w latach od 2004 r. do 2008 r. 7 robót wykonała firma pn. „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa”, a jedną robotę wykonała firma pn. „Zakład Remontowo-Produkcyjny Budownictwa (...)”, na co wskazują referencje wystawione na tą firmę przez Urząd Gminy w (...) za budowę hali widowiskowo – sportowej z dnia 21 kwietnia 2008 r. Tym samym, wobec wykazania się przez wybranego wykonawcę spełnieniem postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała, że obwinionym nie można przypisać naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Główna Komisja Orzekająca potwierdziła powyższe ustalenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji utrzymując zaskarżone orzeczenie w zakresie uniewinnienia obwinionych. GKO nie uwzględniła zarzutów podniesionych przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji w złożonym w sprawie odwołaniu. W szczególności niezrozumiałe jest stwierdzenie o tym, że referencja Urzędu Gminy w (...) jest wystawiona na rzecz firmy „Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa” a nie na rzecz firmy „Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa (...)” w sytuacji, gdy z kopii dokumentu znajdującego się w aktach sprawy jednoznacznie wynika, że referencja wystawiona została dla Zakładu Remontowo – Produkcyjny Budownictwa (...), a w treści referencji wprost wskazano, że ta firma realizowała zamówienie. Twierdzenie rzecznika, że zadanie na rzecz Gminy (...) było realizowane w okresie od kwietnia 2006 r. do kwietnia 2008 r. a zatem umowy w przedmiotowej sprawie nie mogła zawrzeć firma „Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa (...)”, która rozpoczęła działalność gospodarczą 1 lutego 2008 r. jest prawdziwe. Pomija jednak istotną okoliczność, że firma „Zakład Remontowo – Produkcyjny Budownictwa” zakończyła działalność 1 stycznia 2008 r. – nie mogła zatem realizować zamówienia, na które wystawiona została referencja, w okresie luty – kwiecień 2008 r. Zdaniem GKO, powyższe świadczy o tym, że mimo zmiany osoby przedsiębiorcy i nazwy firmy zawarta umowa realizowana była w sposób ciągły, a potwierdzenie należytego wykonania wystawione zostało na firmę, która zamówienie zakończyła. To z kolei przemawia za, przedstawioną na rozprawie przez GKO przez zastępcę Głównego rzecznika dyscypliny finansów publicznych, koncepcją sukcesji podmiotów i wynikającymi z niej konsekwencjami.

GKO nie podzieliła również wątpliwości odwołującego się w zakresie dotyczącym podstawy prawnej uniewinnienia obwinionych. Komisja Orzekająca pierwszej instancji w sentencji orzeczenia jako podstawę wskazała art. 78 ust. 3 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Również

w uzasadnieniu orzeczenia wskazała, że uniewinnienie nastąpiło wobec niestwierdzenia w zarzuconym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z faktu posłużenia się następnie, nieprecyzyjnym może w tym kontekście, sformułowaniem, że „czyn nie został popełniony przez obwinionych” nie można wywodzić wadliwości wydanego w sprawie rozstrzygnięcia. Jego całościowa analiza jest bowiem jednoznaczna i nie budzi wątpliwości co do treści i podstawy wydanego orzeczenia.

Z tych względów Główna Komisja Orzekająca nie uwzględniła odwołań w zakresie uniewinnienia obwinionych od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przechodząc do rozpoznania odwołania w zakresie zaskarżenia orzeczenia pierwszej instancji o odstąpieniu od wymierzania kary, Główna Komisja Orzekająca postanowiła podkreślić, że dotyczy ono przypisania nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 15 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Rozstrzygnięcie w zakresie nieumyślności działania jest zgodne ze złożonym w sprawie wnioskiem o ukaranie i nie jest kwestionowane przez składającego w sprawie odwołanie, co może budzić wrażenie niespójności w kontekście stwierdzeń rzecznika o naruszeniu podstawowych zasad gospodarki finansowej i rażącym naruszeniu wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

W złożonym odwołaniu Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych zarzucił orzeczeniu, że nie wskazuje ono, jakie szczególne okoliczności Komisja uwzględniła odstępując od wymierzania kary. Sam poprzestaje na ogólnikowym stwierdzeniu, że przesłanki takie nie zachodzą, nie odnosząc się do składanych w toku postępowania wyjaśnień obwinionych o okolicznościach związanych z podpisaniem kwestionowanej umowy. Nie kwestionując, przywołanego w odwołaniu stanowiska wyrażanego w licznych orzeczeniach GKO, że podjęcie działań następczych nie stanowi o tym, że naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie popełniono wskazać należy, że nie ma ono zastosowania w niniejszej sprawie. Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie uniewinniła bowiem obwinionych od zarzutu przekroczenia zakresu upoważnienia do zaciągania zobowiązań, lecz przypisała im odpowiedzialność z tego tytułu.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, iż rzeczywiście orzeczenie pierwszej instancji nie wskazuje wprost, jakie okoliczności czynu uwzględniła Komisja Orzekająca pierwszej instancji odstępując od wymierzenia obwinionym kary. W ocenie GKO, można to wywieść z analizy całości uzasadnienia. W świetle art. 137 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należy to traktować jako uchybienie wydanego w sprawie orzeczenia, w ocenie GKO, nie wpływa ono jednak na konieczność jego uchylecia.

Główna Komisja Orzekająca, utrzymując w mocy zaskarżone orzeczenie w tym zakresie potwierdziła ustalenia Komisji Orzekającej pierwszej instancji co do okoliczności zawarcia umowy na „Przebudowę istniejącego budynku hali warsztatowej przy Zespole Szkół nr (...) na salę gimnastyczno-sportową z zapleczem sanitarnym”. W szczególności były to: przyjęty sposób finansowania i uzyskane dofinansowanie przebudowy oraz działania podjęte przed podpisaniem umowy – a mianowicie

uzyskanie zapewnienia o dodatkowym dofinansowaniu inwestycji przez Burmistrza (...). Oczywiście, że naruszone zostały w tym zakresie obowiązujące przepisy, gdyż nie budzi niczych wątpliwości, że granicą zaciągnięcia zobowiązania jest wysokość środków w planie finansowym. Ale z tego tytułu obwinionym przypisana została odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie GKO, w sprawie musi zostać uwzględniona – podnoszona przez obwinionych – okoliczność zagrożenia realizacji inwestycji w przypadku nierozstrzygnięcia postępowania w roku 2009. Obwinieni musieli uwzględnić interes społeczny i zagrożenie utraty uzyskanego dofinansowania inwestycji, a tym samym możliwość odłożenia w bliżej nieokreślonym czasie jej realizacji. Należy mieć również na względzie czynności, które obwinieni poczynili przed podpisaniem umowy. Oczywiście ustne zapewnienie Burmistrza (...) o dodatkowym dofinansowaniu inwestycji nie jest okolicznością, która zwalnia obwinionych od odpowiedzialności. Dopiero uchwała Rady Miejskiej w (...) z dnia 24 sierpnia 2009 r. nr XL/322/2009 w sprawie udzielenia pomocy finansowej w formie dotacji celowej dla Powiatu (...), a następnie uchwała Nr XXVI/198/09 Rady Powiatu (...) z dnia 16 września 2009 r. zwiększająca plan wydatków inwestycyjnych o kwotę 30.000 zł, do kwoty 530.000 zł. były podstawą do zaciągnięcia zobowiązania. Obwinieni, podpisując umowę wcześniej naruszyli zasady gospodarki finansowej i ryzykowali konieczność zapłaty zobowiązania ze środków własnych Powiatu w sytuacji, gdyby Rada Miejska w (...) nie usankcjonowała zobowiązania burmistrza. Utrzymując w mocy orzeczenie o odstąpieniu od wymierzenia kary, Główna Komisja Orzekająca uwzględniła jednak proporcję brakujących środków do całej wartości inwestycji i wysokości budżetu powiatu, a także motywy, którymi w tym zakresie obwinieni się kierowali.

Z tych względów Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji orzeczenia.

6.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 9 czerwca 2011 r. sygn. akt BDF1/4900/32/37/11/1349

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych:

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Anna Dąbrowska-Puszkiewicz
	<i>Członek GKO:</i>	Barbara Potocka
Protokolant:		Magdalena Zych

rozpoznała na rozprawie w dniu 9 czerwca 2011 r. przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Pawła Laudańskiego, odwołanie wniesione przez Obwinioną (...) – pełniącą w czasie przypisanych jej czynów funkcję

Dyrektora Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w (...) (zam. ul. (...)) – oraz jej obrońcę, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 21 lutego 2011 r., sygn. akt DB-0965/63/09, którym została uznana za winną nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na dokonaniu zakupu tlenu medycznego i dwutlenku węgla w 2007 r. bez stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. W okresie trwania umowy z dnia 26.05.2006 r., tj. w okresie od 1.06.2006 r. do 31.12.2007 r. Obwiniona dokonała następujących zakupów bez stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych:

- w dniu 11 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 17 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 19 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 20 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 24 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 27 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.501,23 zł,
- w dniu 31 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 31 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.454,19 zł,
- w dniu 2 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 7 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 10 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.251,13 zł,
- w dniu 10 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 213,50 zł,
- w dniu 14 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 14 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 16 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 22 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 30 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 31 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.449,58 zł,
- w dniu 4 września 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 6 września 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 11 września 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 13 września 2007 r. na kwotę brutto 1.251,13 zł,
- w dniu 18 września 2007 r. na kwotę brutto 1.501,23 zł,
- w dniu 24 września 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 27 września 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 30 września 2007 r. na kwotę brutto 1.388,09 zł,
- w dniu 2 października 2007 r. na kwotę brutto 1.715,76 zł,
- w dniu 5 października 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 12 października 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 18 października 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 23 października 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 26 października 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 31 października 2007 r. na kwotę brutto 1.444,97 zł,
- w dniu 5 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 7 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 12 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,

- w dniu 15 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 21 listopada 2007 r. na kwotę brutto 2.715,76 zł,
- w dniu 23 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 29 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 30 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.397,31 zł,
- w dniu 6 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 7 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 13 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 14 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 21 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 24 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 28 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 31 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,

co stanowiło w czasie popełnienia czynu naruszenie przepisów art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.), a obecnie art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.),

tj. winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionej (...) za przypisany jej czyn oraz obciążyła ją obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 271,67 zł.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 oraz Nr 249, poz. 2104) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy,

orzeka:

utrzymuje w mocy zaskarżone rozstrzygnięcie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Rozpatrywane przez Główną Komisję Orzekającą odwołanie wniesione zostało do trzeciego orzeczenia, które właściwa w sprawie Regionalna Komisja Orzekająca wydała po uchyleniu przez Główną Komisję Orzekającą poprzednich orzeczeń.

Pierwotnie przedmiotową sprawę rozpoznawała Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu w dniu 29 października 2009 r. W wydanym wówczas orzeczeniu Regionalna Komisja Orzekająca, nazywana dalej także RKO, uznała Panią (...), pełniącą w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w (...), winną nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na dokonaniu zakupu tlenu medycznego i dwutlenku węgla w 2007 r. o wartości 72.502,21 zł bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, co stanowiło naruszenie przepisu art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, tj. winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Po rozpatrzeniu wniesionych przez Obwinioną oraz jej pełnomocnika odwołań, Główna Komisja Orzekająca, nazywana dalej także GKO, uchyliła orzeczenie RKO i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania przez RKO. Główna Komisja Orzekająca podzieliła tylko jeden z podnoszonych przez Obwinioną i jej pełnomocnika zarzutów – o braku ustalenia w uchylanym orzeczeniu czasu popełnienia zarzucanego Obwinionej czynu. W przedmiotowej sprawie uzupełnienie tego braku, zdaniem GKO, oznaczało konieczność wskazania daty popełnienia kolejnych czynów polegających na dokonywaniu kolejnych zakupów z pominięciem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Główna Komisja Orzekająca nie uznała natomiast za słuszne zarzutów sformułowanych we wniesionych odwołaniach dotyczących:

- zasadności odrębnego ustalenia wartości kolejnych dostaw realizowanych z pominięciem Prawa zamówień publicznych (ponad wartość zamówienia realizowaną na podstawie umowy zawartej w obowiązującej procedurze), co miałoby skutkować ustaleniem braku potrzeby stosowania Prawa zamówień publicznych ze względu na nieprzekroczenie kwoty, od której istniał obowiązek stosowania ustawy;
- niezastosowania art. 78 ust. 1 pkt 8 i ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 i 2 – ze względu na brak podstaw materialnych do zastosowania tych przepisów, a także ze względu na błąd w konstrukcji prawnej, na której oparto odwołanie wniesione przez pełnomocnika;
- rzekomego rozstrzygnięcia niewyjaśnionych sprzeczności w materiale dowodowym na niekorzyść Obwinionej.

Regionalna Komisja Orzekająca w Poznaniu rozpatrzyła ponownie przedmiotową sprawę na rozprawie w dniu 13 lipca 2010 r. i wydała orzeczenie, w którym uznała Obwinioną, winną nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na dokonaniu zakupu tlenu medycznego i dwutlenku węgla w 2007 r. o wartości 72.502,21 zł bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W *petitum* orzeczenia RKO wskazała, iż w okresie trwania umowy z dnia 26 maja 2006 r., od dnia 1 czerwca 2006 r. do dnia 31 grudnia 2006 r., dokonano zakupu gazów na łączną kwotę 230.503,73 zł, podczas gdy umowa została zawarta na dostawy o wartości 157.996,52 zł brutto. Tym samym SP ZOZ był zobowiązany, po wyczerpaniu limitu dostaw wynikających z umowy, poprzedzić następne dokonywane zakupy postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. RKO uznała, że zarzucany czyn stanowił naruszenie art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (w dacie orzekania art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych). RKO uznała więc Obwinioną winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO wskazała w uzasadnieniu, iż przyjęła jako ustalony fakt, że w okresie od zawarcia umowy, tj. od dnia 26 maja 2006 r. do dnia 26 lutego 2008 r. SP ZOZ w (...) zamówił, a następnie zapłacił za towar – zgodnie z wykazem, który wskazuje szczegółowe daty sprzedaży i wartość poszczególnych dostaw, ujętym w uzasadnieniu orzeczenia RKO. Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła następnie, iż – w świetle dokonanych ustaleń – nie ulega wątpliwości, że wszystkie wskazane w uzasadnieniu orzeczenia zamówienia, a następnie płatności dokonane przez SP ZOZ w (...) począwszy od dnia 11 lipca 2007 r. zostały dokonane bez zastosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, bowiem po wyczerpaniu limitu dostaw określonych szczegółowo w załączniku do umowy, SP ZOZ kierowany wówczas przez Obwinioną winien był – przed dokonaniem następnych zakupów – poprzedzić je postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na fakt, iż wniosek o ukaranie w przedmiotowej sprawie obejmował okres od dnia 1 czerwca 2006 r. do dnia 31 grudnia 2007 r., RKO uznała, iż Obwiniona dokonała bez stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych 49 zakupów wymienionych w uzasadnieniu orzeczenia (ze wskazaniem daty każdego zamówienia oraz wartości zamówienia brutto), z których pierwsze przypada na dzień 11 lipca 2007 r., a ostatnie na dzień 31 grudnia 2007 r.

Po rozpatrzeniu odwołań wniesionych od orzeczenia RKO z dnia 13 lipca 2010 r. przez Obwinioną oraz jej pełnomocnika, GKO uchyliła przedmiotowe orzeczenia oraz skierowała sprawę do ponownego rozpoznania przez RKO.

GKO podkreśliła, iż podnoszone w odwołaniu argumenty na rzecz zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 28 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych były już przedmiotem rozważań Komisji w trakcie rozpatrywania odwołania do pierwszego z wydanych w sprawie orzeczeń RKO. GKO nie dostrzegła żadnych nowych okoliczności, które przemawiałyby za zasadnością uznania co najmniej znikomej szkodliwości czynu Obwinionej dla finansów publicznych. W szczególności o znikomości szkodliwości, zdaniem GKO, nie świadczyły podnoszone w odwołaniach okoliczności takie, jak nieuszczerpienie środków publicznych w stosunku do kwot ujętych w planie finansowym jednostki, brak konieczności zapłacenia kar, odsetek – gdyż okoliczności te nie pozostają w żadnym związku

z istotą zarzucanego czynu. Inne podnoszone w odwołaniach okoliczności – o braku osób poszkodowanych zakupem oraz o konieczności zaopatrzenia szpitala w lek ratujący życie, jakim jest tlen medyczny – były przedmiotem rozważań już na etapie rozpoznawania sprawy przez RKO i GKO podtrzymała sposób oceny wyrażonej w tym zakresie przez Komisję I instancji. W konsekwencji GKO stwierdziła brak podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO nie przychyliła się do przedstawionej w odwołaniu pełnomocnika Obwinionej sugestii, aby kwoty, które przypisywane są poszczególnym czynom z zakresu dyscypliny finansów publicznych związanych z udzielaniem zamówień publicznych ustalać według reguł, które Prawo zamówień publicznych nakazuje stosować do ustalenia wartości zamówienia. GKO wskazała na odrębności tych regulacji i brak jakiegokolwiek prawnego uzasadnienia, aby w ten sposób powiązać wykładnię przepisów wskazanych ustaw. GKO nie uznała także za uprawnione żądania pełnomocnika Obwinionej, aby wartość dostaw gazu medycznego ustalać z wyłączeniem wartości dzierżawy butli oraz transportu butli z gazem, wykazując niezasadność takiego ustalania wartości dostaw ze względu na ustalony przedmiot postępowania, w konsekwencji przedmiot zawartej umowy oraz poszczególnych rozliczeń dokonywanych w imieniu SP ZOZ, ale także ze względu na praktyczną i techniczną integralność zakupu gazu medycznego z jego transportem oraz dzierżawą butli, w których gaz jest przechowywany.

GKO nie podzieliła też twierdzenia Obwinionej, że w przedmiotowej sprawie dostawca gazu medycznego został wybrany w trybie określonym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem GKO, z zebranych w aktach sprawy dowodów, w tym także z wyjaśnień samej Obwinionej, jednoznacznie wynika, że dostawy były realizowane przez dostawcę gazów medycznych wybranego wprawdzie w trybie przetargu nieograniczonego – ale miało to miejsce zarówno w ramach przewidzianych przez zawartą po przeprowadzeniu tego postępowania umowę, jak i po wyczerpaniu limitów kwotowych określonych przez umowę. Tak więc, w zakresie objętym postępowaniem o naruszenie dyscypliny finansów publicznych chodzi o dostawy realizowane przez tego samego wykonawcę, którego dostawy nie zostały jednak poprzedzone postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W tym świetle za nietrafiony uznała GKO zarzut Obwinionej, że literalna wykładnia art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie pozwala przypisać Obwinionej zarzucanego jej czynu.

GKO uznała jednak, że wydane przez RKO orzeczenie musi zostać uchylone, gdyż nie spełnia ustawowego wymagania, aby w sentencji orzeczenia wskazać każdy z przypisanych Obwinionej czynów wraz z określeniem sposobu i czasu jego popełnienia. GKO zwróciła uwagę, że istota rozstrzygnięcia podjętego przez RKO polegała na przypisaniu Obwinionej dokonywania szeregu kolejnych zakupów gazów medycznych z pominięciem obowiązującej procedury. W ocenie GKO, nie uprawnia to jednak RKO do wskazania w sentencji orzeczenia jedynie ogólnych cech grupy czynów (w zakresie wartości i czasu popełnienia), a tylko w uzasadnieniu orzeczenia wskazania poszczególnych kwot i dat dokonywanych zakupów, w sytuacji, gdy każdy z tych zakupów stanowi w istocie odrębne naruszenie dyscypliny finansów publicznych. GKO zwróciła jednocześnie uwagę na różnicę pomiędzy wskazaną w sentencji łączną

wartością zakupów dokonanych z pominięciem procedur (72.502,21 zł), a kwotą która wynika z podsumowania poszczególnych 49 zakupów wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia (74.143,35 zł), formułując zalecenie wyjaśnienia różnicy przez RKO.

Kolejne w przedmiotowej sprawie orzeczenie zostało wydane przez Regionalną Komisję Orzekającą w dniu 21 lutego 2011 r. RKO uznała Panią (...), pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora SP ZOZ w (...), winną nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na dokonaniu zakupu tlenu medycznego i dwutlenku węgla w 2007 r. bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. W okresie trwania umowy z dnia 26 maja 2006 r., tj. w okresie od 1 czerwca 2006 r. do 31 grudnia 2007 r., Obwiniona dokonała następujących zakupów bez stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych:

- w dniu 11 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 17 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 19 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 20 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 24 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 27 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.501,23 zł,
- w dniu 31 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 31 lipca 2007 r. na kwotę brutto 1.454,19 zł,
- w dniu 2 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 7 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 10 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.251,13 zł,
- w dniu 10 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 213,50 zł,
- w dniu 14 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 14 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 16 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 22 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 30 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 31 sierpnia 2007 r. na kwotę brutto 1.449,58 zł,
- w dniu 4 września 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 6 września 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 11 września 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 13 września 2007 r. na kwotę brutto 1.251,13 zł,
- w dniu 18 września 2007 r. na kwotę brutto 1.501,23 zł,
- w dniu 24 września 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 27 września 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 30 września 2007 r. na kwotę brutto 1.388,09 zł,
- w dniu 2 października 2007 r. na kwotę brutto 2.715,76 zł,
- w dniu 5 października 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 12 października 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 18 października 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 23 października 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 26 października 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 31 października 2007 r. na kwotę brutto 1.444,97 zł,
- w dniu 5 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,

- w dniu 7 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 12 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 15 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 21 listopada 2007 r. na kwotę brutto 2.715,76 zł,
- w dniu 23 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 29 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 30 listopada 2007 r. na kwotę brutto 1.397,31 zł,
- w dniu 6 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 7 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 13 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 14 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,
- w dniu 21 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 24 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.047,59 zł,
- w dniu 28 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.881,67 zł,
- w dniu 31 grudnia 2007 r. na kwotę brutto 1.464,63 zł,

co stanowiło w czasie popełnienia czynu naruszenie przepisu art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.), a obecnie art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.). Tym samym RKO uznała Obwinioną winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO odstąpiła od wymierzenia Obwinionej kary oraz obciążyła Obwinioną kosztami postępowania w wysokości 271,67 zł.

W uzasadnieniu RKO wskazała, że uznaje za niesporny stan faktyczny i materiał dowodowy zebrany i ustalony w toku prowadzonego dotychczas postępowania. W szczególności RKO wskazała, że w okresie trwania umowy z dnia 26 maja 2006 r., tj. w okresie od dnia 1 czerwca 2006 r. do dnia 31 grudnia 2007 r. dokonano zakupu gazów za łączną kwotę 230.503,73 zł, podczas gdy umowa została zawarta na dostawę o wartości 157.996,52 zł. RKO przywołała umowę zawartą przez Obwinioną na dostawę tlenu medycznego i dwutlenku węgla do SP ZOZ w (...). Umowa przewidywała, że jej wykonanie nastąpi w okresie do dnia 1 czerwca do 31 maja 2008 r. W załączniku do umowy określono szczegółowy wykaz ilości i rodzaju dostarczanego towaru wraz z określeniem cen jednostkowych oraz wskazano, że przedmiotem dostawy będzie 14.500 m³ tlenu medycznego oraz 100 kg dwutlenku węgla. W uzasadnieniu RKO wskazuje następnie wszystkie faktury potwierdzające nabycie przez SP ZOZ od tego samego podmiotu gazów medycznych oraz konstatuje, że począwszy od 11 maja 2007 r. zakupy dokonywane były bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem dostawy w ramach umowy zawartej w trybie zamówień publicznych zostały wyczerpane. RKO wskazuje szczegółowo poszczególne dostawy (ich daty oraz wartość) – zgodnie z odpowiednim fragmentem *petitum* orzeczenia.

W dalszej części uzasadnienia RKO podkreśla kompletność i spójność zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz niesporność ustaleń faktycznych. Zdaniem RKO, również вина Obwinionej nie budzi wątpliwości, przy czym RKO – podobnie, jak w poprzednich orzeczeniach w tej sprawie – uznawała, że Obwiniona dopuściła się naruszenia dyscypliny finansów publicznych nieumyślnie. RKO odniosła się do

obowiązków Obwinionej jako kierownika zamawiającego, uznała także, że specyfika zamówienia dotyczącego dostaw „tlenu ratującego życie” nie może stanowić podstawy wyłączenia odpowiedzialności Obwinionej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zarzucanych jej czynów. RKO wskazała na brak możliwości uznania, iż w przedmiotowej sprawie szkodliwość czynów przypisanych Obwinionej dla finansów publicznych jest znikoma. W konsekwencji RKO stwierdziła brak podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Uznając, że podnoszone w toku postępowania przez Obwinioną okoliczności nie uprawniają do umorzenia postępowania, RKO przyjęła, że wpływają one na ocenę okoliczności sprawy w taki sposób, który uzasadnia odstąpienie od wymierzenia Obwinionej kary za przypisane jej naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Od przedmiotowego orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej odwołanie wniosła Obwiniona oraz odrębnie obrońca Obwinionej. Obwiniona wniosła odwołanie od orzeczenia RKO w zakresie, w jakim orzeczeniem tym uznano winę Obwinionej, wnioskując o zmianę orzeczenia poprzez umorzenie postępowania albo poprzez wydanie orzeczenia uniewinniającego. Obwiniona jako przesłanki do uniewinnienia wskazała na następujące okoliczności:

- uznała, że dostawca gazów medycznych został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a Obwiniona jako zamawiający skorzystała z prawa do „rozszerzenia zamówienia podstawowego w trybie zgodnym z art. 67 ust. 1 pkt 7” tej ustawy; Obwiniona uznała, że formułowany wobec niej zarzut jest niezgodny z art. 110 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wadliwy, gdyż „nie wiadomo, jaką kwotę naruszenia” zarzuca Obwinionej Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych;
- uznała, że nie popełniła czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż „wykładnia gramatyczna tego przepisu, w zestawieniu z faktem, że dostawca gazu został wyłoniony w drodze przetargu nieograniczonego, a zawarta z nim umowa obowiązywała jeszcze w maju 2008 roku przeczy temu, bym naruszyła art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy”;
- brak szkodliwości czynu dla finansów publicznych wynikająca z okoliczności takich jak: brak uszczuplenia środków publicznych; brak narażenia ZOZ na konieczność zapłaty odsetek, kar itp.; zapobiegnięcie potencjalnym tragediom ludzkim, które mogłyby mieć miejsce w przypadku braku tlenu w szpitalu; fakt, że tlen jest lekiem ratującym życie, którego nabycie „nie mogło być uzależnione od biurokratycznych procedur”; brak osób poszkodowanych wskutek udzielonego zamówienia; nabycie tlenu po „starej” niższej cenie z 2006 roku, a nie po cenie „nowej” z 2007 roku.

Obwiniona wskazała ponadto, iż w jej ocenie przesłanką przemawiającą za umorzeniem postępowania, względnie uniewinnieniem Obwinionej, jest fakt dotychczasowej niekaralności Obwinionej. Dodatkowo Obwiniono podniosła okoliczności, które w jej przekonaniu, świadczyć mają o staraniu „lokalnej elity władzy”, aby przypisać

Obwinionej jakąś odpowiedzialność i wykazanie tej odpowiedzialności „wszelkimi możliwymi sposobami”.

Obrońca Obwinionej wniósł odwołanie od całości orzeczenia RKO, wnioskując o zmianę tego orzeczenia poprzez wydanie orzeczenia uniewinniającego. Orzeczeniu RKO obrońca Obwinionej zarzucił „naruszenie prawa procesowego oraz materialnego polegające na jego błędnej wykładni lub niewłaściwym zastosowaniu, w szczególności zaś:

- 1) naruszenie przez RKO art. 78 ust. 1 pkt 8 i art. 78 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w związku z art. 110 ust. 1 pkt 4 oraz w związku z art. 131 ust. 1 tej ustawy,
- 2) naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych,
- 3) naruszenie art. 6 ust. 3 pkt a) oraz c) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności”.

Zdaniem składającego odwołanie, orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej zostało wydane pomimo niedopuszczalnej wadliwości wniosku o ukaranie. Wniosek o ukaranie zawiera niedopuszczalne zgeneralizowane danych zawartych w aktach sprawy oraz błędy rachunkowe. Wniosek ten nie zawiera natomiast, wymaganego przez art. 110 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określenia czasu popełnienia i prawidłowej wartości poszczególnych naruszeń. Z okoliczności tej obrońca Obwinionej wywodzi stwierdzenie, iż naruszone zostało prawo Obwinionej, aby znać „dokładnie, a nie w ogólnych zarysach” treść stawianego jej zarzutu.

Obrońca Obwinionej zarzuca orzeczeniu błędne wyliczenie łącznej wartości zamówienia udzielonego przez SP ZOZ: „według wniosku o ukaranie miało to być 72.502,21 zł brutto, podczas gdy z wyliczenia poszczególnych pozycji tego naruszenia opisanych w sentencji wydanego orzeczenia wynika, że wartość ta wynosi nie 72.502,21 zł brutto, ale 74.143,35 zł brutto”. Okoliczność ta świadczyć ma o nieprzeprowadzeniu rzetelnych wyliczeń, popartych dowodami w postaci dokumentów rozliczeniowych, które mogłyby stanowić podstawę udowodnienia winy. W tym miejscu, w przekonaniu pełnomocnika, orzeczenie oparto o niedokładne i przybliżone szacunki.

Obrońca wskazał, że w orzeczeniu wartość naruszenia – wbrew art. 32 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych – określona została w kwotach zawierających podatek VAT, a powinna zostać wyrażona w kwotach netto. Zdaniem pełnomocnika, „jest to okoliczność ważna dla Obwinionej, albowiem części składowe poszczególnych dostaw były w roku 2007 opodatkowane różnymi stawkami podatku od towarów i usług VAT (...) i nie może ona wykluczyć, że rzeczywista wartość zarzucanego jej naruszenia mieści się w kwotach określonych w art. 4 pkt 8, albo wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych”. Zdaniem obrońcy, „Obwiniona nadal nie wie, jaki jest rozmiar przypisywanego jej w orzeczeniu RKO naruszenia. Obwiniona jedynie »w ogólnych zarysach« wie, że popełniła naruszenie, w przybliżeniu ma podaną jego wartość (brutto), nie dano jej zatem szansy, aby wraz ze swoim obrońcą mogła obronić się przed tym zarzutem oraz udzielić wyczerpujących wyjaśnień.”. Obrońca podkreśla, że Obwiniona „starła się (...) o spowodowanie w toku rozpatrywania jej sprawy przez RKO, aby wadliwy wniosek o jej ukaranie trafił »z powrotem« do Rzecznika (...), mając na uwadze rzetelność zawartych w nim wyliczeń oraz zgodność z prawem

(art. 110 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), a tym samym zapewnienie jej w pełni prawa do obrony.”. Zdaniem obrońcy, prawo Obwinionej do obrony zostało ograniczone z powodu braku precyzji przy formułowaniu przeciwko niej zarzutu. W tym kontekście obrońca przywołał zakaz rozstrzygania wątpliwości na niekorzyść osoby obwinionej. Przywołując treść art. 131 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym przy rozstrzyganiu w sprawie wszczętej wnioskiem o ukaranie niedopuszczalne jest przekraczanie granic tego wniosku, odwołujący się wskazuje, że sentencja zaskarżonego orzeczenia wykracza poza treść zarzutu postawionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, zarówno co do kwoty naruszenia, jak i co do opisu naruszeń. Ponadto, obrońca stwierdza, iż: „w całości podtrzymujemy wcześniejsze zarzuty wyrażone w trakcie poprzednich odwołań, zawarte w pismach Obwinionej i jej obrońcy”.

Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje. Niekwestionowanym prawem składającej odwołanie Obwinionej oraz jej pełnomocnika jest podnoszenie wszelkich zarzutów, względem orzeczenia RKO, które odwołujący uznają za uzasadnione. Godzi się jednak podkreślić, że przedmiotowa sprawa rozpatrywana jest co do istoty przez komisje obydwu instancji po raz trzeci, a w dwóch poprzednich orzeczeniach GKO odnosiła się do szeregu zarzutów formułowanych przez Obwinioną oraz jej pełnomocnika do kolejnych orzeczeń RKO. GKO, rozpatrując przedmiotowe odwołanie, nie znalazła żadnych okoliczności, które uzasadniałyby zmianę dotychczasowej oceny, wyrażanej przez GKO w orzeczeniach z dnia 4 lutego 2010 r. oraz z dnia 25 listopada 2010 r., w odniesieniu do:

- zasadności odrębnego ustalania wartości poszczególnych zakupów, co miałyby uzasadniać brak konieczności stosowania Prawa zamówień publicznych;
- zasadności umorzenia postępowania na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 i 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (nazywanej dalej także *ustawą*) ze względu na znikomy stopień szkodliwości popełnionych czynów;
- rzekomego rozstrzygania niewyjaśnionych sprzeczności na niekorzyść Obwinionej;
- ustalania wartości przypisanego Obwinionej czynu według przepisów obowiązujących dla ustawy Prawo zamówień publicznych (w kwotach netto, a nie brutto);
- tezy, iż w istocie wszystkie zakupy dokonane zostały zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Fakt, iż po zrealizowaniu zamówień w ramach umowy zawartej przez Obwinioną w trybie określonym przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, Obwiniona dokonywała zakupów z pominięciem obowiązującej procedury – został w należyty sposób wykazany w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, wynika także z wyjaśnień Obwinionej składanych w toku prowadzonego postępowania zarówno przed RKO, jak przed GKO. Okoliczności podnoszone przez Obwinioną, takie jak charakter tlenu medycznego w procedurze medycznej, konieczności zabezpieczenia dostaw tlenu do szpitala, brak konieczności uiszczenia przez SP ZOZ odsetek lub kar, nie mogą – w ocenie GKO – przesądzać ani o wadliwości orzeczenia RKO w zakresie

przypisania Obwinionej naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ani nie stanowią wystarczającej przesłanki do umorzenia prowadzonego postępowania ze względu na znikomy stopień szkodliwości popełnionych naruszeń dla finansów publicznych. GKO zauważa w tym miejscu, że także w odwołaniu wniesionym do GKO w przedmiotowej sprawie, Obwiniona twierdzi, że „tlen jest lekiem ratującym życie, jego nabycie nie mogło być uzależnione od biurokratycznych procedur”. O ile więc zasadnie RKO uwzględniła okoliczności przywoływane przez Obwinioną przy ustalaniu wymiaru kary za popełnione naruszenie, o tyle istota czynu, okoliczności jego popełnienia oraz postawa Obwinionej, a także prawne przesłanki stosowania poszczególnych instytucji procesowych wykluczają możliwość uwzględnienia żądania Obwinionej o umorzenie postępowania albo o jej uniewinnienie. Przesłanką, która mogłaby przesądzić – zgodnie z odwołaniem Obwinionej – o umorzeniu postępowania albo o uniewinnieniu Obwinionej – nie jest także fakt dotychczasowej niekaralności Obwinionej. Fakt dotychczasowej niekaralności jest właściwością, która przynależna jest większości osób dopuszczających się naruszenia dyscypliny finansów publicznych i samodzielnie nie może przesądzać o istocie rozstrzygnięcia podejmowanego przez komisję orzekającą; może natomiast być brany pod uwagę, jako jedna ze szczególnych okoliczności sprawy.

Nie można także podzielić zarzutów o nieudowodnieniu Obwinionej winy. Fakt dokonania zakupów jest bezspornie udowodniony zgromadzonymi w sprawie dowodami. Z dowodów tych, a także ze składanych w sprawie przez Obwinioną wyjaśnień, wynika, że to Obwiniona przedmiotowych zakupów dokonywała. W przekonaniu GKO, fakt popełnienia przez Obwinioną przypisanych jej czynów nie budzi żadnych wątpliwości. Niedochowanie przez Obwinioną jakichkolwiek procedur dopuszczonych przez ustawę – Prawo zamówień publicznych, wynika także w jasny sposób ze zgromadzonych dowodów oraz dotychczasowych wyjaśnień Obwinionej. Teza Obwinionej, że zakupy realizowane były w trybie określonym w art. 67 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanych czynów, nie znajduje żadnego poparcia w dowodach, jest niezgodny z dotychczasowymi wyjaśnieniami Obwinionej, a nawet niespójny z obecnie przedstawianym przez Obwinioną oraz jej obrońcę uzasadnieniem składanych odwołań (pomijając już fakt, że okoliczności faktyczne sprawy nie pozwalałyby zakwalifikować dokonywanych przez Obwinioną zakupów, jako tzw. zamówień uzupełniających w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych).

GKO w szczególny sposób rozważyła nowe zarzuty prawne wobec orzeczenia RKO podniesione przez obrońcę Obwinionej. W pierwszej kolejności obrońca Obwinionej zarzuca orzeczeniu RKO naruszenie art. 78 ust. 1 pkt 8 i art. 78 ust. 3 w zw. z art. 110 ust. 1 pkt 4 oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przepis art. 110 ust. 1 pkt 4 formułuje wobec wniosku o ukaranie wymóg określenia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz ze wskazaniem sposobu i czasu jego popełnienia, naruszonego przepisu prawa oraz przepisu ustawy, pod który zarzucany czyn podpada. Kontroli spełnienia przez składającego wniosek o ukaranie powyższego wymogu dokonuje – na podstawie art. 112 ustawy – przewodniczący komisji orzekającej i dopiero po ustaleniu, że wniosek o ukaranie spełnia określone przepisami prawa wymagania (w tym określone w art. 110 ust. 1 pkt 4), przewodniczący komisji zarządza dalsze czynności procesowe. O ile

oczywiście nie można wykluczyć hipotetycznej sytuacji, w której przewodniczący RKO nadałby bieg sprawie z naruszeniem przywołanego przepisu, co z kolei uprawniałoby – w określonych sytuacjach – orzekającą w sprawie komisję nawet do umorzenia postępowania (zakładając, że wad wniosku o ukaranie nie można konwalidować poprzez późniejsze czynności procesowe), o tyle, w rozpatrywanej obecnie sprawie, GKO nie podziela co do istoty zarzutu obrońcy Obwinionej, iż wniosek o ukaranie, na podstawie którego wszczęto postępowanie przed RKO, nie spełniał wymagań, o których mowa w art. 110 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wniosek o ukaranie wskazywał istotę zarzucanego naruszenia, okoliczności popełnienia czynu oraz kwalifikację prawną czynu. Wniosek, podobnie jak pierwotne orzeczenie RKO, generalizował dane dotyczące poszczególnych zakupów, jednak dane te od początku postępowania znane były i organom prowadzącym postępowanie, i stronom – gdyż ujęte były w uzasadnieniach stanowiących integralne części właściwych aktów wydawanych w sprawie. Konieczność innego umiejscowienia (w *petitum* orzeczenia, a nie jego uzasadnieniu) szczegółowego wykazu zakupów dokonywanych z naruszeniem Prawa zamówień publicznych stanowiła przesłankę, dla której GKO uchyliła orzeczenie RKO i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania, ale nie uprawnia to w żaden sposób – stawianego dopiero obecnie zarzutu – iż Obwiniona w istocie nie знаła precyzyjnie zarzucanego jej czynu. W przekonaniu GKO, wady wcześniejszych orzeczeń związane były z formalną poprawnością tych orzeczeń, a nie z wątpliwościami co do istoty zarzucanych Obwinionej czynów.

Przywoływany przez obrońcę przepis art. 131 ust. 1 ustawy dopuszcza możliwość zakwalifikowania zarzucanego obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych według innego przepisu ustawy, jeżeli okoliczność taka wyniknie w trakcie rozprawy, pod warunkami: nieprzekroczenia granic wniosku o ukaranie oraz poinformowania we właściwym trybie stron. W sprawie, będącej przedmiotem rozpoznania przez RKO i GKO, okoliczność zmiany kwalifikacji prawnej czynu w ogóle nie była rozważana, więc przywoływanie tego przepisu, jako przesłanki do zastosowania art. 78 ust. 1 pkt 8 i art. 78 ust. 3 i umorzenia postępowania, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zarzut ten nie został też w istocie uzasadniony.

Za nietrafiony uznaje GKO zarzut naruszenia przez RKO przepisu art. 32 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. GKO zwraca uwagę, iż – jak było to już podnoszone na poprzednich etapach prowadzonego w sprawie postępowania – wartość udzielonych przez Obwinioną zamówień z naruszeniem ustawy – Prawo zamówień publicznych ustalona została (dla zweryfikowania, czy istniał obowiązek stosowania tej ustawy) zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Obowiązek stosowania jednej z procedur, przewidzianych przez Prawo zamówień publicznych, jest oczywisty, jeśli uwzględni się, wynikający z Prawa zamówień publicznych, zakaz dzielenia zamówień publicznych w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy oraz nakaz sumowania wartości zamówień udzielanych powtarzalnie, identycznych co do przedmiotu zamówienia. Skoro zamówienie podstawowe zrealizowane było w trybie przetargu nieograniczonego, to każde kolejne tożsame zamówienie musiało być prowadzone w trybie określonym przepisami tej ustawy. Odmienne twierdzenie obrońcy Obwinionej nie

zostało poparte w żaden sposób ani okolicznościami faktycznymi, ani prawnymi, poza ogólnym przypuszczeniem, że „być może Obwiniona nie musiałaby stosować ustawy – Prawo zamówień publicznych”.

Kolejny podniesiony przez obrońcę zarzut dotyczy naruszenia art. 6 ust. 3 pkt a) oraz c) Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Pierwszy z przywołanych przepisów statuuje prawo oskarżonego do niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia, drugi zaś – prawo bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony, do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu. Jako okoliczność potwierdzającą zarzut w odwołaniu wskazano jedynie kwestię nieprecyzyjności stawianych przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych zarzutów i w konsekwencji brak precyzyjnej wiedzy Obwinionej co do zarzucanego i przypisanego jej czynu. W trakcie rozprawy przed GKO obrońca Obwinionej nie potrafił wskazać, na czym konkretnie polegało pozbawienie albo ograniczenie prawa do obrony. Na zadane przez przewodniczącego składu GKO pytanie o ewentualne utrudnienia w dostępie do akt oraz w udziale w przebiegu postępowania – obrońca zaprzeczył, aby takie miały miejsce. GKO nie podziela zarzutów obrońcy jako w rażący sposób nieopartych na jakichkolwiek dowodach. GKO ze wskazanych wcześniej powodów nie przychyliła się do zarzutów o wadach wniosku o ukaranie złożonego w przedmiotowej sprawie przez rzecznika, ale nawet gdyby uznać, że wniosek w sposób niezasadny agregował wartości i ogólnie podawał datę popełnienia czynu, to zebrany w aktach postępowania kompletny i niepodważany przez Obwinioną materiał dowodowy mógł stanowić (i w istocie stanowił) podstawę do dowolnego kształtowania linii obrony. Nie sposób też pogodzić się, aby Obwiniona pozbawiona była dostatecznej informacji o istocie zarzucanego jej czynu. GKO nie dostrzega w tej sprawie naruszenia obowiązujących przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a tym bardziej takiego naruszenia, które mogłoby świadczyć o naruszeniu przepisów Konwencji.

GKO chce natomiast odnieść się do kwestii wartości przypisanych Obwinionej naruszeń dyscypliny finansów publicznych. Podsumowanie poszczególnych zakupów dokonanych z pominięciem obowiązujących przepisów, wskazanych w *petitum* orzeczenia RKO, wyraża się kwotą 74.143,35 zł. GKO uznaje, że RKO w prawidłowy sposób dokonała rozstrzygnięcia, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy – zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy – co do przypisania Obwinionej naruszeń dyscypliny finansów publicznych. Materiał dowodowy potwierdzający poszczególne zakupy został do RKO skierowany wraz z wnioskiem o ukaranie i stanowił dla RKO podstawę do samodzielnego ustalenia listy i wartości inkryminowanych zakupów. Na konieczność zweryfikowania wartości zakupów, GKO wskazywała w orzeczeniu z dnia 25 listopada 2010 r. Wobec faktu, iż przypisanie Obwinionej zakupów, wskazanych w *petitum* zaskarżonego obecnie orzeczenia RKO, następuje na podstawie zgromadzonego w sprawie i niekwestionowanego materiału dowodowego, GKO uznaje orzeczenie za prawidłowe. Jednocześnie GKO dostrzega i negatywnie ocenia pozostawienie w uzasadnieniu orzeczenia RKO innej kwoty, wskazywanej jako łączna wartości zamówienia (72.502,21 zł), którą to kwotę GKO uznaje za oczywisty błąd niepodlegający korekcie w trybie kontroli instancyjnej. RKO orzekła więc

w granicach wniosku rzecznika (co do istoty czynu, okoliczności jego popełnienia oraz kwalifikacji prawnej), dokonała natomiast w ramach przysługującego jej prawa i obowiązku samodzielnego sprecyzowania poszczególnych zarzutów – z precyzyjnym wskazaniem dat i kwot poszczególnych zakupów. Analogiczne stanowisko, co do zgodności orzeczenia RKO z istotą wniosku o ukaranie, wyraził na rozprawie przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych.

Z powyższych względu Główna Komisja Orzekająca orzekła jak na wstępie.

7.
Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej
w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
z dnia 13 czerwca 2011 r.
sygn. akt BDF1/4900/24/28/11/1173

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przew. GKO:</i>	Marcin Krzywoszyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Tomasz Słaboszowski
Protokolant:		Danuta Gzyra

rozpoznała na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r., przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Anny Rotter – odwołanie wniesione przez obrońcę obwinionego (...) (zam. ul. (...);(...)) – pełniącego w czasie przypisanych mu czynów funkcję Burmistrza (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z 8 lutego 2011 r., sygn. akt: DB-0965/96/144/10.

Odwołanie wniesione zostało w zakresie uznania obwinionego (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w:

1. art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu zamówienia uzupełniającego na wykonanie odcinka ulicy od skrzyżowania Jana Pawła II do posesji nr 18 (umowa z 12.03.2009 r. o wartości 201.616,63 zł) Wykonawcy – firmie (...), który nie złożył oświadczenia o treści określonej przepisami art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Wykonawca podlegał wykluczeniu); powyższe było sprzeczne z przepisami art. 68 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych;
2. art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na dokonaniu zmiany umowy z 1.10.2008 r. aneksem z 20.04.2009 r. zwiększającym zakres zamówienia i wartość o 23.565,34 zł – bez spełnienia przesłanek określonych przepisami art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dotyczy zamówienia na wykonanie zagospodarowania terenu

w rejonie hali widowiskowo-sportowej w (...) za wynagrodzeniem 653.508,56 zł – umowa z 1.10.2008 r.).

Za przypisane obwinionemu (...) czyny, Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła mu karę upomnienia oraz obciążyła go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 271,67 zł.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy.

orzeka:

1. Uchyla orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w zaskarżonym zakresie.
2. Na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 3 ustawy, uniewinnia obwinionego (...) od zarzutu nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na dokonaniu zmiany umowy z 1.10.2008 r. aneksem z 20.04.2009 r. zwiększającym zakres zamówienia i wartość o 23.565,34 zł – bez spełnienia przesłanek określonych przepisami art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dotyczy zamówienia na wykonanie zagospodarowania terenu w rejonie hali widowiskowo-sportowej w (...) za wynagrodzeniem 653.508,56 zł – umowa z 1.10.2008 r.).
3. Uznaje obwinionego (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu zamówienia uzupełniającego na wykonanie odcinka ulicy od skrzyżowania Jana Pawła II do posesji nr 18 (umowa z 12.03.2009 r. o wartości 201.616,63 zł) Wykonawcy – Przedsiębiorcy Wielobranżowemu (...) sp. z o.o., który nie złożył oświadczenia o treści określonej przepisami art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, czym naruszył art. 68 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych i na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy odstępuje od wymierzenia kary.
4. Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy obciąża obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 271,67 zł.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z dnia 8 lutego 2011 r. wydanym w sprawie DB-0965/96/144/10, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu */zwana dalej Komisją Orzekającą I instancji/*, po rozpoznaniu wniosków o ukaranie z dat: 18 czerwca 2010 r. i 19 listopada 2010 r., uznano Pana (...) – pełniącego funkcję Burmistrza Miasta (...), winnym nieumyślnego popełnienia czynu, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego uzupełniającego na wykonanie odcinka ulicy od skrzyżowania Jana Pawła II do posesji nr 18 na podstawie umowy z dnia 12 marca 2009 r. o wartości 201.616,63 zł. Zarzut zakwalifikowany jako naruszenie z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych */zwanej dalej uondfp/* polegał na udzieleniu przedmiotowego zamówienia firmie (...) pomimo, iż ten wykonawca nie złożył oświadczenia w zakresie wymaganym przepisem art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych */zwanej dalej Pzp/*, a zawarcie umowy naruszało przepis art. 68 ust. 2 tej ustawy.

Ponadto, Komisja Orzekająca I instancji uznała obwinionego (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez dokonanie zmiany umowy z dnia 1 października 2008 r. aneksem z dnia 20 kwietnia 2009 r. zwiększającym zakres zamówienia i jego wartość o 23.565,34 zł. bez zachowania przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Komisji I instancji takie działanie jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych kwalifikowanym w art. 17 ust. 6 uondfp. Na tej podstawie, stosownie do art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp wymierzono obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania zgodnie z art. 167 ust. 1 uondfp.

Pismem z dnia 17 marca 2011 r., do Głównej Komisji Orzekającej skierowane zostało odwołanie od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, w którym obrońca obwinionego Pana (...) wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w części oraz orzeczenia co do istoty poprzez uniewinnienie obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych kwalifikowanego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp oraz uniewinnienie od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych kwalifikowanego w art. 17 ust. 6 tej ustawy. Wniosek alternatywny wskazywał na konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia we wskazanym zakresie i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez umorzenie postępowania.

Uzasadnieniem postawionych wniosków w odwołaniu stały się zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. art. 89 ust 1 uondfp poprzez nierozpatrzenie materiału dowodowego, naruszenie art. 78 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 28 ust. 1 uondfp poprzez nieumorzenie postępowania w sytuacji kwalifikującej się do znikomej szkodliwości czynu dla ładu finansów publicznych oraz naruszenie prawa materialnego, tj. art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp poprzez brak ustalenia, czy zarzucane naruszenie dyscypliny miało wpływ na wynik postępowania.

Wnoszący odwołanie wskazał na istotne w sprawie zarządzenie nr 83/2006 Burmistrza Miasta (...) z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie podziału zadań pomiędzy Burmistrzem Miasta i Zastępcami, upoważnienia do wydawania decyzji w indywidualnych sprawach z zakresu administracji publicznej oraz powierzenia zadań Skarbnikowi Miasta i Sekretarzowi Miasta. Z niniejszego zarządzenia wynika, że zakres czynności objętych zarzutami Rzecznika I instancji został powierzony Zastępcy Burmistrza Miasta. Obrońca podniósł, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne należy wyróżnić czynności związane z przeprowadzonym postępowaniem od czynności reprezentacyjnych, które wykonywał obwiniony (...). Jak podniesiono, obwiniony nie uczestniczył w postępowaniu przetargowym ani też nie nadzorował czynności przetargowych, albowiem stanowiło to kompetencje Zastępcy Burmistrza. Fakt podpisania zmian do umowy o zamówienie publiczne należy kwalifikować jako działanie związane z reprezentowaniem Miasta przy zawieraniu i aneksowaniu umowy.

Wobec przypisania obwinionemu (...) zarzutu popełnienia czynu kwalifikowanego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, obrońca podniósł konieczność wykazania i udowodnienia, że naruszenie prawa w zakresie zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący się podniósł konieczność porównania stanu prawa materialnego, zgodnie z wymogiem art. 24 ust. 1 uondfp, albowiem pomiędzy złożeniem zawiadomienia o naruszeniu dyscypliny a wydaniem orzeczenia w postępowaniu w I instancji przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp uległ zmianom. Nie jest także wystarczające wskazanie, jako naruszonego przepisu, art. 68 ust. 2 ustawy Pzp bez wykazania wpływu tego naruszenia na wynik postępowania. Zdaniem odwołującego, brak jest jednoznacznych regulacji ustawowych nakazujących zamawiającemu odrzucenie wykonawcy z postępowania z powodu braku oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a nowe regulacje art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zezwalają na udział w postępowaniu wykonawcy, który w „inny sposób” wykaże spełnienie warunków postępowania.

Wobec przypisania obwinionemu (...) zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych kwalifikowanego w art. 17 ust. 6 uondfp obrońca podniósł, iż uzasadnienie stanowiska Komisji Orzekającej I instancji zarówno w sferze faktycznej jak i prawnej jest nietrafione. Zgodnie z umową z dnia 1 października 2008 r., strony umowy uzgodniły sposób rozliczenia końcowego poprzez kosztorys powykonawczy określający faktyczne ilości wykonanych robót. W wyniku takiego postanowienia, wykonawca przedstawił kosztorys powykonawczy, a następnie strony zgodnie zmieniły aneksem wartość zamówienia. Zdaniem obrońcy, wprowadzenie takiej zmiany nie może być traktowane jako zmiana umowy w stosunku do treści oferty, a poza tym zmiana ta była dla zamawiającego korzystną.

W dalszym uzasadnieniu obrońca wskazał na występujące w sprawie przesłanki art. 28 uondfp, które powinny doprowadzić do umorzenia postępowania na podstawach znikomej szkodliwości czynu dla ładu finansów publicznych.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r., Główna Komisja Orzekająca ustaliła i rozważyła, co następuje.

Wnioskiem z dnia 18 czerwca 2010 r. sygn.: RD-91/2010, Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych I instancji wystąpił o ukaranie Pana (...) – Burmistrza Miasta (...), odpowiedzialnego na zasadach określonych w art. 19 ust. 1 uodfp za nieumyślne naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzieleniu zamówienia publicznego w dniu 12 marca 2009 r. na wykonanie odcinka ulicy od skrzyżowania Jana Pawła II do posesji nr 18. W przedmiotowym postępowaniu, prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki na udzielenie zamówienia uzupełniającego, wykonawca zaproszony do negocjacji warunków umowy nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym naruszony został obowiązek określony w przepisie art. 68 ust. 2 tej ustawy.

Ponadto wniosek o ukaranie wskazywał także na naruszenie przez obwinionego przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zmianę umowy z dnia 1 października 2008 r. aneksem z dnia 20 kwietnia 2009 r., której przedmiotem było wykonanie zagospodarowania terenu w rejonie hali widowiskowo-sportowej w (...). W wyniku zmiany umowy zwiększony został zakres rzeczowy zamówienia i odpowiednio jego wartość o kwotę 23.565,34 złote.

Pozostałe, ujęte we wniosku o ukaranie, zarzuty wobec obwinionego (...), pozostawiono bez rozpoznania z uwagi na związanie zakresem odwołania wniesionego przez obrońcę obwinionego.

Z zebranego w niniejszej sprawie materiału dowodowego wynika, iż w dniu 10 marca 2009 r. Zamawiający – Urząd Miasta (...), skierował do Przedsiębiorstwa Wielobranżowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...), zaproszenie do udziału w negocjacjach prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia uzupełniającego na przebudowę nawierzchni pasa drogowego ulic (...), w tym wykonanie odcinka od skrzyżowania ul. Jana Pawła II do posesji nr 18. W dniu 12 marca 2009 r. zamawiający, reprezentowany przez Burmistrza Miasta (...) – Pana (...), udzielił zamówienia publicznego wybranemu wykonawcy, pomimo niezłożenia przez tę Firmę oświadczenia określonego w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp, najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Potwierdzony oświadczeniem obrońcy obwinionego jest fakt złożenia niniejszego oświadczenia w dniu 29 kwietnia 2010 r., a więc po terminie zawarcia umowy, tj. po dniu 12 marca 2009 r. Nie zasługuje na uwzględnienie wyjaśnienie złożone w tej kwestii, z którego wynikało, iż wykonawca, jako uczestnik wielu postępowań o zamówienie publiczne organizowane przez Miasto (...), składał oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wielokrotnie, co uznano za wystarczające i nie żądano od wykonawcy oświadczenia w przedmiotowym postępowaniu. Główna Komisja Orzekająca uznała za udowodnione zaniechanie żądania oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przy jednoczesnym obowiązku takiego żądania wynikającym z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp i podzieliła stanowisko Komisji Orzekającej I instancji co do oceny tego naruszenia, ponadto, zaakceptowano uzasadnienie dla argumentacji co do obowiązku wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania. Tym samym należy przyjąć, iż Komisja I instancji słusznie przypisała obwinionemu (...) zarzut popełnienia czynu kwalifikowanego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uodfp.

Należy także rozważyć zarzuty zawarte w odwołaniu co do braku wpływu niniejszego naruszenia prawa na wynik postępowania. Zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W procedurach zamówień publicznych istnieje obowiązek weryfikacji podmiotowej podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, wynikający zarówno z art. 44 ustawy Pzp, jak też z art. 68 ust. 2 tej ustawy. W procedurach dotyczących zamówień publicznych o wartości szacunkowej niższej niż wynikająca z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wystarczające staje się złożenie oświadczenia własnego, potwierdzającego spełnianie warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, przez ubiegającego się o zamówienie publiczne. Brak jest w ustawie jakiegokolwiek regulacji zwalniającej z tego podstawowego obowiązku, stąd też nie można zaakceptować faktu, iż zamawiający zna sytuację ubiegającej się o zamówienie publiczne Firmy, np. wobec uzyskania oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w innym postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie o zamówienie publiczne może być uznane za zgodne z prawem, jeżeli zostaną spełnione przez obie strony postępowania, obligatoryjne elementy formalne postępowania. Ponieważ w ocenianym postępowaniu organizowanym w trybie zamówienia publicznego udzielono zamówienia uzupełniającego zgodnie z przesłanką określoną w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, oczywiste jest, że ustawa wskazuje wykonawcę z którym to zamówienie może być realizowane. Skoro w postępowaniu nie spełniono wymogu formalnego uzyskania obligatoryjnego oświadczenia wykonawcy z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, to tym samym postępowanie dotknięte było wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne, a to stanowiło podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 tej ustawy. Z wykonawcą, który zaniechał złożenia wymaganego oświadczenia nie można było zawrzeć umowy o zamówienie, postępowanie o zamówienie należało unieważnić na wskazanej postawie prawnej i taka argumentacja dowodzi, iż naruszenie przypisane obwinionemu (...) miało wpływ na wynik postępowania, albowiem wybór wykonawcy był dotknięty wadą prawną. Główna Komisja Orzekająca podtrzymała wobec zarzutu naruszenia kwalifikowanego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp stanowisko Komisji I instancji i argumentację uzasadniającą przypisanie obwinionemu tego naruszenia.

Zarzut popełnienia czynu kwalifikowanego w art. 17 ust. 6 uondfp poprzez dokonanie zmiany umowy o zamówienie publiczne z dnia 1 października 2008 r. na zagospodarowanie terenu w rejonie hali widowiskowo-sportowej w (...) aneksem z dnia 20 kwietnia 2009 r. zwiększającym zakres rzeczowy i wartość wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 23.565,34 zł. bez zachowania przesłanek określonych przepisem art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wymaga rozważenia stanu faktycznego i prawnego z którego wynikało prawo do zmiany umowy.

W dniu 1 października 2008 r. zawarta została umowa nr 28/INW/B-1/2008/55/08 pomiędzy Miastem (...) a Firmą (...) & (...), której przedmiotem było zagospodarowanie terenu wokół hali widowiskowo-sportowej w (...). W paragrafie 4 pkt 1 umowy, strony ustaliły sposób rozliczenia wykonania robót budowlanych i zamawiający zobowiązał się wypłacić wykonawcy wynagrodzenie kosztorysowe określone w ofercie wykonawcy, złożonej w procedurze zamówienia publicznego w wysokości wynikającej z kosztorysu powykonawczego. Przed terminem wykonania zamówienia, tj. 30 kwietnia 2009 r.,

wykonawca przedstawił rozliczenie wykonania robót, z którego wynikało zwiększenie zakresu rzeczowego, a w konsekwencji wzrost wynagrodzenia o kwotę 23.565,34 zł. W dniu 20 kwietnia 2009 r. strony umowy wprowadziły rzeczywistą wartość zamówienia do treści umowy i zmieniły zapis paragrafu 4 pkt 1 w taki sposób, iż zamiast kwoty 653.508,56 zł wpisano wartość 677.073,90 zł. Wprowadzona aneksem zmieniona kwota wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy była tożsama z wartością robót wykazaną w kosztorysie powykonawczym.

W tym stanie faktycznym wymaga rozważenia okoliczność, czy zapisy umowy z dnia 1 października 2008 r., przewidujące ustalenie wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych w wysokości ustalonej w kosztorysie powykonawczym powinny być zmieniane w formie aneksu do umowy, czy też należało zaakceptować zmienioną wartość wynagrodzenia bez jej aneksowania, skoro umowa podstawowa przewidywała taki sposób rozliczenia.

Zarzut zmiany umowy o zamówienie publiczne związany jest z przepisem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazujący zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, chyba że zostaną spełnione przesłanki łagodzące ten zakaz. Ponieważ umowa podstawowa zawarta została w dniu 1 października 2008 r. to ewentualne zmiany podlegają ocenie zgodności z przepisem w brzmieniu obowiązującym do 24 października 2008 r. Główna Komisja Orzekająca dokonała innej oceny zapisów umowy z dnia 1 października 2008 r. i stwierdziła, że strony umowy o zamówienie publiczne uregulowały w niej zasady rozliczenia wykonania robót poprzez dopuszczenie rozliczenia kosztorysem powykonawczym. Taki zapis w umowie podstawowej gwarantował wykonawcy uzyskanie rzeczywistego wynagrodzenia adekwatnego do rzeczywistego zakresu rzeczowego wykonywanych prac. Strony umowy nie były zobowiązane podpisywać aneksu do umowy, skoro nie zmieniały własnych oświadczeń woli, a jedynie zrealizowały ustalony w umowie podstawowej sposób końcowego rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy. GKO uznała za dopuszczalne, także w procedurze zamówienia publicznego, na podstawie ogólnych przepisów prawa cywilnego, uzgodnienie przez strony umowy rozliczenia wykonania robót na podstawie kosztorysu powykonawczego, a taki sposób rozliczenia następuje na zasadzie automatycznej zmiany umowy bez potrzeby składania nowych oświadczeń przez strony tej umowy.

W tym stanie należało zmienić orzeczenie wydane w postępowaniu w I instancji, przyjmując, iż zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 1uondfp, zarzucanego czynu nie popełniono.

8.
Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej
w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
z dnia 30 czerwca 2011 r.
sygn. akt BDF1/4900/21/25/11/983

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Kryczko
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Kasica (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Ireneusz Piasecki
Protokolant:		Hanna Kąkol

rozpoznała na rozprawie w dniu 30 czerwca 2011 r. – przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pana Roberta Wydry – odwołanie wniesione przez Obrońcę Pana (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję zastępcy dyrektora (...) Ośrodków Sportu i Rekreacji – od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z 28 stycznia 2011 r., sygn. akt: DB – 0965/118/10, w zakresie uznania Pana (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu 24 września 2009 r. zamówienia publicznego na „wykonanie projektów architektury wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...)” (umowa z 24 września 2009 r. za wynagrodzeniem 4 672 948, 55 zł.) w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), bez spełnienia – wynikających z powołanego przepisu – przesłanek zastosowania ww. trybu.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła Go obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 271,67 zł.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- art. 36 ust. 1 ustawy.

orzeka:

- 1) uchyla orzeczenie z 28 stycznia 2011 r. Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) w części dotyczącej wymierzenia Obwinionemu (...) kary upomnienia,

- 2) odstępuje od wymierzenia Obwinionemu kary,
- 3) w pozostałym zakresie utrzymuje zaskarżone orzeczenie w mocy.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) zawiadomiony został w dniu 25.06.2010 r. przez Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnych Urzędu Zamówień Publicznych o ujawnionym naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w (...) Ośrodkach Sportu i Rekreacji. Ujawnione naruszenie polegało na przeprowadzeniu postępowania oraz udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych, bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek do jego zastosowania. Jako osobą odpowiedzialną za ujawnioną nieprawidłowość Zawiadamiający wskazał Pana (X) – pełniącego w czasie popełnienia czynu funkcję Dyrektora (...) Ośrodków Sportu i Rekreacji.

Po przeprowadzeniu czynności sprawdzających Zastępcą Rzecznika odmówił wszczęcia postępowania wyjaśniającego wobec osoby wskazanej w zawiadomieniu, a na podstawie art. 99 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej uondfp) swoim postępowaniem i wnioskiem o ukaranie z dnia 07.09.2010 r. objął Pana (...), pełniącego w czasie popełnienia czynu funkcję Zastępcy Dyrektora (...) Ośrodków Sportu i Rekreacji w (...). Pan (...) podpisał przedmiotową umowę, posiadając pisemne, odrębne upoważnienie kierownika jednostki do składania oświadczeń woli.

We wniosku o ukaranie Zastępcą Rzecznika wniosł o ukaranie karą upomnienia Pana (...) odpowiedzialnego – na zasadach art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – zwanej dalej ondfp, za nieumyślne naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) uondfp polegające na udzieleniu zamówienia publicznego w dniu 24.09.2009 r. na „wykonanie projektów wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...)” za wynagrodzeniem 4.672.948,55 zł – w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy- Prawo zamówień publicznych, bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek do jego zastosowania.

W uzasadnieniu do wniosku Zastępcą Rzecznika przedstawił następujący stan faktyczny sprawy. Ośrodki Sportu i Rekreacji 21 września 2009 r. przesłały Prezesowi

Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu – na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest wykonanie projektów architektury wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...). Zamawiający poinformował Prezesa Urzędu, iż postępowanie zostało wszczęte w dniu 18 września 2009 r., a zaproszenie do negocjacji zostało skierowane do Sp. z o. o. w (...). Wskazując art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych, jako podstawę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający podniósł, iż wykonanie przedmiotu zamówienia będzie wymagało ingerencji w istniejącą dokumentację projektową wykonaną przez Sp. z o. o. na podstawie umowy z dnia 13 kwietnia 2007 r. „na zaprojektowanie I trybuny Stadionu Miejskiego w (...) wraz z zapleczem handlowo – usługowym i socjalno – użytkowym oraz zadaszeniem” i umowy z dnia 26 czerwca 2007 r., „na zaprojektowanie dalszego etapu modernizacji Stadionu Miejskiego w (...); opracowanie koncepcji rozbudowy całego Stadionu, zaprojektowanie III trybuny, trzeciego poziomu widowni nad II trybuną wraz z wszystkimi łącznikami i zadaszeniem całości stadionu, zgodnie z programem funkcjonalno – użytkowym i wymaganiami UEFA”.

W ocenie Zamawiającego, dotychczasowemu Wykonawcy przysługuje ochrona prawną – autorska wytworzonej dokumentacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r., o prawie autorskim i prawach pokrewnych, przy czym Zamawiający podkreślił, że nie jest to ochrona nadana mocą decyzji Zamawiającego, lecz wynika z przepisów prawa. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych Zamawiający uzasadniał ponadto kwestią odpowiedzialności wykonawcy za kompleksowo wykonany projekt.

Prezes Urzędu, w odpowiedzi na zawiadomienie, po otrzymaniu dodatkowych wyjaśnień i dokumentów od Zamawiającego 8 lutego 2009 r. na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych. W wyniku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektów architektury wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...) prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki, zostało przez Zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Prezesa Zamawiający nie wykazał, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z przyczynami związanymi z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Prezesa, w przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że w świetle postanowień § 5 ust. 5 umowy z 13 kwietnia 2007 r., oraz § 5 ust. 4 umowy z dnia 26 czerwca 2007 r. z chwilą odbioru dokumentacji projektowej, na Zamawiającego przechodzą prawa autorskie majątkowe w zakresie zastosowania ich do budowy Stadionu Miejskiego w (...). Fakt ten potwierdził sam Zamawiający w wyjaśnieniach z 6 października 2009 r. Prezes stwierdził, że w świetle powyższego, Zamawiający dysponował autorskimi prawami majątkowymi do stworzonego utworu, co skutkuje tym, iż wykonawca przedmiotowego zamówienia mógł być wybrany w procedurze konkurencyjnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku kontroli stwierdził, (cyt.) „o ile prawa autorskie osobiste mają charakter niezbywalny, tak autorskimi prawami majątkowymi twórca może swobodnie rozporządzać zawierając odpowiednie postanowienia w umowach (...). Przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że ze względu na wykonanie uprzednich umów ich wykonawca jest jedynym zdolnym do kolejnego zamówienia prowadzi do naruszenia zasad wolnego rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne. Działania takie stoją w sprzeczności z ustawą – Prawo zamówień publicznych, a ich sankcjonowanie może prowadzić do patologii systemu zamówień publicznych”.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, na gruncie przepisu art. 49 ust. 2 zdanie drugie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zakaz dokonywania zmian w utworze nie ma bowiem charakteru bezwzględneho. Tym samym nie ma przeszkód do modyfikacji utworu, jeżeli są one konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu. Stąd trudne do obrony byłoby stwierdzenie, że projektant architektury wnętrz trybun naruszyłby istotę stworzonych uprzednio projektów.

Od wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Dyrektor (...) złożył – pismem z dnia 8 marca 2010 r. – zastrzeżenia, podnosząc wadliwe ustalenia prawne, pomimo poprawnie opisanego stanu faktycznego zawartego w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 1 marca 2010 r. Dyrektor (...) – powołując się w swych wywodach na komentarz do ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych pod redakcją Janusza Barta (Dom Wydawniczy ABC, 2001 r., wyd. II) – podniósł, że organ kontrolujący nieprawidłowo dokonał rozróżnienia autorskich praw majątkowych i osobistych. Na podstawie tych wywodów sformułował ostateczny wniosek, iż „projekt architektury wnętrz po pierwsze stanowi ingerencję w pierwotny projekt architektoniczny, a po drugie z uwagi na ochronę osobistych praw autorskich do utworu, koniecznym było udzielenie zamówienia autorowi (twórcy) utworu pierwotnego”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 23 marca 2010 r., podtrzymał swoje argumenty przedstawione w informacji o wyniku kontroli, szeroko uzasadniając poszczególne zastrzeżenia. W podsumowaniu stwierdził, że w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający nie wykazał zaistnienia okoliczności, które uprawniałyby do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych. Poinformował także o przekazaniu zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu. W wyniku rozpatrzenia zastrzeżeń KIO w uchwale wyraziła opinię o nieuwzględnieniu zastrzeżeń Zamawiającego do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie legalności wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Umowa na wykonanie projektów architektury wnętrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...) została podpisana 24.09.2009 r. przez Zastępcę Dyrektora (...) Pana (...), na podstawie pisemnego upoważnienia udzielonego przez Dyrektora, zgodnie z Regulaminem Organizacyjnym przyjętym Zarządzeniem Nr 4 z dnia 22.02.2005 r.

Obwiniony, broniąc prawa Zamawiającego do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, złożył Rzecznikowi obszernie wyjaśnienia, w których poinformował między innymi, że cyt. *„podmiot inny niż twórca uprawniony do korzystania z jego utworu nie może dokonywać w nim żadnych zmian, chyba że na ich przeprowadzenie uzyska się zgodę twórcy. W przeciwnym razie zmiany w utworze, w tym w projekcie architektonicznym stanowią bądź ingerencję w autorskie prawa osobiste do utworu, które zawsze przysługują twórcy. Konsekwencją tego jest zmaterializowanie się po stronie twórcy roszczenia przeciwko naruszającemu jego prawa osobiste o ochronę tych praw”*. Dalej Obwiniony wyjaśniał, powołując się na art. 49 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, że *„następca prawny, choćby nabył całość praw majątkowych, nie może, bez zgody twórcy, dokonywać zmian w utworze, chyba, że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miał podstaw się im sprzeciwić”*. Konkludując, Obwiniony stwierdził, że *„konsekwencją przeprowadzenia przetargu i zawarcie z Sp. z o. o. umów o wykonanie projektów architektonicznych dotyczących modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w (...), było zawarcie umowy, której przedmiotem było wykonanie projektów wewnątrz trybun I, II i III Stadionu. Wszystkie projekty będące przedmiotem zawartych umów stanowią funkcjonalną, ściśle powiązaną ze sobą całość”*.

Zastępca Rzecznika nie podzielił argumentów Obwinionego, natomiast w pełni podzielił pogląd Zawiadamiającego o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych i skierował wniosek o ukaranie Pana (...) do Regionalnej Komisji Orzekającej przy RIO w (...).

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniach 22 października 2010 r. i 28 stycznia 2011 r. Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy RIO w (...) orzekła o uznaniu Obwinionego Pana (...) winnym nieumyślnego popełnienia czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 2a uoondfp. Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 uoondfp wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła go kosztami postępowania.

Regionalna Komisja Orzekająca w uzasadnieniu do wydanego orzeczenia, stwierdziła iż w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności postanowień umowy z dnia 13 kwietnia 2007 r. na zaprojektowanie I trybuny Stadionu Miejskiego w (...) wraz z zapleczem handlowo – usługowym i socjalno – użytkowym oraz zadaszeniem, z chwilą odbioru dokumentacji projektowej na Zamawiającego przechodzą prawa autorskie (§ 5 ust. 5 umowy). Podobnie w § 5 ust. 4 umowy z dnia 26 czerwca na zaprojektowanie dalszego etapu modernizacji Stadionu Miejskiego w (...), opracowanie koncepcji rozbudowy całego stadionu, zaprojektowanie III trybuny, trzeciego poziomu widowni nad II trybuną wraz ze wszystkimi łącznikami i zadaszeniem całości stadionu postanowiono, iż z chwilą odbioru dokumentacji projektowej na Zamawiającego przechodzą prawa autorskie majątkowe w zakresie zastosowania projektu do budowy stadionu Miejskiego w (...). Zatem Zamawiający dysponował autorskimi prawami majątkowymi do stworzonego utworu, co wiąże się z tym, iż wykonawca przedmiotowego zamówienia mógł być wybrany w procedurze konkurencyjnej. Regionalna Komisja Orzekająca w tej kwestii przywołała także stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień publicznych zawarte w wyniku kontroli, zgodnie z którym przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że ze względu na wykonanie uprzednich

umów ich wykonawca jest jedynym zdolnym do kolejnego zamówienia, prowadzi do naruszenia zasad wolnego rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne. W ocenie Prezesa UZP, na gruncie przepisów art. 49 ust. 2 zdanie 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych zakaz dokonywania zmian w utworze nie ma bowiem charakteru bezwzględnego. Tym samym nie ma przeszkód do modyfikacji utworu, jeżeli są one konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu. Stąd trudne do obrony byłoby twierdzenie, że projektant architektury wewnątrz trybun naruszałby istotę stworzonych uprzednio projektów. Powyższe stanowisko Prezesa zostało podtrzymane przez Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie UZP po rozpatrzeniu zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej. Na rozprawie Obwiniony poinformował, że podtrzymuje wszystkie wcześniej składane wyjaśnienia, także Prezesowi Urzędu Zamówień publicznych.

W ocenie Oskarżyciela, argumentacja Obwinionego nie zasługiwała na uwzględnienie. Zastępca Rzecznika w pełni podzielił pogląd Zawiadamiącego o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem Rzecznika, nie można zgodzić się z argumentami Obwinionego, iż udzielenie Wykonawcy przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust.1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie uzasadnia kwestia jego odpowiedzialności za kompleksowo wykonany projekt gdyż:

a/ w stanie faktycznym sprawy nie występuje ściśle powiązanie niniejszego zamówienia z uprzednio realizowanymi przez Wykonawcę projektami w zakresie wykraczającym poza niezbędne kwestie techniczne;

b/ nawet zakładając istnienie takiego powiązania, niedopuszczalne byłoby udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych., ze względu na zakres odpowiedzialności, jaki ciąży na wykonawcy. Zakres ten jest bowiem ustalany przez strony przy zawieraniu umowy cywilnoprawnej i może być, z zastrzeżeniami przewidzianymi przepisami prawa, określony swobodnie. Zakres odpowiedzialności nie może być traktowany, jak prawa wyłącznie przysługujące Wykonawcy.

Rzecznik dodał także, że nawet gdyby Zamawiający nie dysponował autorskimi prawami majątkowymi do uprzednio realizowanych projektów, to nie byłoby uzasadnione w niniejszej sprawie zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Wskazywana bowiem przez Zamawiającego konieczność powierzenia realizacji zamówienia polegającego na sporządzeniu dokumentacji projektowej nie może wynikać z zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów wcześniej zawartych z wykonawcą projektów.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała za bezsporny fakt udzielenia w dniu 24.09.2009 r., przez Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji w (...), zamówienia publicznego na „wykonanie projektów architektury wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...) – w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych za uzasadniony i udowodniony.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego, negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę. W przedmiotowej sprawie mowa o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są tryby konkurencyjne, a przesłanki zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki należy traktować, jako wyjątek od zasady i stosować w sposób ścisły. Przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta.

Przesłanka, na jaką powołuje się Zamawiający, określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych, upoważnia do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jeśli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi czy roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Przy czym w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, a przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia zawartych w nim okoliczności tj. usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę oraz muszą zaistnieć obiektywne przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych nie wystarczy wykazać, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Istotne dla skorzystania z przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych jest również wykazanie, że usługa może być wykonana wyłącznie przez określonego wykonawcę. Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że w rozpatrywanym przypadku oczywistym jest istnienie konkurencji na rynku usług projektowych, a zatem istnieje potencjalna możliwość realizacji tego zamówienia przez inny niż wskazany przez Zamawiającego podmiot. Komisja stanęła na stanowisku, że kontraktowa ochrona prawa wyłącznego nie uzasadnia do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych i nie może być obiektywną przesłanką do udzielenia zamówienia wykonawcy, z którym wcześniej zawarto tę umowę.

RKO podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, która stwierdziła, że przyjęcie, iż jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotową umowę, z uwagi na ochronę praw autorskich, jest podmiot wykonujący poprzednie umowy, mogłoby prowadzić do patologii rynku zamówień publicznych i akceptowania sztucznego monopolu. Na poparcie tego stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza przytoczyła stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie przedstawione w wyroku z dnia 6 kwietnia (sygn. akt II GSK 7/06), gdzie wskazano „praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki mogłaby doprowadzić do omijania wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych przez jednostki tego sektora,

które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy”. RKO w pełni podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że przedmiot zamówienia obejmuje stworzenie nowego utworu, nowych projektów architektonicznych dotyczących wnętrza stadionu, a nie modyfikację projektów już istniejących. Tym samym RKO nie uwzględniła argumentu Zamawiającego naruszenia autorskich praw osobistych poprzez wprowadzenie zmian w dotychczasowych projektach, podzieliła natomiast stanowisko wyrażone w informacji o wynikach kontroli, że nawet gdyby traktować, choć jest to co najmniej wątpliwe, przedmiotowe zamówienie, jako zmianę utworu to nie uzasadnia to również konieczności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W oparciu o art. 49 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych istnieje bowiem możliwość dokonywania zmian w utworze, jeżeli spowodowane są oczywistą koniecznością i twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Tym samym RKO nie uwzględniła argumentów Obwinionego, że organy kontroli wadliwie ustaliły, że niniejsze zamówienie nie stanowi ingerencji w dotychczasową dokumentację projektową posiadana przez zamawiającego, a projekty pierwotne oraz zakwestionowane zamówienie stanowią funkcjonalną całość i połączone są w jedną koncepcją projektową, którą wolno wykonać tylko i wyłącznie twórcy projektu pierwotnego.

W ocenie RKO, w oparciu o stan faktyczny i prawny sprawy, zarzucany czyn wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) uondfp. W ocenie RKO, odpowiedzialność Pana (...), osoby uprawnionej do składania oświadczeń woli na mocy odrębnego, pisemnego upoważnienia, za ujawnione nieprawidłowości nie ulega wątpliwości. Zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (poprzednio art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych), to kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej. Kierownik może jednak powierzyć określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej pracownikom jednostki, a przyjęcie obowiązków winno być potwierdzone na piśmie – co w niniejszej sprawie wystąpiło. Umowę objętą niniejszym postępowaniem podpisał Pan (...), zastępca Dyrektora, zatem jest odpowiedzialny za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie określonym w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) uondfp. RKO uznała, iż Zastępca Rzecznika wykazał, że działanie Obwinionego w przedmiotowym zakresie zostało przez niego zawinione, zatem można mu przypisać winę. W ocenie RKO, czyn popełniono nieumyślnie na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. RKO podzieliła stanowisko z wniosku Rzecznika i wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia, uwzględniając nieumyślność popełnienia czynu i dotychczasową niekaralność Obwinionego.

Pismem z dnia 25 lutego 2011 r. Obwiniony wniósł odwołanie od orzeczenia z dnia 28.01.2011 r. za pośrednictwem obrońcy. Obrońca zarzuca wydanemu orzeczeniu naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) uondfp, poprzez przyjęcie, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki odbyło się z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, oraz art. 87 i art. 89 ust. 1 i 3 uondfp, poprzez oddalenie na rozprawie w dniu 22 października 2010 r. wniosków dowodowych o przesłuchanie świadków – prof. dr hab. (1) oraz dr hab. (2).

Obronca wniósł, po pierwsze, o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie Obwinionego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie po drugie, o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez organ I instancji.

W uzasadnieniu Obronca wskazał, że argumentacja prawna organu I instancji, która stanowiła podstawę rozstrzygnięcia, obarczona była błędem w rozróżnieniu kluczowych pojęć: prawa autorskie osobiste i prawa autorskie majątkowe. Regionalna Komisja Orzekająca oparła się na założeniu, że skoro Zamawiający (POSiR) dysponował prawami autorskimi do utworu (projektów architektonicznych) to jego wykonawca powinien zostać wyłoniony w procedurze konkurencyjnej wskazanej w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Obronca stwierdził, że to błąd, bowiem pełnia autorskich praw majątkowych do utworu przysługuje twórcy, który prawa te może w całości lub w części zbyć osobie trzeciej. Zbycie to jednak nie oznacza, że ich nabywca może w sposób nieograniczony korzystać z danego utworu. Zdaniem Obroncy, zakres eksploatacji utworu, w tym projektu architektonicznego, wyznaczają bowiem autorskie prawa osobiste, które są niezbywalne, a ich ochrona nie jest ograniczona w czasie.

Obronca stwierdził ponadto, że złożenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie było konieczne, albowiem w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z umową, której przedmiotem było cyt. „uszczegółowienie sporządzonych dotychczas w oparciu o umowy z dnia 13 kwietnia 2007 r., 26 czerwca 2007 r. i 27 maja 2008 r. projektów. W niniejszym przypadku mamy bowiem do czynienia z pojęciem całkowitej integralności utworu i nienaruszalności praw twórcy, tj. umowa z 24 września 2009 r. została zawarta w ramach pierwszego przetargu”. Uzasadniając powyższą tezę, Obronca wskazał, iż w przypadku skomplikowanej inwestycji, jaką jest z pewnością Stadion Miejski w (...), procedury przetargowe wydłużają czas realizacji inwestycji, co nastąpiłoby w razie wyboru innego wykonawcy. Każdy nowo wyłoniony projektant musiałby „uczyć się” projektu sporządzonego przez poprzednika tj. projektu ogólnego/koncepcyjnego, a także czynić uzgodnienia z autorem projektu pierwotnego, gdyż jego prawa osobiste do projektu są niezbywalne.

Obronca wskazał też, że w 2007 r., kiedy wszczęto procedurę przetargową na rozbudowę Stadionu Miejskiego w (...), nie było wiadomo, kto będzie organizatorem Mistrzostw Europy w piłce nożnej w 2012 r. Po decyzji, w której prawo to otrzymała także Polska, a jednym z miast organizatorów będzie (...) było rzeczą oczywistą, że rozbudowa Stadionu Miejskiego w (...) musi zostać dostosowana do wymogów UEFA, co w szczególności odnosi się do architektury wnętrz, przy czym jej projekt musiał odpowiadać już wcześniej sporządzonemu projektowi ogólnokoncepcyjnemu.

Obronca zarzucił też organowi I instancji naruszenie art. 87 i 89 ust. 1 i 3 uondfp poprzez oddalenie na pierwszej rozprawie (22.10.2010 r.) wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków; prof. dr hab. (1) i dr hab. (2) na okoliczność interpretacji przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Reasumując, Obronca stwierdził, że w niniejszej sprawie, w związku z zawartymi trzema umowami na wykonanie projektów modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w (...), konieczne stało się zawarcie z Sp. z o. o. w (...), kolejnej umowy (z dnia 24.09.2009 r.), której przedmiotem było wykonanie projektów architektury

wnętrz trybun I, II i III tegoż stadionu. Przedmiot tej umowy jest funkcjonalnie związany z całościową koncepcją rozbudowy Stadionu, a przedmiotowa umowa stanowi element pakietu projektów związanych z zamierzeniem inwestycyjnym. W związku z tym zdaniem Obroncy ziściły się wszystkie przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych dopuszczające udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Jak podkreślił Obronca, wykonanie projektu architektury wnętrz Stadionu Miejskiego w (...) było prawem wyłącznym projektanta Sp. z o. o., który wykonał projekt koncepcyjny/ogólny rozbudowy przedmiotowego stadionu. Tym samym, zdaniem Obroncy, nie można przypisać Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) uondfp.

Główna Komisja Orzekająca ustaliła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, GKO uznała, że wszczynając postępowanie i udzielając zamówienia (umowa z dnia 24.09.2009 r. z Sp. z o. o. z siedzibą w (...)) na wykonanie projektów architektury wnętrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...), w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych naruszono przepisy Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu Obwinionego, GKO, nie negując teoretycznych wywodów Obwinionego i jego Obroncy na temat praw autorskich podkreśla, że nie wystarczą one, aby można było przy udzieleniu zamówienia publicznego zastosować tryb szczególny, jakim jest art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych, czyli udzielić zamówienia z wolnej ręki. Przesłanka, na jaką powołuje się Zamawiający, określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych, upoważnia do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jeśli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi czy roboty budowlane mogą być świadczone **tylko przez jednego wykonawcę**. Przy czym w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, a przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia zawartych w nim okoliczności, tj. **usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę oraz muszą zaistnieć obiektywne przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów**. Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych nie wystarczy wykazać, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Istotne dla skorzystania z przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych jest również wykazanie, że usługa może być wykonana wyłącznie przez określonego wykonawcę. GKO podziela w tym zakresie stanowisko Komisji I instancji, która stwierdziła, że w rozpatrywanym przypadku oczywistym jest istnienie konkurencji na rynku usług projektowych, a zatem istnieje potencjalna możliwość realizacji tego zamówienia przez inny niż wskazany przez Zamawiającego podmiot. GKO podziela także stanowisko Komisji I instancji, która uznała, że kontraktowa ochrona prawa wyłącznego nie może stanowić uzasadnienia do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych i nie może być obiektywną przesłanką do udzielenia zamówienia wykonawcy, z którym wcześniej zawarto umowę. Zarówno z akt sprawy, jak i przebiegu rozprawy przed GKO wynika jednoznacznie, że udzielając zamówienia na projekt architektury wnętrz trybun I, II i III Stadionu Sportowego w (...) Zamawiający

oczekiwał nowego projektu architektonicznego dotyczącego wnętrza stadionu, a nie modyfikacji projektów już istniejących. Jak stwierdził Obwiniony w odwołaniu, poprzednie projekty miały charakter projektów koncepcyjno/ogólnych, przedmiotem nowej umowy było uszczegółowienie projektów w oparciu o całkowicie odmienne warunki spowodowane koniecznością dostosowania rozbudowy stadionu do wymogów UEFA, a głównie spełnienie wymagań związanych z organizacją Mistrzostw Europy w piłce nożnej w roku 2012. W tym zakresie należy także przytoczyć z pisma obrońcy Obwinionego z dnia 22 listopada 2010 r. informację, że ze względu na niepewność co do konkretnych wymagań i rozwiązań w zakresie architektury wnętrz, umowy z dni 27 maja 2008 r. i 26 czerwca 2007 r. nie obejmowały swoim zakresem wykonania aranżacji wnętrz trybun. Jeżeli jest tak, jak twierdzi Obwiniony, że Zamawiającemu bardzo zależało na tym, aby projekty architektoniczne, dla chociażby zapewnienia sobie prawa dochodzenia odpowiedzialności od jednego wykonawcy, realizowane były przez jednego wykonawcę, nic nie stało na przeszkodzie, aby zlecić jemu także projekt architektury wnętrz trybun już w pierwszych zamówieniach, czego jednak nie uczyniono. Obrońca w odwołaniu stwierdził także, że zamówienie z 24.09.2009 r. dokonane w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy – Prawo zamówień publicznych nie było konieczne, albowiem w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z umową, której przedmiotem było „uszczegółowienie” umów z dni 13.04.2007 r., 26.06.2007 r. i 27.05.2008 r. Jednak w żadnej z wcześniej zawartych umów nie przewidywano konieczności ich „uszczegółowienia”, w zakresie architektury wnętrz.

GKO stwierdziła, że Komisja I instancji prawidłowo oceniła dowody w niniejszej sprawie, dzieląc stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie możliwości stosowania w niniejszej sprawie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy – Prawo zamówień publicznych. Uznała, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy – Prawo zamówień publicznych zezwalające na zastosowanie trybu z wolnej ręki i nie istniały żadne przeszkody faktyczne i prawne, aby wykonanie projektów architektury wnętrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...) nastąpiło zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do drugiego zarzutu podniesionego w odwołaniu, GKO nie podziela stanowiska obrońcy o naruszeniu przez Komisję I instancji przepisów art. 87 i art. 89 ust. 1 i 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez oddalenie na rozprawie w dniu 22 października 2010 r. wniosków dowodowych o przesłuchanie – w charakterze świadków – prof. dr hab. (1) oraz dr hab. (2). Odrzucając wnioski dowodowe, Komisja I instancji słusznie uznała, że osoby te nie wyjaśniają okoliczności faktycznych sprawy, a jedynie okoliczności istnienia praw autorskich osobistych, którego to faktu Komisja I instancji nie kwestionowała. Powołując się na przepisy art. 89 ust. 4 uoondfp Komisja I instancji wnioski odrzuciła. GKO, dzieląc stanowisko Komisji I instancji wskazuje, że w toku postępowania, zarówno przed Komisją I instancji, jak przed GKO, nie były przez organy kwestionowane prawa autorskie twórcy projektów architektonicznych wykonanych dla modernizacji Stadionu Miejskiego w (...). Kwestionowane jest wykorzystanie tego prawa, jako

przesłanki wystarczającej dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy – Prawo zamówień publicznych. Aby można było zastosować art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy – Prawo zamówień publicznych, niezbędny jest **występujący łącznie** drugi warunek, a mianowicie dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, bowiem rynek usług projektowych jest rynkiem konkurencyjnym.

Główna Komisja Orzekająca podkreśla, że w niniejszym stanie faktycznym sprawy nie jest wykluczone złożenie zamówienia z wolnej ręki, ale nie w oparciu o zastosowany przez Obwinionego art. 67 ust.1 pkt. 1 lit. b ustawy – Prawo zamówień publicznych, dla którego Zamawiający nie spełniał wymaganych warunków.

Mając na uwadze powyższe, Główna Komisja Orzekająca uznała, że zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest uzasadniony. Zgodnie z art. 17 ust.1 pkt.2 lit a uondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, w niniejszej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Odpowiedzialność za powyższe naruszenie ponosi Pan (...), który, jako osoba upoważniona przez Kierownika jednostki do składania oświadczeń woli, podpisując w dniu 24.09.2009 r. umowę na „wykonanie projektów architektury wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w (...), w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust.1 pkt.1 lit b ustawy – Prawo zamówień publicznych bez spełnienia przesłanek do jego zastosowania, udzielił zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Naruszenie to popełniono nieumyślnie na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. GKO podziela stanowisko Komisji I instancji, że Obwiniony w istocie rzeczy nie dołożył staranności, by uniknąć naruszenia prawa, był przekonany o prawidłowości swojego sposobu postępowania. W tej sytuacji bezspornie winę za stwierdzone naruszenie ponosi Obwiniony.

Co do kary, Główna Komisja Orzekająca odstąpiła od ukarania Pana (...), podziеляjąc argumenty wskazane w orzeczeniu Komisji I instancji, a także uwzględniając wyjaśnienia złożone przez Obwinionego na rozprawie przed GKO.

W szczególności GKO wzięła pod uwagę fakt, że Obwiniony udzielił zamówienia publicznego podpisując umowę z dnia 24.09.2009 r. w zastępstwie Kierownika jednostki (podczas Jego nieobecności), nie podejmował decyzji o wyborze trybu, w jakim miało być przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszej sprawie – jak wykazano wyżej – Zamawiający stosując procedurę szczególną uczynił to z naruszeniem przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy – Prawo zamówień publicznych. Nie można jednak wykluczyć, że w zaistniałym stanie faktycznym, było możliwe zastosowanie procedury szczególnej, z zachowaniem przepisów prawa zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, oraz fakt dotychczasowej niekaralności Obwinionego GKO odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.

9.
Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej
w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
z dnia 21 lipca 2011 r.
sygn. akt BDF1/4900/41/47/RN-13/11/1524

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przew. GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Gryśka (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Władysław Budzeń
Protokolant:		Danuta Gzyra

rozpoznała na rozprawie w dniu 21 lipca 2011 r., przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Jacka Krawczyka – odwołanie wniesione przez Rzecznika I instancji na niekorzyść obwinionej (...) (zam. (...)) – pełniącej w czasie zarzucanego jej czynu funkcję Wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Gdańsku z dnia 7 marca 2011 r., sygn. akt: KO.0022-52-1-77/10.

Zaskarżonym orzeczeniem Komisja Orzekająca I instancji uniewinniła obwinioną (...) (cytat z sentencji orzeczenia): „od zarzutu popełnienia nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na nieustaleniu – w okresie od 1 grudnia 2007 r. do 31 maja 2010 r. – należności gminy z tytułu czynszu za dzierżawę 4 lokali użytkowych przeznaczonych na gabinety lekarskie i stomatologiczne w m. (...) i w m. (...) w łącznej wysokości 17.017,84 zł, tj. naruszenia § 1 ust. 1 pkt 6 uchwały Rady Gminy (...) Nr XXXVI/264/06 z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...), tj. od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych”.

Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja Orzekająca I instancji orzekła, iż koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Główna Komisja Orzekająca – biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały – na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy.

orzeka:

Utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z dnia 7 marca 2011 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Gdańsku uniewinniła (...) – wójta Gminy (...) od zarzutu nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na nieustaleniu, w okresie od 1 grudnia 2007 r. do 31 maja 2010 r., należności gminy z tytułu czynszu za dzierżawę 4 lokali użytkowych przeznaczonych na gabinety lekarskie i stomatologiczne w m. (...) i w m. (...) w łącznej wysokości 17.017,84 zł, tj. naruszenia § 1 ust. 1 pkt 6 uchwały Rady Gminy (...) Nr XXXVI/264/06 z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...).

Podstawą rozstrzygnięcia Komisji orzekającej pierwszej instancji były następujące ustalenia faktyczne.

Obwiniona pełni funkcję wójta Gminy (...) od dnia 6 grudnia 2006 r. W dniu 17 maja 2005 r. wójt Gminy (...) wydał Zarządzenie Nr 24/05 w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu najmu za wynajmowanie nieruchomości stanowiących własność Gminy (...), na mocy którego zostały zwolnione z czynszu lokale użytkowe stanowiące własność Gminy wynajmowane m.in. na działalność leczniczą. W dniu 23 listopada 2005 r. Gmina (...) zawarła dwie umowy najmu lokali użytkowych (w miejscowości (...) oraz (...)). Kolejne dwie kwestionowane umowy najmu Gmina (...) zawarła w dniu 26 stycznia 2006 r. i również dotyczyły one najmu lokalu użytkowego znajdującego się w komunalnym budynku użytkowo mieszkalnym w miejscowości (...) oraz miejscowości (...). Wszystkie wskazane umowy zostały zawarte przez obwinioną jako reprezentującą Gminę (...). Zgodnie z treścią zawartych umów najemca zobowiązywał się do prowadzenia w wynajmowanych lokalach działalności związanej z udzielaniem świadczeń podstawowej opieki zdrowotnej. Wszystkie umowy zostały zawarte na okres 5 lat z zastrzeżeniem, że mogą być rozwiązane przez każdą ze stron wcześniej za półrocznym wypowiedzeniem, na piśmie z ważnych powodów. We wszystkich umowach najemcy zostali zwolnieni z obowiązku uiszczania wynajmującemu czynszu najmu.

W dniu 29 września 2006 r. Rada Gminy (...) podjęła uchwałę Nr XXXVI/264/06 w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...). Uchwała weszła w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Województwa (...).

Mimo, iż przywołana uchwała nie zawierała postanowień dotyczących zwolnień z obowiązku uiszczania czynszu najmu, zarządzenie Wójta Gminy (...) Nr 24/05 w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu najmu za wynajmowanie nieruchomości stanowiących własność Gminy (...) nie zostało uchylone ani zmienione.

Następnie, w dniu 19 marca 2010 r. Rada Gminy (...), uchwałą Nr XXXVI/216/10, uchyliła wskazaną wyżej uchwałę Nr XXXVI/264/06 Rady Gminy (...) z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...). Po wejściu w życie powyższej uchwały, wójt Gminy (...) w dniu 8 czerwca 2010 r. wydał zarządzenie Nr 47/10 w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...).

W trakcie prowadzonego postępowania, w pisemnych wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2010 r., obwiniona podniosła, że celem zwolnienia z czynszu przedmiotowych lokali użytkowych było zapewnienie dostępu mieszkańców gminy do usług leczniczych finansowanych w ramach kontraktów z Narodowym Funduszem Zdrowia. Wskazała, że miejscowości, w których te usługi były świadczone są oddalone od (...) i nie są zbyt atrakcyjne dla podmiotów chcących świadczyć usługi lecznicze z uwagi na stosunkowo małą liczbę mieszkańców, brak apteki, złą komunikację. Obwiniona wskazała, że umowy, które były zawarte z podmiotami świadczącymi usługi lecznicze są umowami prawa cywilnego, stąd wprowadzenie zmian uzależnione jest od dokonania wypowiedzenia. Gmina nie miała żadnej gwarancji, że wypowiedzenia zostałyby przyjęte. Obwiniona ponadto podniosła, że osobom świadczącym usługi lecznicze wynajęto mieszkania komunalne z zasobu gminy na czas świadczenia usług na terenie gminy, a pozyskanie lekarzy chcących pracować na terenach wiejskich oddalonych od dużych ośrodków nie jest łatwą sprawą. Dalej wskazała, że w związku z zastrzeżeniami inspektorów Regionalnej Izby Obrachunkowej w trakcie kompleksowej kontroli finansowej w 2010 r., którzy zauważyli, że ustalenie stawek czynszu leży w kompetencji wójta a nie rady gminy, przedłożyła Radzie Gminy, jeszcze podczas kontroli, projekt uchwały w sprawie uchylenia uchwały Nr XXXVI/264/06 z dnia 29 września 2006 r. ustalającej wysokość stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...). Rada Gminy podjęła w dniu 19 marca 2010 r. uchwałę w sprawie uchylenia uchwały nr XXXVI/264/06 z dnia 26 września 2006 r., którą opublikowano w Dzienniku Urzędowym Województwa (...) Nr 76, poz. 1305 z dnia 27 maja 2010 r. Następnie zarządzeniem Nr 47/10 z dnia 8 czerwca 2010 r. ustaliła stawki czynszu za najem i dzierżawę nieruchomości gminnych.

W trakcie rozprawy przed Komisją orzekającą pierwszej instancji obwiniona podniosła, że dla gabinetów lekarskich i stomatologicznych nie zostały w ogóle ustalone stawki. W uchwale Rady Gminy określono stawkę dla prywatnych gabinetów lekarskich i stomatologicznych oraz aptek. Dalej wskazywała, że co prawda gabinety, o których mowa we wniosku o ukaranie są prywatne, ale mieszkańcy nie płacą za wizyty, ponieważ gabinety te mają podpisane umowy z NFZ-em. W związku z powyższym, w ocenie obwinionej, nie było podstaw, aby stosować do nich przedmiotowa uchwałę. Zdaniem obwinionej, Rada Gminy celowo wykluczyła te gabinety z kręgu podmiotów zobowiązanych do płacenia czynszu. Było to konsekwencją zarządzenia Wójta, którym to zwolnił on gabinety lekarskie z obowiązku płacenia czynszu. Powyższe zwolnienie miało na celu zachęcenie lekarzy do pracy na tym terenie.

Rozstrzygając jak w sentencji zaskarżonego orzeczenia, Komisja Orzekająca pierwszej instancji uwzględniła, że zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest nieustalenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo ustalenie takiej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Biorąc pod uwagę materiał dowodowy zebrany w sprawie, Komisja Orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w wyżej cytowanym przepisie. W ocenie organu pierwszej instancji, pomimo podjęcia przez Radę Gminy (...) w dniu 29 września 2006 r. uchwały Nr XXXVI/264/06 w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...), która nie przewidywała zwolnień z czynszu najmu lub dzierżawy, nie zostało uchylone zarządzenie Wójta Gminy (...) Nr 24/05 z dnia 17 maja 2005 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu najmu za wynajmowanie nieruchomości stanowiących własność Gminy (...), na mocy którego zostały zwolnione z czynszu lokale użytkowe, których dotyczy wnioszek o ukaranie. Według Komisji orzekającej pierwszej instancji brak jest podstaw do przyjęcia, że wejście w życie wyżej wskazanej uchwały spowodowało utratę mocy obowiązującej zarządzenia wójta Gminy (...) Nr 24/05, bowiem zarówno przedmiotowe zarządzenie jak i uchwała zostały podjęte na podstawie przepisów ustawy o samorządzie gminnym. Nie można zatem stwierdzić, że zarządzenie stanowiło akt niższego rzędu niż uchwała, a w konsekwencji uznać, że jego przepisy zostały uchylone przez przepisy uchwały regulujące tą samą materię w sposób odmienny. Komisja zauważyła, że uchwała z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...) nie została podjęta z uwagi na zmianę organu kompetentnego do ustalania stawek czynszu za najem i dzierżawę nieruchomości gminnych, którym – w ocenie Komisji – zarówno w dniu wydania zarządzenia Nr 24/05, jak i wskazanej uchwały był wójt stosownie do treści art.30 ust. 2 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym i art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, w świetle których gminnym zasobem nieruchomości gospodaruje wójt.

W ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji, w ustalonym w sprawie stanie faktycznym, w obrocie funkcjonowały dwa akty prawne w odmienny sposób regulujące kwestię czynszów najmu i dzierżawy nieruchomości Gminy (...). W takim stanie faktycznym i prawnym Komisja Orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że nie można zarzucić (...), że nie wypowiedając przedmiotowych umów najmu lokali użytkowych spowodowała naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż wypowiedzenie tych umów byłoby sprzeczne z prawem i w konsekwencji mogłoby narazić Gminę (...) na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Z orzeczeniem powyższym nie zgodził się rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji, który zaskarżył je w całości pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił obrazę prawa materialnego tj. § 1 ust. 1 pkt 6 uchwały Rady Gminy (...) Nr XXXVI/264/06 z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...), poprzez błędną ocenę zebranego materiału dowodowego

i w konsekwencji niesłuszne uniewinnienie (...) od zarzutu nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W ocenie odwołującego się rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji, w okresie od listopada 2007 r. do czerwca 2010 r. (tj. w czasie nieustalenia należności gminy) kwestie kogo, w jakim zakresie i jaka stawką czynszową należy obciążać przy oddawaniu nieruchomości gminnych w najem lub dzierżawę kompleksowo i jednoznacznie regulowała wyłącznie podjęta przez Radę Gminy (...) w dniu 29 września 2006 r. uchwała Nr XXXVI/264/06 w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...). Rzecznik wskazał, że zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym wójt (będący organem wykonawczym gminy) wykonuje uchwały rady gminy. Wójt działa poprzez wydawanie zarządzeń. Niedopuszczalna jest zatem sytuacja, że dany obszar prawny może być regulowany odmiennie przez uchwałę rady i przez zarządzenie wójta. Jednak gdy do tego dojdzie, w myśl przytoczonego przepisu ustawy o samorządzie gminnym, pierwszeństwo ma uchwała, którą to wójt (np. w drodze stosownych zarządzeń) ma obowiązek wykonywać. Każde odmierne działanie wójta narusza zarówno taką uchwałę, jak i przytoczone wyżej przepisy ustawowe. W przypadku braku wyraźnego uchYLENIA sprzecznego z uchwałą zarządzenia organu wykonawczego – zdaniem rzecznika – akt wyższego rzędu, jakim jest uchwała (w dodatku podjęta później od zarządzenia) automatycznie deroguje postanowienia sprecznych z jej treścią aktów.

Stwierdzając powyższe rzecznik wskazał, iż podtrzymuje wniosek o ukaranie z dnia 30 grudnia 2010 r. i wnosi o wydanie nowego orzeczenia, zmieniającego zaskarżone orzeczenie poprzez uznanie obwinionej winną zarzuconego czynu i wymierzeniu jej kary nagany, albo o uchYLENIE zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Regionalnej Komisji Orzekającej do ponownego rozpoznania.

Rozpoznając sprawę, Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, co następuje.

Biorąc pod uwagę, że organ pierwszej instancji, dokonując ustaleń faktycznych, w sposób wzorowy wskazał w uzasadnieniu dowody, na jakich w tej mierze się oparł, a ustalony stan faktyczny jest spójny, udokumentowany i niekwestionowany przez żadną ze stron postępowania, Główna Komisja Orzekająca oparła swoje orzeczenie na ustaleniach faktycznych dokonanych przez Komisję orzekającą pierwszej instancji.

O ile ustalenia Komisji orzekającej pierwszej instancji w zakresie stanu faktycznego nie budzą żadnych wątpliwości, to rozważania dotyczące strony prawnej sprawy mogą budzić pewne zastrzeżenia co do ich wnikliwości i kompletności, jako nieporuszające wszystkich aspektów mających znaczenie dla wydanego w sprawie rozstrzygnięcia w kontekście zasad odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Podkreślić należy, że czyny wchodzące w zakres naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, z racji styku reżimów różnych gałęzi prawa (administracyjnego, karnego, cywilnego), budzą wiele wątpliwości zarówno w orzecznictwie, jak i poglądach doktryny.

Według oskarżenia, zarzut nieustalenia należności gminy z tytułu czynszu za dzierżawę lokali polegać miał na niedokonaniu wypowiedzenia zawartych umów najmu,

przez co nie nastąpiło ustalenie należności wynikających z uchwały Rady Gminy (...) z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...). Wskazać w tym miejscu należy, że co prawda – od dnia 10 lipca 2001 r. – art. 673 § 3 Kodeksu cywilnego, dodany przez art. 26 pkt 4 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 71, poz. 733), dopuszcza możliwość wcześniejszego wypowiedzenia umowy najmu zawartej na czas oznaczony, to czyni to na zasadzie wyjątku – tylko w tych sytuacjach, w których strony dopuściły taką możliwość w umowie i wyłącznie w wypadkach w tej umowie określonych.

Wszystkie kwestionowane w niniejszej sprawie umowy zawierały klauzulę o możliwości ich wcześniejszego wypowiedzenia „na piśmie, z ważnych powodów”. Na rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą zastępca Głównego rzecznika dyscypliny finansów publicznych stwierdził, że uchwalenie wskazanej wyżej uchwały przez Radę Gminy (...) było właśnie takim ważnym powodem, ponieważ w momencie, kiedy umowy zawierano nie było tych stawek, natomiast później zostały one wprowadzone. Główna Komisja Orzekająca wyraża wątpliwości co do powyższego stanowiska. Należy podkreślić, że stroną wszystkich umów była Gmina (...), jako osoba prawna. Z cywilistycznego punktu widzenia, czynności poszczególnych organów gminy są więc czynnościami tej osoby prawnej. Bezkrytyczne przyjęcie stanowiska oskarżenia prowadziłyby zatem do sytuacji, w której jedna ze stron umowy miałaby prawo wiążącego wpływania na istniejący stosunek prawny z tego względu, iż niektóre jej czynności podejmowane są przez organ stanowiący i są wiążące dla organu wykonawczego, który reprezentuje gminę w czynnościach prawnych. Uznanie, że uchwała rady gminy ustalająca stawki najmu, które są podstawą umów najmu zawartych już na czas oznaczony jest podstawą wypowiedzenia tych umów przez organ wykonawczy (przy czym z punktu widzenia drugiej strony umowy są to cały czas działania tej samej osoby prawnej) prowadziłyby do podważenia równości stron umowy i bezpodstawnie – w ocenie GKO – rozszerzałyby zakres dopuszczalności wypowiedzenia umowy najmu zawartej na czas oznaczony.

Rozstrzygającym argumentem przemawiającym za utrzymaniem w mocy zaskarżonego orzeczenia było jednak uwzględnienie przez Główną Komisję Orzekającą zasady postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wynikającej z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Stosownie bowiem do tego przepisu, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawy.

W doktrynie prawa karnego (z którego pochodzi wskazana wyżej reguła orzekania), uwzględniając orzecznictwo Sądu Najwyższego, powszechnie przyjmuje się, że pod pojęciem „ustawy” należy rozumieć cały obowiązujący w danym czasie stan prawny odnoszący się do badanego czynu (zob. np. Kodeks karny. Komentarz pod red. M. Królikowskiego, R. Zawłockiego, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2011, t. I, str. 304 i n.). *„Wprawdzie, zgodnie z zasadą określoności czynu, czyn zabroniony musi być określony w ustawie, to o prawnej ocenie takiego czynu mogą decydować też przepisy*

niższego rzędu, np. wypełniające ustawowy blankiet lub precyzujące znamiona zawarte w ustawie (np. przesłanki zezwolenia) (...) <Zmiana ustawy> może dotyczyć więc zarówno zmiany ustawy sensu stricto, jak i zmiany innych przepisów wartościujących badany czyn. Jeżeli wysokość grzywny za przestępstwa celne jest zależna od wysokości cła, zmiana stawek taryfy celnej zmienia jednocześnie podstawę wymiaru grzywien. Chociaż więc wielokrotność grzywny w stosunku do uszczuplonego cła pozostaje niezmieniona, to mamy do czynienia ze zmianą <ustawy> w znaczeniu art. 4” (G. Bogdan, Z. Ćwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Komentarz. Zakamycze, Kraków 2004 – przyw. za LEX). Powyższe zasady interpretacji rozciągane są na sprawy o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zob. T. Robaczyński, P. Gryśka, Dyscyplina finansów publicznych, C.H. Beck, Warszawa 2005, str. 193).

W praktyce orzeczniczej organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych powszechnie przyjmuje się, że przepis art. 24 ust. 1 ma zastosowanie nie tylko do ustawy będącej podstawą wydawania orzeczenia przez organy orzekające (tj. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych) ale również do wszystkich ustaw szczególnych, mających znaczenie dla rozpoznania postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych (zob. np. orzeczenie GKO z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. BDF1/4900/38/44/10/1152, orzeczenie GKO z dnia 4 marca 2010 r. sygn. BDF1/4900/1/1/10/25).

W orzeczeniu z dnia 24 maja 2007 r. (sygn. DF/GKO-4900-9/9/RN-3/07/427) Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych posługuje się pojęciem ustawy sensu largo. Oznacza to, że chodzi tutaj zarówno o samą ustawę jak i wszystkie akty wykonawcze wydane na jej podstawie i w granicach wyraźnego upoważnienia zawartego w tej ustawie. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej rozstrzygającej w niniejszym składzie, stwierdzenie to odnosi się również do – wydanych na podstawie ustawy – aktów prawa miejscowego. Zasadnym wydaje się powtórzyć stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu przywołanego orzeczenia GKO z dnia 24 maja 2007 r., że zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, członkowie komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, są niezawiśli w zakresie orzekania i podlegają wyłącznie przepisom prawa. Podstawa orzekania w przypadku członków komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obejmuje zatem prawo w rozumieniu źródeł prawa ustalone przez normy wynikające z przepisu art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. W orzecznictwie NSA bardzo wcześnie ukształtowała się linia orzecznicza, zgodnie z którą przepis prawa obowiązującego obejmuje nie tylko ratyfikowane umowy międzynarodowe, akty ustawodawcze, ale także akty wykonawcze wydane na podstawie i w granicach wyraźnego upoważnienia zawartego w akcie ustawodawczym, tj. rozporządzenia, a także akty prawa miejscowego obowiązujące na obszarze działania organów, które je ustanowiły. Z dniem wejścia Polski do Unii Europejskiej źródłami prawa stało się także prawo wspólnotowe pierwotne i pochodne.

W niniejszej sprawie jako naruszony przepis prawa konsekwentnie wskazywano naruszenie § 1 ust. 1 pkt 6 uchwały Rady Gminy (...) Nr XXXVI/264/06 z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub

dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...). Takie wskazanie zawiera zarówno wniosek o ukaranie, jak i wydane w sprawie orzeczenie pierwszej instancji. Wskazanie takie jest realizacją obowiązku wynikającego z art. 110 ust. 1 pkt 4 oraz 135 ust. 2 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W odwołaniu rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji podtrzymał tę kwalifikację, wnosząc o wydanie orzeczenia uznającego obwinioną winną zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Argumentacja ta zastała również podtrzymana przez zastępcę Głównego rzecznika dyscypliny finansów publicznych na rozprawie przed GKO.

Główna Komisja Orzekająca przyjmuje, iż przepis prawa miejscowego (jako jednego z konstytucyjnych źródeł prawa) może być wskazany jako naruszony czynem kwalifikowanym jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Konsekwencją takiego uznania jest natomiast konieczność uwzględnienia zmiany takich przepisów przy ocenie zarzutu na wszystkich etapach postępowania zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W sytuacji zatem, gdy akt taki został zmieniony na korzyść obwinionego lub uchylony, musi to zostać uwzględnione przez organ orzekający. Z przytoczonych wyżej względów GKO nie uznała poglądu zastępcy Głównego rzecznika dyscypliny finansów publicznych wyrażonego na rozprawie odwoławczej, że art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma zastosowanie wyłącznie do ustaw i aktów wykonawczych wydanych na ich podstawie. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, argumentacja o wykładni językowej, która w pojęciu „ustawa” miałaby mieścić rozporządzenia, ale już nie akty prawa innej rangi jest po prostu niespójna. Skoro oskarżenie dopuszcza możliwość kwalifikacji naruszenia dyscypliny finansów publicznych jako niedochowania norm prawa miejscowego, to konsekwentnie należy stosować pozostałe regulacje odnoszące się do zasad odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Inna interpretacja w niezasadny sposób różnicowałaby sytuację obwinionych w zależności od tego jakiej rangi akt prawny został naruszony ich postępowaniem.

Biorąc pod uwagę, iż przepis wskazywany jako naruszony przez obwinioną nie obowiązuje w czasie wydawania niniejszego orzeczenia, bowiem uchwała Nr XXXVI/264/06 Rady Gminy (...) z dnia 29 września 2006 r. w sprawie ustalenia wysokości stawek czynszu za najem lub dzierżawę nieruchomości stanowiących własność Gminy (...) została uchylona w dniu 19 marca 2010 r. uchwałą Rada Gminy (...) Nr XXXVI/216/10, Główna Komisja Orzekająca postanowiła utrzymać w mocy orzeczenie Komisji orzekającej pierwszej instancji uniewinniające obwinioną od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Biorąc pod uwagę powyższe, GKO nie rozważała szczegółowo wzajemnej relacji zarządzenia wójta oraz uchwały rady gminy, jako niemającej wpływu na treść wydanego w sprawie rozstrzygnięcia.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Stwierdzając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji orzeczenia.

II. Orzeczenia Sądów Administracyjnych

10.

Postanowienie

Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie

z dnia 5 maja 2011 r.,

sygn. akt V SA/Wa 677/11

– postanowienie nieprawomocne

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w składzie następującym:
Przewodniczący Sędzia WSA – Jolanta Bożek

po rozpoznaniu w dniu 5 maja 2011 r. na posiedzeniu niejawnym w sprawie ze skargi (...) na postanowienie Przewodniczącego Głównej Komisji Orzekającej w Sprawie o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 4 stycznia 2011 r. Nr BDF1/4900/110/120/AJX/10/3131 w przedmiocie odmowy przyjęcia odwołania postanawia:

odrzuć skargę

UZASADNIENIE

Skargę na postanowienie Przewodniczącego Głównej Komisji Orzekającej w Sprawie o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 4 stycznia 2011 r. Nr BDF1/49007110/120/10/3131 dotyczącego odmowy przyjęcia odwołania złożył (...).

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, co następuje :

Stosownie do treści art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz.1270 ze zm.), zwanej dalej p.p.s.a., sądy administracyjne zostały powołane do sprawowania kontroli nad działalnością administracji publicznej, która obejmować ma orzekanie w sprawach skarg na:

- 1) decyzje administracyjne;
 - 2) postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie, a także na postanowienia rozstrzygające sprawę co do istoty;
 - 3) postanowienia wydane w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym, na które służy zażalenie;
 - 4) inne niż określone w pkt 1–3 akty lub czynności z zakresu administracji publicznej;
- dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa;

- 4a) pisemne interpretacje przepisów prawa podatkowego wydawane w indywidualnych sprawach;
- 5) akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej;
- 6) akty organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, inne niż określone w pkt 5, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej;
- 7) akty nadzoru nad działalnością organów jednostek samorządu terytorialnego;
- 8) bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania w przypadkach określonych w pkt 1–4a.

Sądy administracyjne orzekają także w sprawach, w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę, i stosują środki określone w tych przepisach.

Zgodnie z przywołanym przepisem sądy te orzekają także w sprawach, w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę i wówczas stosują środki określone w tych przepisach. Ponadto stosownie do treści art. 4 p.p.s.a. do zadań sądów administracyjnych należy również rozstrzyganie sporów o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego i między samorządowymi kolegiami odwoławczymi, o ile odrębna ustawa nie stanowi inaczej, jak również sporów kompetencyjnych między organami tych jednostek a organami administracji rządowej. Podkreślić należy, iż powyższe wyliczenie ma charakter zupełny, a co za tym idzie sąd administracyjny nie jest właściwy do zajmowania się sprawami, które nie zostały wyraźnie wskazane w przywołanych wyżej przepisach.

Rozpatrując sprawę merytorycznie należy zauważyć, iż zgodnie z art. 169 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14 poz. 114) na prawomocne orzeczenia i postanowienia Główniej Komisji Orzekającej kończące postępowanie przysługuje skarga do sądu administracyjnego. Wniesienie skargi wstrzymuje wykonanie prawomocnego orzeczenia w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Natomiast zgodnie z art. 139. Rzecznik Dyscypliny lub Główny Rzecznik, który wydał zaskarżone postanowienie, a w pozostałych przypadkach – przewodniczący komisji orzekającej, po otrzymaniu środka zaskarżenia wydaje postanowienie o odmowie jego przyjęcia, jeżeli został on wniesiony po terminie lub przez osobę nieuprawnioną, albo przekazuje je niezwłocznie, wraz z aktami sprawy, do rozpoznania w drugiej instancji.

W niniejszej sprawie przedmiotem skargi jest postanowienie Przewodniczącego Główniej Komisji Orzekającej w Sprawie o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 4 stycznia 2011 r. Nr BDF1/4900/110/120/10/3131. wydane na podstawie art. 44 ust. 1 oraz 139 ust 1 w związku z art. 149 ww. ustawy.

Należy więc stwierdzić, iż przedmiotowe postanowienie nie podlega zaskarżeniu do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, a wynika to z treści ww. przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Po pierwsze przedmiotowe postanowienie zostało wydane Przez Przewodniczącego Głównej Komisji Orzekającej w Sprawie o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, a nie przez Główną Komisję Orzekającą.

Po drugie zaskarżone postanowienie nie ma waloru prawomocnego i kończące postępowanie ponieważ żaden przepis ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia wydanego na podstawie art. 139 ust. 1 ww. ustawy.

Z powyższych względów, na podstawie art. 58 § 1 pkt 6 p.p.s.a. skargę (...) jako niedopuszczalną należało odrzucić.

11.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 maja 2011 r., sygn. akt V SA/Wa 310/11

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w składzie następującym:

Przewodniczący	<i>Sędzia WSA</i>	Piotr Kraczowski (spr.)
	<i>Sędzia WSA</i>	Barbara Mleczek-Jabłońska
	<i>Sędzia WSA</i>	Mirosława Pindelska
Protokolant	<i>starszy specjalista</i>	Sylwia Wojtkowska-Just

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2011 r. sprawy ze skargi (...) na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 21 października 2010 r. nr BDF1/4900/76/86-87/10/2157 w przedmiocie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

– oddala skargę –

UZASADNIENIE

Przedmiotem skargi z 4 stycznia 2011 r. wniesionej do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie przez (...) (zwanego dalej: skarżącym) na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (zwanej dalej: GKO) z 21 października 2010 r. nr BDF1/4900/76/86-87/10/2157 w sprawie naruszeń dyscypliny finansów publicznych, określonych w art. 16 ust. 1, art. 18 pkt 2 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.; zwanej dalej: u.o.n.d.f.p.) przez skarżącego – pełniącego w czasie przypisanego mu czynu funkcję Burmistrza (...). Przedmiotowe orzeczenie zostało wydane w następującym stanie faktycznym.

Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu pismem z 5 października 2009 r. zawiadomił o ujawnionych okolicznościach wskazujących na popełnienie naruszeń dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...), między innymi przez skarżącego. 15 stycznia 2010 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu wszczął postępowanie wyjaśniające wobec skarżącego.

Pismem z 8 kwietnia 2010 r. Rzecznik wniósł do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu wnioski o ukaranie, między innymi skarżącego, za nieumyślne naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p., polegające na niewykonaniu zobowiązania jednostki sektora finansów publicznych, którego skutkiem jest zapłata odsetek, kar lub opłat poprzez:

- zrealizowanie w 2008 r. wydatków w dziale 750 – Administracja publiczna, rozdział 75023 – Urzędy gmin, miast w paragrafie 4570, dotyczących odsetek od nieterminowych wpłat z tytułu pozostałych podatków i opłat na łączną kwotę 30,80 zł,
- zrealizowanie w 2008 r. wydatków w dziale 900 – Gospodarka komunalna i ochrona środowiska, rozdział 90015 – Oświetlenie ulic, placów i dróg w paragrafie 4600, tytułem kar i odszkodowań wypłaconych na rzecz osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych na łączną kwotę 1.694,77 zł. Zdaniem Rzecznika, nieregulowanie zobowiązań w ustalonych terminach stanowiło naruszenie przepisów art. 35 ust. 3 pkt 3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2009 r. (art. 44 ust. 3 pkt 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

Rzecznik wniósł także o uznanie skarżącego winnym popełnienia naruszenia określonego w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p., poprzez wykazanie w sprawozdaniu budżetowym Rb-27S z wykonania planu dochodów budżetowych jednostki samorządu terytorialnego za okres od początku roku do 31 grudnia roku 2008, sporządzonym 24 lutego 2009 r., danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej, poprzez niewykazanie dochodów budżetu (dotacji, subwencji) w łącznej kwocie 15.222.635,20 zł, ewidencjonowanych na koncie 901 – „Dochody budżetu”, co stanowiło naruszenie przepisów § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 27 czerwca 2006 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 115, poz. 781 ze zm.).

Ponadto Rzecznik wniósł o uznanie skarżącego winnym naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 u.o.n.d.f.p.

W odniesieniu do pozostałych obwinionych: (...) oraz do (...), Rzecznik wniósł o uznanie ich odpowiedzialnymi za nieumyślne naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. Rzecznik wnioskował o wymierzenie dla każdego z obwinionych za popełnienie opisanych we wniosku o ukaranie naruszeń, kary upomnienia.

Regionalna Komisja Orzekająca 1 czerwca 2010 r. wydała orzeczenie nr 08-0965/61/10, którym:

- 1) uniewinniła skarżącego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p., w zakresie niewykonania zobowiązań z tytułu podatku VAT za maj i lipiec 2008 r., skutkiem czego zapłacono odsetki w wysokości 30,80 zł;
- 2) uznała skarżącego winnym nieumyślnego popełnienia czynu poprzez niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania polegającego na zawarciu umowy w sprawie poboru energii elektrycznej i świadczenia usług przesyłowych, wynikającego z umowy zawartej z (...) S.A. nr 289u/V/2007 w dniu 11 kwietnia 2007 r., skutkiem czego zapłacono w 2008 r. z budżetu gminy kary umowne w łącznej wysokości 1.694,77 zł tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p.;
- 3) uznała skarżącego winnym nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na wykazaniu w sprawozdaniu jednostkowym Rb27S z wykonania planu dochodów budżetowych Urzędu Miejskiego w (...) za okres od początku roku do 31 grudnia 2008 r. sporządzonym 24 lutego 2009 r., danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej, poprzez nie wykazanie dochodów budżetu z tytułu dotacji i subwencji w łącznej kwocie 15.222.635,20 zł ujętych w ewidencji księgowej, co stanowiło w czasie popełnienia czynu naruszenie przepisów § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 27 czerwca 2006 r., w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 115, poz. 781 ze zm.), a obecnie narusza § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 20, poz. 103), tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p.;
- 4) umorzyła postępowanie prowadzone wobec skarżącego w zakresie zarzutu nieumyślnego popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 u.o.n.d.f.p.

Regionalna Komisja Orzekająca wymierzyła skarżącemu karę upomnienia i obciążyła go kosztami postępowania w kwocie 271,67 zł.

Tym samym orzeczeniem Komisja:

- uniewinniła (...) – od jednego z zarzutów nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p.;
- uznała (...) winnym nieumyślnego popełnienia czynu określonego w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. i odstąpiła od wymierzenia kary, zobowiązując obwinionego do zwrotu kosztów postępowania w kwocie 271,67 zł;
- uniewinniła (...) od zarzutu nieumyślnego popełnienia czynu z art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p.

Z powyższym orzeczeniem nie zgodził się skarżący i złożył 16 lipca 2010 r. odwołanie. Odwołanie złożył także (...).

Orzeczeniem z 21 października 2010 r., nr BDF1/4900/76/86-87/10/2157, GKO:

1. uchyliła zaskarżone orzeczenie w zakresie dotyczącym skarżącego w części uznania go winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p.;

2. uznała skarżącego winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p., poprzez niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania (do 14 stycznia 2008 r.), polegającego na zawarciu umowy w sprawie poboru energii elektrycznej i świadczenia usług przesyłowych, wynikającego z umowy zawartej z (...) S.A. Nr 289uN/2007 w dniu 11 kwietnia 2007 r., skutkiem czego zapłacono w 2008 r. z budżetu gminy kary umowne w łącznej wysokości 1.694,77 zł, czym naruszył art. 354 § 1 Kodeksu cywilnego;
3. w pozostałym zaskarżonym zakresie utrzymała w mocy orzeczenie wobec skarżącego;
4. utrzymała w mocy w zaskarżonym zakresie orzeczenie wobec (...).

W uzasadnieniu orzeczenia GKO podzieliła ustalenia Komisji Orzekającej I instancji dotyczące stanu faktycznego sprawy odnośnie skarżącego i (...). W odniesieniu natomiast do stanu prawnego w stosunku do skarżącego zmieniła kwalifikację prawną jednego z czynów. Wyjaśniła, że popełnienie czynu naruszającego art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p., polegającego na niewykonaniu zobowiązania jednostki samorządu terytorialnego – skutkującego zapłatą kar umownych, zostało przez Komisję I instancji udowodnione. Sam skarżący nie zaprzeczył, że nie wykonał w terminie wynikającego z umowy zawartej 11 kwietnia 2007 r. z (...) S.A., zobowiązania polegającego na odbiorze określonej ilości energii elektrycznej. Przedmiotem zatem postępowania w sprawie jest zarzut niewykonania przez skarżącego zobowiązania niepieniężnego, którego skutkiem było zapłacenie kar umownych w łącznej kwocie 1.694,77 zł.

Zdaniem GKO Komisja Orzekająca I instancji błędnie przyjęła, że nieuregulowanie ww. zobowiązań w ustalonych terminach stanowiło naruszenie przepisów art. 35 ust. 3 pkt 3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2009 r. (art. 44 ust. 3 pkt 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych). Przepisy te mają bowiem zastosowanie wyłącznie do zobowiązań pieniężnych, z którymi w sprawie niniejszej nie ma do czynienia.

GKO podkreśliła, że jakkolwiek przepisy ustawy o finansach publicznych nie zawierają obowiązku realizowania wcześniej zaciągniętych zobowiązań, których przedmiotem nie jest świadczenie pieniężne (np. obowiązek odbioru określonej ilości energii elektrycznej wynikający z umowy), to obowiązek taki wynika wprost z przepisów prawa materialnego, a mianowicie z art. 354 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Niewykonanie zatem zobowiązania wynikającego z umowy zawartej 11 kwietnia 2007 r., ze spółką (...) stanowiło naruszenie art. 354 § 1 Kodeksu cywilnego. W powyższym zakresie GKO zmieniła orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji.

Odnośnie do naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p., GKO nie podzieliła poglądu prezentowanego w odwołaniu, że popełniła to naruszenie osoba, która dokonuje zapłaty odsetek, kar lub opłat. W ocenie GKO, osoba kończąca pewien proces decyzyjny dokonaniem zapłaty, nie miała żadnego wpływu

na powstanie kar umownych, a zatem nie może za nie odpowiadać. Ustawodawca w art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p. łączy w sposób nierozzerwalny zaniechanie wykonania zobowiązania w wyznaczonym przez umawiające się strony terminie ze skutkiem takiego zachowania, jakim jest konieczność obowiązkowej zapłaty kary umownej. Oznacza to, że za przyczynę i skutek odpowiada ta sama osoba.

GKO zgodziła się z Komisją Orzekającą I instancji w rozumieniu i ocenie deliktu z art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p., w odniesieniu do skarżącego. Naruszenie określone w przepisie art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p. ma charakter skutkowy. Aby doszło do wypełnienia jego znamion, niezbędne jest: niewykonanie zobowiązania jednostki, pomimo ciążącego obowiązku, zapłata odsetek, kary lub opłaty oraz istnienie związku przyczynowego między tymi zdarzeniami. Odpowiedzialność z tego przepisu ponosi osoba, która miała w zakresie obowiązków regulowanie zobowiązań i związaną z nim kontrolę terminowego spełniania świadczeń z nich wynikających. W naruszeniu tym, jako polegającym na zaniechaniu, można określić datę początkową, stanowiącą równocześnie moment popełnienia czynu. Będzie to czas, w którym upłynął termin jego spełnienia. O dojsię do naruszenia będzie można jednak mówić dopiero w chwili zapłaty odsetek, kar lub opłat. Odpowiedzialność poniesie osoba bez względu na to, czy ona sama zaciągnęła zobowiązanie i dokonała opłacenia, wynikających z jego niewykonania odsetek, kar lub opłat.

Stosownie do art. 24 u.o.n.d.f.p., jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Czynny przypisane skarżącemu określone w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. stanowiły w czasie ich popełnienia naruszenie przepisów § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 27 czerwca 2006 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 115 poz. 781 ze zm.), wydanego na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, a obecnie naruszają § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. Nr 20, poz. 103) wydanego na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Treść § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 27 czerwca 2006 r. nie uległa zmianie w porównaniu do treści § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 3 lutego 2010 r.

GKO stwierdziła, że przepisy starej ustawy nie są względniejsze dla sprawców i zastosowała przepisy obowiązujące w czasie orzekania, tj. przepisy ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Na podstawie przepisów obowiązujących poprzednio, jak i obecnie, istnieje obowiązek wykazania kwot w sprawozdaniach zgodnie z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej. Art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. odnosi się do sprawozdań budżetowych. W momencie popełnienia czynów, będące przedmiotem badania sprawozdania Rb-27S i RB-ST, mieściły się w pojęciu sprawozdania budżetowego oraz sprawozdania z wykonania procesów, o których mowa w art. 3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych.

Odnosząc się do naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p., polegającego na wykazaniu przez skarżącego w sprawozdaniu Rb-27S

danych niezgodnych z ewidencją księgową, GKO podniosła, że orzecznictwo w tej materii było zróżnicowane, aby ostatecznie doprowadzić do jednego poglądu, że odpowiedzialność za nierzetelne, a więc niezgodne z ewidencją księgową wykazanie danych w sprawozdaniu budżetowym ponosi kierownik jednostki, a nie główny księgowy (skarbnik). Stanowisko to GKO wyprowadziła z treści art. 54 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, a przede wszystkim z treści art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych – kierownik jednostki może powierzyć określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej pracownikom jednostki. Art. 54 ust. 1 ustawy o finansach publicznych stanowi, że głównym księgowym (skarbnikiem) jednostki sektora finansów publicznych jest pracownik, któremu kierownik powierza obowiązki i odpowiedzialność w zakresie prowadzenia rachunkowości jednostki, dokonywania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym oraz dokonywania wstępnej kontroli kompletności rzetelności dokumentów dotyczących operacji gospodarczych i finansowych.

GKO podkreśliła, iż z przepisów tych nie wynika, aby kierownik mógł powierzyć głównemu księgowemu (skarbnikowi) obowiązki i odpowiedzialność w zakresie występowania i reprezentowania jednostki na zewnątrz (a takim jest wykazanie w sprawozdaniu budżetowym danych), bowiem uprawnienia te zarezerwowane są dla kierownika jednostki. Zdaniem GKO znaniem czynu wskazanego w art. 18 ust. 2 u.o.n.d.f.p. jest „wykazanie danych”. Zgodnie z gramatycznym rozumieniem tego słowa („wykazać” można jedynie komuś) należało więc przyjąć, iż z czynem tym mamy do czynienia dopiero w momencie, gdy sporządzony dokument sprawozdania zostanie przekazany jednostce uprawnionej do jego otrzymania. Stosownie do przepisów regulujących sprawozdawczość budżetową czynności jej dotyczące są czynnościami jednostki dokonywanymi wobec podmiotów uprawnionych do otrzymania sprawozdań. Zdaniem GKO, nie jest możliwe przekazanie kompetencji w zakresie reprezentacji jednostki, z pewnością nie jest również możliwe scedowanie odpowiedzialności za ten element działalności na pracownika, nawet jeżeli pełni ważną funkcję skarbnika lub głównego księgowego. W ocenie GKO fakt, iż na sprawozdaniu budżetowym znajduje się podpis głównego księgowego (skarbnika) nie oznacza jeszcze, że ponosi on odpowiedzialność za zawarte w nim dane. Kluczowe jednak dla rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności skarbnika jest możliwość powierzenia mu obowiązków w zakresie sprawozdawczości budżetowej. Konieczne jest więc porównanie pojęć: sprawozdanie budżetowe oraz gospodarka finansowa. Przy czym określenie gospodarki finansowej jest używane w odniesieniu do czynności związanych z tworzeniem planów finansowych, planów dochodów i wydatków oraz z czynnościami wykonania tych planów. Użyte przez ustawodawcę pojęcie „gospodarki finansowej” nie jest wprost zdefiniowane. Określenie to pojawia się w rozdziale 3 ustawy z 2005 r. o finansach publicznych, określającym formy organizacyjno – prawne jednostek sektora finansów publicznych i odnosi się do czynności związanych z tworzeniem oraz wykonywaniem planów finansowych jednostek. Gospodarka finansowa to sposób i tryb sporządzania planów finansowych jednostek, tryb pobierania dochodów i dokonywania wydatków, sposób ustalania nadwyżki dochodów, szczegółowe sposoby i terminy rocznych rozliczeń i dokonywania wpłat do budżetu (art. 28 ustawy o finansach publicznych

z 2005 r. i stosowne rozporządzenie Ministra Finansów z 29 czerwca 2006 r. w sprawie gospodarki finansowej Dz. U. 116, poz. 783 ze zm.: obecnie min.: art. 17 ustawy o finansach publicznych z 2009 r.). Roczne plany finansowe są podstawą gospodarki finansowej dla zakładu budżetowego (art. 24 ust. 3), albo funduszu celowego (art. 29 ust. 5). Podstawą gospodarki finansowej jednostki budżetowej jest plan dochodów i wydatków (art. 20).

Z kolei pojęcie „sprawozdania budżetowego” zostało określone w art. 18 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (obecnie art. 41 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. ustawy o finansach publicznych) jako sprawozdania z wykonania procesów, o których mowa w art. 3 tych ustaw. Powołany przepis art. 3 stanowi, że finanse publiczne obejmują procesy związane z gromadzeniem pieniędzy publicznych oraz ich rozdysponowaniem polegające w szczególności na wskazanych przykładach, W ramach przykładów ustawodawca wymienił osiem różnych działań odnoszących się np. do gromadzenia dochodów i przychodów publicznych, wydatkowania tych środków, finansowania potrzeb pożyczkowych, jak również zarządzania środkami publicznymi lub zarządzania długiem publicznym, czy rozliczenia z budżetem Unii Europejskiej. Wskazane regulacje prawne dają podstawę do stwierdzenia, że pojęcie „sprawozdania budżetowego” jest odrębnym pojęciem prawnym, nie mieszczącym się w ramach „gospodarki finansowej” czyli w czynnościach związanych z tworzeniem planów finansowych w znaczeniu ich „sporządzania”, jak i faktycznym wykonywaniu czynności objętych tymi planami. Sprawozdanie budżetowe jest wyodrębnionym działaniem odnoszącym się do sporządzenia sprawozdania z czynności określonych szerszym pojęciem prawnym obejmującym procesy finansów publicznych związane m.in. z gospodarką finansową. Rozróżnienie tych pojęć stanowi punkt wyjścia do oceny, co i komu może powierzyć do wykonania kierownik jednostki, stosownie do art. 44 ust. 2 ustawy z 2005 r. o finansach publicznych. Wniosek jest jednoznaczny: przekazanie przez kierownika jednostki obowiązków w zakresie gospodarki finansowej pracownikowi nie obejmuje zadań w obszarze sprawozdawczości budżetowej. Sprawozdawczość budżetowa nie mieści się też w ustawowym zakresie obowiązków Głównego Księgowego jednostki określonym w art. 45 ust. 1 ustawy z 2005 r. o finansach publicznych.

Wobec powyższego GKO przyjęła, że odpowiedzialność za wykazanie w sprawozdaniu Rb-27S z wykonania planu dochodów budżetowych Gminy – Miasta (...) za okres od początku roku do 31 grudnia 2008 r. ponosi kierownik jednostki czyli skarżący – Burmistrz (...). Stanowisko takie potwierdził wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 kwietnia 2010 r. sygn. akt V SAIWa 103/10), w którym Sąd stwierdził, że fakt przekazania obowiązków z zakresu art. 44 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych na rzecz głównego księgowego (skarbnika), pozostaje bez wpływu na odpowiedzialność z art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. Wojewódzki Sąd Administracyjny potwierdził, że sam fakt wykazania w sprawozdaniu budżetowym danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej jest przesłanką nierozzerwalnie związaną z przekazaniem sprawozdania budżetowego na zewnątrz jednostki. Przekazanie bowiem sprawozdania jest czynnością z zakresu reprezentacji jednostki, której to czynności w obowiązującym stanie prawnym kierownik jednostki nie może skutecznie przekazać innemu podmiotowi.

GKO w pełni poparła stanowisko Komisji Orzekającej I instancji, że czynów skarżącego nie cechuje znikoma szkodliwość dla ładu finansów publicznych. GKO powołała się na bogate orzecznictwo Głównej Komisji w tym przedmiocie, które utrwaliło regułę, że każde naruszenie dyscypliny finansów publicznych wykazuje pewien stopień szkodliwości, a określenie tego stopnia ustawodawca pozostawił organom prowadzącym postępowanie. Całkowita dowolność w tym zakresie ograniczona została wytycznymi wynikającymi z treści art. 28 ust. 2 u.o.n.d.f.p.

Z art. 354 § 1 kodeksu cywilnego wynika zasada, że zobowiązanie dłużnik winien wykonać zgodnie z jego treścią. Niewykonanie zobowiązania, którego wynikiem jest zapłata kar umownych jest niejako kwalifikowaną formą naruszenia wspomnianej zasady, przez co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p. Rozważając kwestię rodzaju kary wymierzonej skarżącemu za ten deikt, GKO wskazała, że należy mieć na względzie m.in. wysokość zapłaconych kar umownych w kwocie łącznej 1,694,77 zł. W ocenie GKO, nie jest to rzeczywiście duża kwota, ale też nie można powiedzieć, że nieznaczną.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności GKO stwierdziła, że nie można uznać, że stopień szkodliwości czynu popełnionego przez skarżącego jest znaczny, ale też nie można przyjąć, że jest on znikomy. Sytuacja, gdy stopień szkodliwości czynu dla ładu finansów publicznych jest nieznacznym, upoważnia komisję do wymierzenia sprawcy czynu kary najłagodniejszego rodzaju, to jest kary upomnienia, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

GKO za zasadny uznała zarzut odwołania, że Komisja Orzekająca I instancji nie podała przyczyn nieuwzględnienia wniosku skarżącego o odstąpienie od wymierzenia kary, dlatego jej obowiązkiem było odniesienie się do tej kwestii. GKO wyjaśniła, że wprawdzie wymiar kary lub odstąpienie od jej wymierzenia należy do uznania komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale musi być poprzedzone analizą wszystkich okoliczności dotyczących osoby, która czyn popełniła. Przesłanką zastosowania dobrodziejstwa odstąpienia od wymierzenia kary jest „przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie”. W związku z tym, dokonując oceny, czy w konkretnej sprawie zachodzą przesłanki do odstąpienia od wymierzenia kary, powinny być brane pod uwagę zarówno charakter i okoliczności czynu, jak również warunki osobiste sprawcy. Z akt sprawy wynika, że skarżący pełnił obowiązki Burmistrza Miasta i Gminy (...) od 1994 r. Uznać zatem należy, że przez tak długi okres pełnienia tej funkcji nabył odpowiedniego doświadczenia pozwalającego na wykonywanie swoich obowiązków w granicach zakreślonych przez prawo. Okoliczność ta pozwala, na postawienie tezy, że podpisując umowę ze spółką (...) z całą pewnością zdawał sobie sprawę ze skutków niewykonania w terminie zaciągniętego zobowiązania, a przynajmniej skutki te powinien przewidywać. Podkreśliła także, że skarżący jako Burmistrz, posiadał również wiedzę o kilkuletnich (od 2005 r.) zaniedbaniach i błędach w prowadzonej w Gminie (...) ewidencji księgowej, skoro zwolnił poprzedniego skarbnika z tych właśnie powodów. Wiedząc o takim stanie księgowości z tym większą starannością i wnikliwością dopiero po uprzednim sprawdzeniu, powinien podpisać sprawozdanie Rb-27S. Dla sprawdzenia prawidłowości wykazanych w nim danych wystarczyło bowiem porównanie danych o wykonaniu dochodów z wydrukami sald ewidencji analitycznej dochodów budżetowych Gminy. GKO podkreśliła, że do

przesłanek uzasadniających odstąpienie od wymierzenia kary nie można zaliczyć również faktu, że skarżący miał zaufanie do Skarbnika sporządzającego sprawozdania budżetowe. Do przesłanek tych nie można ponadto włączyć okoliczności, że nieprawidłowości w prowadzonej ewidencji finansowo – księgowej stanowiły konsekwencję kilkuletnich zaniedbań poprzedniego Skarbnika Gminy, jak również i to, że nowy skarbnik od lipca 2008 r. wyprowadzał ewidencję tę na nowo.

Powyższe okoliczności, jak również fakt, że budżet Gminy (...) uszczuplony został o kwotę zapłaconych kar umownych, tj. o 1.694,77 zł, uzasadniały – zdaniem GKO – w pełni niezastosowanie wobec skarżącego instytucji odstąpienia od wymierzenia kary.

W ocenie GKO, wymierzenie przez Komisję Orzekającą I instancji kary upomnienia skarżącemu jest adekwatne do wagi czynów i uwzględnia nieumyślność działania, jak również dotychczasowa niekaralność oraz stopień szkodliwości dla finansów publicznych.

Pismem z 4 stycznia 2011 r. skarżący – działający przez profesjonalnego pełnomocnik – złożył skargę na powyższe orzeczenie GKO do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. przepisu art. 147 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 42 ust. 2 u.o.n.d.f.p. przez utrzymanie w mocy orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji, a nie uchylenie i przekazanie sprawy do tej Komisji do ponownego rozpoznania w związku z naruszeniem art. 137 ust. 2 pkt 4 i art. 33 u.o.n.d.f.p.;
2. naruszenie przepisu art. 24 u.o.n.d.f.p. przez złamanie zasady stosowania ustawy nowej i zastosowanie przepisu art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. według stanu sprzed 1 stycznia 2010 r., a także przyjęcie że sprawozdania, o jakich mowa w tym przepisie są sprawozdaniami budżetowymi oraz zastosowanie art. 45 ust. 1 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, co doprowadziło do przyjęcia, że sprawozdawczość budżetowa nie mieści się w ustawowym zakresie obowiązków głównego księgowego;
3. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię, tj. art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. przez przyjęcie, że pojęcie „wykazanie” jest równoznaczne z pojęciem „przekazanie”;
4. naruszenie prawa materialnego tj. art. 54 ust. 1 pkt 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych przez jego błędną wykładnię w zakresie możliwości przekazania głównemu księgowemu obowiązków w zakresie prowadzenia rachunkowości jednostki oraz art. 4 ust. 3 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2009 r., Nr 52, poz. 1223 ze zm.) przez Jego niezastosowanie, a stanowiącego, iż rachunkowość obejmuje m.in. sporządzanie sprawozdań finansowych.

W uzasadnieniu skargi skarżąca zarzuciła, iż GKO w sposób wadliwy utrzymała w mocy orzeczenie Komisji I instancji w przypadku, kiedy powinna była uchylić orzeczenie w całości i przekazać jej sprawę do ponownego rozpoznania. Orzeczenie

o utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia następuje w razie uznania środka odwoławczego za bezzasadny. Tymczasem GKO wprost za zasadny uznała zarzut odwołania, że Komisja Orzekająca I instancji nie podała przyczyn nieuwzględnienia wniosku obwinionego o odstąpienie od wymierzenia kary. GKO konwalidowała w tym zakresie wady uzasadnienia orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji, czemu dała wyraz w swym orzeczeniu, jednakże nie odniosła się do zarzutu nie przytoczenia przez Komisję i instancji motywów i przesłanek, jakimi kierowała się Komisja wymierzając karę upomnienia, a tylko podjęła próbę zastosowania się do dyrektyw w art. 33 u.o.n.d.f.p., co skarżący traktuje jako przyznanie zasadności jego zarzutów. Skoro GKO uznała zarzut naruszenia art. 137 ust. 2 pkt 4 u.o.n.d.f.p. przez nie przytoczenie okoliczności, które Komisja miała na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia oraz art. 33 przez brak podania w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia motywów i przesłanek, jakimi kierowała się Komisja wymierzając karę upomnienia za zasadne, powinna była uchylić zaskarżone orzeczenie i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania Komisji I instancji.

Skarżący zgodził się z GKO, iż każde naruszenie dyscypliny finansów publicznych wykazuje pewien stopień szkodliwości, a określenie tego stopnia ustawodawca pozostawił organom prowadzącym postępowanie. Jednakże zauważył, iż razi rozbieżność składów orzekających w zakresie oceny tego stopnia, GKO w przedmiotowej sprawie uznała, iż kwota wydatkowana tytułem kary umownej (1.694,77 zł) nie jest duża, ale i nie nieznaczna. Tymczasem zdaniem GKO wyrażonym w orzeczeniu z 23 listopada 2009 r. (sprawa BDF1/4900/70/71/09/93, Biul.NDFP 2010/1/13) uszczerbek w postaci zapłaty kar umownych w wysokości 6.662,34 zł jest niewielki i szkodliwość naruszenia dla finansów publicznych uznała za znikomy i postępowanie w sprawie umorzyła. Zgodnie zaś z wytycznymi określonymi w art. 28 ust. 2 u.o.n.d.f.p., przy ocenie stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki, biorąc pod uwagę w szczególności wysokość uszczuplonych środków publicznych. Zatem jak to się ma do dyrektywy prewencji generalnej, jak i indywidualnej, potwierdzonych sformułowaniem funkcji, kary w art. 33 u.o.n.d.f.p.

Dalej skarżący zarzucił, że skoro GKO powołując się na zapis art. 24 u.o.n.d.f.p. uznała, że przepisy ustawy o finansach publicznych z 2005 r. nie są względniejsze dla sprawców i postanowiła zastosować przepisy obowiązujące w czasie orzekania, tj. przepisy ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, to powinna stosownie do art. 24 u.o.n.d.f.p. być konsekwentna i powoływać przepisy ustawy z 2009 r., a nie tej z 2005 r. Po drugie wprawdzie w art. 54 ust. 1 ustawy o finansach publicznych nie wymienia się wprost sprawozdawczości budżetowej w zakresie obowiązków głównego księgowego, ale w pkt 1 stwierdza się, że głównym księgowym jest pracownik, któremu kierownik jednostki powierza obowiązki i odpowiedzialność w zakresie prowadzenia rachunkowości jednostki. Rachunkowość zaś jest systemem ewidencjonowania zdarzeń gospodarczych, na który składają się: księgowość, rachunek kosztów i właśnie sprawozdawczość. Zgodnie z art. 4 ust. 3 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości – rachunkowość jednostki obejmuje m.in. sporządzanie sprawozdań finansowych (nie budżetowych), a prawidłowość prowadzenia rachunkowości jednostki gwarantowana jest m.in. objęciem reżimem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny

finansów publicznych. Odpowiedzialność zaś głównego księgowego rozpatrywać można w kierunku dwóch naruszeń: zaniechania przeprowadzenia lub rozliczenia inwentaryzacji albo jej przeprowadzenie lub rozliczenie w sposób niezgodny z przepisami ustawy o rachunkowości (art. 18 pkt 1 u.o.n.d.f.p.) albo właśnie wykazania w sprawozdaniu danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej (art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p.).

Skarżący zauważył, że od 01 stycznia 2010 r. obowiązuje nowe brzmienie art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. Ustawodawca zrezygnował m.in. z określenia sprawozdań „budżetowymi”, co wynika z dostosowania przepisów w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do ustawy o finansach publicznych. Ustawa o finansach publicznych nie zna bowiem określenia „sprawozdanie budżetowe”. Nie znała go także ustawa z 2005 r. o finansach publicznych. Ustawa o finansach publicznych nie zawiera legalnej definicji gospodarki finansowej. Należy je rozumieć – zgodnie z literalną wykładnią – możliwie szeroko. W literaturze prawnie finansowej znaleźć można różne definicje tego terminu. Gospodarka finansowa jest procesem obejmującym nie tylko gromadzenie i wydatkowanie środków publicznych przez podmioty prawa publicznego, ale również inne czynności prawne i organizacyjne, które służą temu procesowi. Chodzi o czynności związane bezpośrednio z procesami gromadzenia i dysponowania środkami publicznymi, jak i pośrednio, więc także wykonywanie obowiązków w zakresie rachunkowości sprawozdawczości. Analizując status prawny i obowiązki głównego księgowego dopuszczalny zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegający na wykazaniu w sprawozdaniu danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej skarżący stwierdził, że skoro głównym księgowym jednostki sektora finansów publicznych jest pracownik, któremu kierownik jednostki powierza obowiązki i odpowiedzialność w zakresie prowadzenia rachunkowości, a rachunkowość obejmuje w szczególności sporządzanie sprawozdań finansowych, należy przyjąć, że główny księgowy jednostki sektora finansów publicznych jest obowiązany i odpowiedzialny za sporządzenie tych sprawozdań. Podstawą tego powierzenia jest art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Odpowiedzialność zaś główny księgowy ponosi na podstawie art. 4 pkt 3 ustawy.

Ponadto skarżący podniósł, że czym innym jest „wykazanie” i czym innym „przekazanie”. „Wykazać” to przejawiać, dać czemuś wyraz, podać co w wykazie, ujawnić. Natomiast „przekazać” to podać do czyjej wiadomości. Zresztą ustawa przewiduje odpowiedzialność za wykazanie w sprawozdaniu danych niezgodnych z ewidencją księgową, a nie za przekazanie sprawozdania. Stąd nie ma znaczenia fakt, iż główny księgowy nie jest uprawniony do reprezentowania jednostki na zewnątrz. Tym bardziej, że w tym przypadku mamy do czynienia nie z oświadczeniem woli, ale oświadczeniem wiedzy. Nie do przyjęcia dla skarżącego jest stwierdzenie, że to on sam dokonał czynności sporządzenia sprawozdania, przy przyznaniu przez samą Skarbnik, że to ona sporządziła sprawozdania. Nie budzi zatem wątpliwości, że dane wykazała w sprawozdaniu odpowiedzialna za tę czynność Skarbnik i o tym właśnie świadczy jej podpis pod sprawozdaniem. Nie można w ten sam sposób interpretować podpisu burmistrza, który sprawozdania bezpośrednio nie sporządzał, gdyż czynności w tym zakresie powierzył ustawowo odpowiedzialnej profesjonalistce. Podpis burmistrza

pod sprawozdaniem świadczy o tym, że ponosi on odpowiedzialność za zawarte w nim dane, ale nie jest to odpowiedzialność bezpośrednia (skoro powierzył Skarbnik wykonywanie tych czynności), a tylko taka, w odniesieniu do tego czynu, może być dochodzona w trybie przepisów o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W odpowiedzi na skargę GKO wносиła o jej oddalenie, podtrzymując argumenty zawarte w zaskarżonym orzeczeniu.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, co następuje:

skarga nie jest zasadna.

Jeżeli chodzi o ocenę zarzutów przedstawionych przez jej autora to przedstawia się ona następująco. Skarżący zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. przepisu art. 147 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 42 ust. 2 u.o.n.d.f.p. przez utrzymanie w mocy orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji, a nie uchylenie i przekazanie sprawy do tej Komisji do ponownego rozpoznania w związku z naruszeniem art. 137 ust. 2 pkt 4 i art. 33 u.o.n.d.f.p.

Odnosząc się do powyższych zarzutu Sąd zauważa, że zgodnie z art. 147 ust. 1 pkt 2 u.o.n.d.f.p. – Główna Komisja Orzekająca w wyniku rozpoznania odwołania na rozprawie wydaje orzeczenie, w którym uchyla orzeczenie w całości lub w części i rozstrzyga sprawę co do istoty. Treść przepisu pozwala zatem GKO na wydanie orzeczenia reformatoryjnego, pod warunkiem jednak, gdy pozwalają to zebrane dowody, zarówno te ujawnione przez komisję orzekającą I instancji, dołączone do odwołania oraz przeprowadzone na rozprawie przez organ odwoławczy. Przyjmuje się, że uchylenie orzeczenia i rozstrzygnięcie sprawy co do meritum przez II instancję. Przyjmuje się, że uchylenie orzeczenia i rozstrzygnięcie sprawy co do meritum przez II instancję możliwe jest, jeżeli „zebrany materiał dowodowy jest kompletny i wystarczający dla właściwej oceny odpowiedzialności obwinionego”. W przedmiotowej sprawie zebrany materiał dowodowy w czasie rozpatrywania odwołania przez GKO był kompletny, w takim stanie jak przed organem I instancji. Konieczność częściowego uchylenia zaskarżonego orzeczenia powodowana była wyłącznie tym, że zobowiązanie jednostki miało charakter niepieniężny (a nie pieniężny jak przyjęto w orzeczeniu I instancji), a zatem istniała konieczność zmodyfikowania orzeczenia włącznie w tym zakresie. Co istotne zmiana orzeczenia I instancji nie zaostrzyła kary, ani nie zwiększyła kosztów postępowania, a tym samym nie pogorszyła sytuacji skarżącego.

Sąd za niezasadny uznał także zarzut naruszenia art. 137 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 33 u.o.n.d.f.p.

W myśl art. 137 ust. 2 pkt 4 u.o.n.d.f.p. – uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia. Zgodnie zaś z art. 33 u.o.n.d.f.p. – Organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając skutki i stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych, stopień winy,

jak również cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego (ust. 1). Wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (ust. 2). Okoliczności wpływające na wymiar kary uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą (ust. 3).

Mając na uwadze powyższe unormowania wskazać należy, że orzeczenie I instancji choć bardzo ubogie to jednak zawierało uzasadnienie zastosowania kary, stwierdzono w nim, iż jest to najniższa z katalogu kar i adekwatna do stwierdzonych naruszeń dyscypliny finansów publicznych, a wysokość szkody jaką poniósł budżet gminy w kwocie 1.694,77 zł nie pozwala na zastosowanie art. 36 u.o.n.d.f.p. tj. odstąpienia od wymierzenia kary (p. str. 30 orzeczenia z 1 czerwca 2010 r.). Natomiast rozwiniecie uzasadnienia wymiaru kary przez organ II instancji – w opinii Sądu – było uprawnione biorąc pod uwagę wspomniane wyżej kompetencje reformatoryjne GKO. Zatem GKO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia odniosła się do wniosku obwinionego o odstąpienie od wymierzenia kary złożonego na etapie postępowania I instancyjnego, czym wypełniła lukę, pozostawioną przez komisję orzekającą I instancji.

Sąd zauważa także – odnosząc się do zasadności odmowy odstąpienia od wymierzenia kary i powołanego w skardze orzeczenia GKO z 23 listopada 2009 r. w którym odstąpiono od jej wymierzenia, mimo że kara wynosiła 6662 zł i pomijając argument, że każdą sprawę należy badać indywidualnie – iż w niniejszej sprawie kara upomnienia została wymierzona za niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania, polegającego na zawarciu umowy w sprawie poboru energii elektrycznej i świadczenia usług przesyłowych skutkiem czego zapłacono w 2008 r. z budżetu gminy kary umowne w łącznej kwocie 1.694,77 zł (art. 16 ust. 1 u.o.n.d.f.p.), a także za naruszenie o jakim mowa w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. polegające na wykazaniu w sprawozdaniu jednostkowym z wykonania planu dochodów budżetowych Urzędu Miejskiego w (...) danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej, poprzez niewykazanie dochodów budżetu z tytułu dotacji i subwencji w łącznej kwocie 15.222.635,20 zł ujętych w ewidencji księgowej. Tak więc w przedmiotowej sprawie kara upomnienia została wymierzona za dwa czyny, natomiast sprawa na którą powołał się skarżący dotyczyła tylko jednego czynu.

Dodatkowo Sąd zauważa, że kara upomnienia – jak przyjmuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie – jest karą najmniej dotkliwą dla obwinionego. Jednocześnie kara ta wskazuje, że w danej sprawie zachodzą przesłanki działające na korzyść sprawcy, takie jak np. jego dotychczasowa niekaralność. Z drugiej zaś strony kara taka jest swoistym ostrzeżeniem, upomnieniem mającym na celu zapobieganie naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w przyszłości i co bardzo istotne, kara upomnienia nie jest związana z ujemną oceną kwalifikacyjną ukaranego.

Sąd za niezasadne uznał także zarzuty odnoszące się do regulacji prawnych dotyczących sprawozdań finansowych zawartych w punkcie 2 skargi. Sąd w pełni podziela argumentację GKO szeroko przedstawioną w zaskarżonym orzeczeniu.

Podanie danych w sprawozdaniu budżetowym, jakim jest sprawozdanie Rb-27S, niezgodnych z ewidencją księgową, odpowiada kierownik jednostki czyli podpisujący sprawozdanie, w przedmiotowej sprawie skarżący. Słuszność tego stanowiska potwierdza wyrok niniejszego Sądu z 26 kwietnia 2010 r. sygn. akt V SA/Wa 103/10, w którym wywieziono, że fakt przekazania obowiązków z zakresu art. 44 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 2004 r. o finansach publicznych na rzecz głównego księgowego (skarbnika), pozostaje bez wpływu na odpowiedzialność z art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. Ponadto sam fakt wykazania w sprawozdaniu budżetowym danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej jest przesłanką nierozzerwalnie związaną z przekazaniem sprawozdania budżetowego na zewnątrz jednostki. Przekazanie bowiem sprawozdania jest czynnością z zakresu reprezentacji jednostki, której to czynności w obowiązującym stanie prawnym kierownik jednostki nie może skutecznie przekazać żadnej innej osobie.

Sąd za stwierdza także, że zaskarżonym orzeczeniu GKO trafnie wyjaśniła, że przepisy starej ustawy (obowiązujące w chwili popełnienia czynu określonego w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p.) nie są względniejsze dla obwinionego i dlatego zastosowała przepisy obowiązujące w czasie orzekania. Stwierdzenie to odnosi się w sposób oczywisty, zarówno do przepisów ustawy o finansach publicznych i odpowiednich rozporządzeń wykonawczych, jak i do przepisów u.o.n.d.f.p. Zasadą jest bowiem, że wybór stanu prawnego (obowiązującego w czasie popełnienia czynu, albo w czasie orzekania) odnosi się do wszystkich aktów prawnych obowiązujących w określonym czasie. Nie można zatem do oceny konkretnego czynu wybrać przepisów u.o.n.d.f.p. obowiązujących w chwili popełnienia czynu oraz przepisów ustawy o finansach publicznych i aktów wykonawczych obowiązujących w chwili orzekania. GKO wskazała, jakie przepisy prawa materialnego (ustaw o finansach publicznych oraz odpowiednich rozporządzeń) naruszało działanie obwinionego. Kwalifikacja prawna z u.o.n.d.f.p. nie uległa natomiast zmianie (zarówno w czasie popełnienia czynu, jak i w czasie działania czynu obwinionego wypełniał znamiona naruszenia określonego w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p.). Należy przy tym podkreślić, że zmiana treści omawianego przepisu, która weszła w życie z 1 stycznia 2010 r. nie miała żadnego wpływu na określenie znamion czynu przypisanego skarżącemu. Zarówno przed jak i po tej dacie naruszeniem dyscypliny finansów publicznych było i jest wykazanie w sprawozdaniu budżetowym (czyli sprawozdaniu z wykonania procesów gromadzenia środków publicznych i ich rozdysponowania) danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej. Dodatkowo od 1 stycznia 2010 r. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych określonym w art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. jest niesporządzenie lub nieprzekazanie w terminie takich sprawozdań, ale rozszerzenie zakresu zdarzeń penalizowanych omawianym przepisem nie ma żadnego wpływu na odpowiedzialność obwinionego – przypisany mu czyn był penalizowany zarówno w chwili popełnienia naruszenia jak i w czasie orzekania.

Sąd zauważa także, że w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia GKO wskazała, iż „pojęcie „sprawozdania budżetowego” zostało określone w art. 18 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (obecnie art. 41 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (...) o finansach publicznych jako sprawozdania z wykonania procesów o których mowa w art. 3 tych ustaw,” GKO wyjaśniła zatem, że pojęcia te uważa za tożsame. Nie ma także

wątpliwości że sprawozdanie RB-27S, w którym wykazano dane niezgodne z ewidencją księgową było i jest) sporządzane na podstawie przepisów rozporządzeń Ministra Finansów w sprawie sprawozdawczości budżetowej, odpowiednio z 2006 i 2010 r.

Ponadto GKO trafnie wyjaśniła, że sprawozdania budżetowe nie mogą być utożsamiane ze sprawozdaniami finansowymi, sporządzanymi na podstawie innych przepisów. Głównemu księgowemu powierza się obowiązki w zakresie sprawozdawczości finansowej, a nie w zakresie sprawozdawczości budżetowej (czyli sprawozdawczości z wykonania procesów gromadzenia środków publicznych i ich rozdysponowania). Za sprawozdawczość budżetową odpowiada kierownik jednostki. Należy także dodać, że skarżący ponosi odpowiedzialność bezpośrednią za przypisany mu czyn, gdyż to on podpisał sprawozdanie przed jego wysłaniem, a bez podpisu skarżącego dane zawarte w sprawozdaniu nie byłyby wykazane odbiorcy sprawozdania.

Sąd zauważa także, że GKO – wbrew zarzutom skargi – w żadnym miejscu nie stwierdziła, iż skarżący sporządził zakwestionowane sprawozdanie. Zgodnie bowiem z treścią art. 18 pkt 2 u.o.n.d.f.p. penalizowane jest wykazanie w sprawozdaniu danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej. Właśnie popełnienie takiego czynu zostało skarżącemu przypisane.

Mając powyższe na uwadze Sąd nie dopatrywał się naruszenia przez GKO prawa materialnego ani prawa procesowego w sposób wpływający na wynik sprawy.

Z tych względów Sąd oddalił skargę jako niezasadną w myśl art. 151 ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi z dnia 30 sierpnia 2002 r. (Dz. U. 153, poz. 1270).

12.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt V SAIWa 2773/10

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w składzie następującym:

Przewodniczący	<i>Sędzia WSA</i>	Jolanta Bożek
	<i>Sędzia WSA</i>	Beata Krajewska (spr.)
	<i>Sędzia NSA</i>	Piotr Piszczek
Protokolant	specjalista	Izabela Wrembel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2011 r. sprawy ze skargi (...) na postanowienie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 9 września 2010 r. nr BDF1/4900/58/65/10/1626 w przedmiocie odmowy przyjęcia do rozpoznania środka zaskarżenia od orzeczenia w sprawie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

uchyla zaskarżone postanowienie

UZASADNIENIE

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi orzeczeniem z dnia 21 kwietnia 2010 r. (nr sprawy NOB-5000/Ł/31/2009) uznała (...), pełniącego funkcję wójta gminy, odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez popełnienie czynów określonych w art. 11 ust. 1, art. 14 pkt 1 – 3, art.15 i art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005, nr 14, poz.114 ze zm.).

W toku postępowania przed Regionalną Komisją Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (...) reprezentowany był przez adwokata (...) z Kancelarii Adwokackiej (...) w (...) na mocy podpisanego przez Skarżącego pełnomocnictwa z dnia 16 marca 2010 r. do prowadzenia jego „sprawy o naruszenie dyscypliny finansów publicznych o sygn. NOB-5000/Ł/31/2009 przed Regionalną Komisją Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z prawem substytucji”.

W dniu 1 czerwca 2010 r. adwokat (...) złożył do Regionalnej Komisji Orzekającej, podpisane przez siebie, odwołanie od jej orzeczenia z dnia 21 kwietnia 2010 r. adresowane do Głównej Komisji Orzekającej przy Ministrze Finansów, które przy piśmie z dnia 9 czerwca 2010 r. zostało przez Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej przekazane do adresata.

Główna Komisja Orzekająca wyznaczyła termin rozpoznania odwołania na 9 września 2010 r. o czym powiadomiła pismami z dnia 29 lipca 2010 r. zarówno (...) jak i adwokata (...). Pisma te zostały odebrane przez adresatów w dniu 9 sierpnia 2010 r.

W obu zawiadomieniach zawarto informację, iż pełnomocnictwo udzielone przez Obwinionego jego obrońcy obejmowało występowanie przed Komisją Orzekającą I instancji a do występowania obrońcy przed Główną Komisją Orzekającą niezbędne jest odrębne umocowanie adwokata.

Na rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą w dniu 9 września 2010 r., jak wynika z jej protokołu, obwiniony i jego obrońca nie stawili się, stawiał się Zastępca Głównego Rzecznika dyscypliny finansów publicznych.

Zastępca Głównego Rzecznika dyscypliny finansów publicznych złożył wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi wniesienia go przez osobę nieuprawnioną. Został jednak zobowiązany do zajęcia stanowiska merytorycznego i wskazał, iż część orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji budzi pewne wątpliwości.

Po naradzie GKO postanowiła odmówić przyjęcia do rozpoznania złożonego środka zaskarżenia w oparciu o art. 139 pkt 1 i 149 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W skardze z dnia 20 października 2010 r. do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (...) zarzucił GKO naruszenie art. 139 pkt 1 w związku z art. 138 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz art. 80 ust. 2 i 179 ust. 2 tej ustawy. Wniósł o uchylenie postanowienia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 9 września 2010 r. stojąc na stanowisku, iż pełnomocnictwo udzielone przez niego adwokatowi (...) obejmowało wniesienie odwołania od orzeczenia organu I instancji, bowiem jest czynnością podejmowaną przed tym organem. Organ II instancji winien przyjąć odwołanie i następnie wezwać Stronę do uzupełnienia braku odwołania poprzez dołączenie właściwego pełnomocnictwa oraz pouczyć o negatywnych skutkach niewykonania wezwania do usunięcia braków środka odwoławczego w określonym terminie.

W odpowiedzi na skargę Główna Komisja Orzekająca wniosła o jej oddalenie podkreślając, iż pełnomocnictwo z 16 marca 2010 r. swoim zakresem nie obejmowało występowania adwokata w imieniu Skarżącego przed organem II instancji, odmawiając przyjęcia odwołania do rozpoznania GKO nie naruszyła przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, zważył, co następuje:

Uprawnienia wojewódzkich sądów administracyjnych, określone przepisami m.in. art. 1 § 1 i § 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. Nr 153, poz. 1269) oraz art. 3 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.), sprowadzają się do kontroli działalności administracji publicznej pod względem zgodności z prawem, tj. kontroli zgodności zaskarżonego aktu z przepisami postępowania administracyjnego, a także prawidłowości zastosowania i wykładni norm prawa materialnego. Kierując się tymi przesłankami i badając zaskarżone orzeczenie w granicach określonych przepisami powołanych wyżej ustaw, Wojewódzki Sąd Administracyjny uznał, że skarga (...) zasługuje na uwzględnienie.

Wprawdzie błędne jest stanowisko Skarżącego co do zakresu pełnomocnictwa udzielonego przez niego w dniu 16 marca 2010 r. adw. (...), jednakże postępowanie organów obu instancji w sytuacji, gdy do Regionalnej Komisji Orzekającej wpłynęło odwołanie podpisane przez adw. (...) było nieprawidłowe.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i piśmiennictwa zakończenie postępowania w danej instancji następuje z chwilą wydania orzeczenia kończącego postępowanie w tej instancji. Zakres pełnomocnictwa udzielonego adw. (...) do prowadzenia sprawy Strony o naruszenie dyscypliny finansów publicznych o sygn. NDB-5000/L/31/2009 przed Regionalną Komisją Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie obejmował zatem wniesienia odwołania od jej orzeczenia z dnia 21 kwietnia 2010 r. Wniesienie środka zaskarżenia rozpoczyna bowiem postępowanie w instancji odwoławczej.

Odwołanie złożone przez adw. (...) w Regionalnej Komisji Orzekającej było zatem, w rozumieniu art. 139 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, środkiem zaskarżenia wniesionym przez osobę nieuprawnioną, co zgodnie z art. 139 pkt 1 tej ustawy winno skutkować

wydaniem przez Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej postanowienia o odmowie jego przyjęcia.

Jednakże od momentu wydania orzeczenia przez Regionalną Komisję Orzekającą Skarżący był osobą nie posiadającą profesjonalnego pełnomocnika.

Pojawienie się w sprawie wątpliwości, czy środek zaskarżenia wniesiony został przez osobę nieuprawnioną, obligować powinno było organ I instancji do podjęcia czynności w celu wyjaśnienia zaistniałych niejasności. Postanowienie o odmowie przyjęcia środka zaskarżenia wniesionego przez osobę nieuprawnioną można bowiem wydać tylko i wyłącznie wtedy, gdy istnieją podstawy do niewątpliwego ustalenia braku tych uprawnień.

Dlatego też organ obowiązany był, zgodnie z art. 80 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r., w niezbędnym zakresie pouczyć Obwinionego o ciążących na nim obowiązkach i przysługujących mu prawach oraz udzielać wyjaśnień i informacji o tych prawach i obowiązkach, tak aby w toku postępowania nie poniósł szkody z powodu nieznamomości przepisów dotyczących postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Niewątpliwie odmowa przyjęcia odwołania stanowiłaby taką szkodę. Zatem organ obowiązany był do zwrócenia się do Skarżącego z zapytaniem czy wnosi odwołanie a w związku z tym do uzupełnienia jego braku formalnego przez złożenie osobistego podpisu lub też nadesłania pełnomocnictwa dla adw. (...) obejmującego także czynność wniesienia środka zaskarżenia. Wezwanie powinno zawierać oznaczenie organu wysyłającego, wskazanie sprawy, której dotyczy, oraz termin wykonania i skutki niewykonania czynności. (art. 179 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.).

W literaturze przedmiotu (L. Lipiec-Warzecha, Komentarz do ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych) wprowadzie wskazuje się, iż obowiązek pouczenia, wyjaśniania i informowania uczestników postępowania o nałożonych na nich obowiązkach lub przysługujących uprawnieniach nie ma charakteru bezwzględnego a ustawodawca nie sformułował kryteriów oceny istnienia przesłanki „niezbędności” tych wyjaśnień w rozumieniu art. 80 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności (...), to jednak ustalenia w tym zakresie nie mogą być dowolne. Przesłanką udzielenia przez organ postępowania odpowiedniej informacji powinno być prawdopodobieństwo nieznamomości tej kwestii przez uczestnika postępowania (w praktyce najczęściej przez obwinionego). Obowiązek ten aktualizuje się po stronie organu postępowania, w sytuacji gdy prawdopodobne jest, że niewiedza uczestnika postępowania o ciążącym na nim obowiązku doprowadzić może do negatywnych dla niego konsekwencji albo spowoduje niemożność skorzystania z przysługujących mu praw. Dodatkową okolicznością wskazującą na konieczność spełnienia przez organ postępowania obowiązku informacyjnego jest występowanie obwinionego bez pomocy obrońcy, co miało miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Mając powyższe na uwadze Wojewódzki Sąd Administracyjny stanął na stanowisku, iż w toku postępowania administracyjnego naruszone zostały zasady wyrażone w art. 80 ust. 2 i 139 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przewodniczący Regionalnej Komisji Orzekającej przekazał środek zaskarżenia wraz z aktami sprawy do rozpoznania w drugiej instancji bez wyjaśnienia czy odwołanie zostało wniesione przez osobę uprawnioną Organ II

instancji także okoliczności tych nie wyjaśnił a wydając postanowienie o odmowie przyjęcia odwołania do rozpoznania wkroczył w kompetencje jednoznacznie przypisane w art. 139 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. Przewodniczącemu Regionalnej Komisji Orzekającej.

Art. 147 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. zawiera zamknięty katalog rozstrzygnięć, które może wydać Główna Komisja Orzekająca w wyniku rozpoznania odwołania na rozprawie. Orzeczeniem tym może:

1. utrzymać orzeczenie organu I instancji w mocy albo
2. uchylić orzeczenie organu I instancji w całości lub w części i rozstrzygnąć sprawę co do istoty, albo
3. uchylić orzeczenie organu I instancji w całości lub w części i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą

W katalogu tym nie mieści się rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonym postanowieniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 9 września 2010 r. a odwoływanie się przez GKO do treści art. 149 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. wobec treści przywołanych przepisów nie jest zasadne.

Główna Komisja Orzekająca winna zwrócić akta sprawy wraz z odwołaniem Regionalnej Komisji Orzekającej, na której ciąży obowiązek wyjaśnienia czy odwołanie zostało wniesione przez uprawnioną osobę następnie podjęcie przez Przewodniczącego RKO działań przewidziany w art. 139 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W konsekwencji, w ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, w rozpoznawanej sprawie doszło do naruszenia przepisów postępowania w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na jej wynik, co skutkuje na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit c ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.) uchyleniem zaskarżonego postanowienia.

13.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt II GSK 688/10

Naczelnny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący	<i>Sędzia NSA</i>	Joanna Kabat-Rembelska
	<i>Sędzia NSA</i>	Hanna Kamińska (spr.)
	<i>Sędzia del. WSA</i>	Ludmiła Jajkiewicz
Protokolant		Bogusław Piszko

po rozpoznaniu w dniu 14 czerwca 2011 r. na rozprawie w Izbie Gospodarczej skargi

kasacyjnej (...) od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 stycznia 2010 r. sygn. akt V SA/Wa 648/09 w sprawie ze skargi (...) na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 2 lutego 2009 r. nr DF/GKO-4900-40/44/07/1771 w przedmiocie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

- 1) oddala skargę kasacyjną;
- 2) zasądza od (...) na rzecz Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny Finansów publicznych kwotę 180 (sto osiemdziesiąt) złotych tytułem kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 8 stycznia 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 648/09 Wojewódzki sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargę (...) na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 2 lutego 2009 r. nr DF/GKO-4900-40/44/07/1771 w przedmiocie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ze stanu faktycznego ustalonego przez Sąd I instancji wynika, że Wojewoda (...) powiadomił Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Poznaniu o ujawnieniu podczas przeprowadzonej kontroli w Urzędzie Gminy w (...), okoliczności wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez Burmistrza Miasta i Gminy (...). Rzecznik dyscypliny finansów publicznych wszczął postępowanie i po dokonaniu czynności wyjaśniających oraz zgromadzeniu materiału dowodowego sformułował i przekazał Regionalnej Komisji Orzekającej przy RIO w Poznaniu wnioski o ukaranie (...) karą nagany za to, że sprawując funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...), nieumyślnie dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedno Dz. U. z 2017 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) dotyczącego wyboru wykonawcy usługi inżyniera kontraktu dla projektu „Poprawa stanu środowiska naturalnego poprzez modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w (...)” – umowa z dnia 7.12.2004 r. o wartości 212.686,55 zł mimo braku przesłanek dla zastosowania takiego trybu.

Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy RIO w Poznaniu w dniu 27 marca 2007 r. wydała więc orzeczenie, w którym uznała (...) – pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...) winnym nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego wyboru wykonawcy usługi inżyniera kontraktu dla projektu „Poprawa

stanu środowiska naturalnego poprzez modernizację rozbudowę oczyszczalni ścieków w (...)", mimo braku przesłanek dla zastosowania takiego trybu, tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.) i wymierzyła karę nagany, obciążając jednocześnie kosztami postępowania w sprawie.

Uzasadniając orzeczenie Komisja stwierdziła, opierając się na zgromadzonych w sprawie dowodach, że w dniu 6 grudnia 2004 r. skarżący zatwierdził proponowany przez komisję przetargową tryb wyboru wykonawcy usługi inżyniera kontraktu dla projektu „Poprawa stanu środowiska naturalnego poprzez modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w (...)", realizowanego na podstawie umowy o dofinansowanie projektu nr Z/2.30/1/1.2/69/04/U/8/05 zawartej pomiędzy Wojewodą (...) a Gminą (...). W dniu zatwierdzania wykonawcy (tryb z wolnej ręki) Zamawiający dysponował trzema ofertami, a w wyniku negocjacji przeprowadzonych w dniu 7 grudnia 2004 r. z firmą (...) S.A. ustalono wynagrodzenie dla wykonawcy na kwotę 174.333,24 zł. netto (VAT 22%: 38.353,31 zł., brutto: 212.686,55 zł.). W dniu 7 grudnia 2004 r. strony zawarły w trybie z wolnej ręki umowę na świadczenie usług w zakresie pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Projekt „Poprawa stanu środowiska naturalnego poprzez modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w (...)", realizowany był z dofinansowaniem ze środków unijnych, dlatego też niezbędna była funkcja inżyniera kontraktu. Zarząd Województwa wydał decyzję o udzieleniu dofinansowania 11 października 2004 r. (umowa podpisana została w styczniu 2005 r.), natomiast ważność pozwolenia na budowę kończyła się 16 grudnia 2004 r. Do formalnego rozpoczęcia prac niezbędny był wpis do Dziennika Budowy dokonany przez inżyniera kontraktu. Przetarg na wykonanie inwestycji (budowy modernizacji oczyszczalni ścieków) został rozstrzygnięty 18 listopada 2004 r. Wysokość wynagrodzenia inżyniera kontraktu została ustalona na 1,5% wartości kosztorysowej projektu.

Zdaniem Komisji, brak było przesłanek do zawarcia umowy w trybie wolnej ręki, skarżącemu znana była data upływu ważności pozwolenia na modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w (...), co świadczy o braku należytej staranności z jego strony, aby określone czynności zamówieniowe przeprowadzić w odpowiednim terminie. W szczególności mógł on, po uzyskaniu decyzji o dofinansowanie, przeprowadzić wybór inżyniera kontraktu w trybie konkurencyjnym, na co – do dnia upływu terminu pozwolenia na budowę – miał ponad dwa miesiące. W związku z powyższym Komisja przypisała skarżącemu winę nieumyślną, ponieważ nie miał on zamiaru popełnienia czynu, lecz popełnił go wskutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, i wymierzyła mu karę nagany, biorąc pod uwagę fakt uprzedniego ukarania go za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Po rozpatrzeniu odwołania skarżącego Główna Komisja Orzekająca decyzją z dnia 15 października 2007 r. utrzymała w mocy orzeczenie organu I instancji podkreślając, że zamówienie „z wolnej ręki” jako najmniej konkurencyjny ze wszystkich przewidzianych prawem zamówień publicznych trybów, powinien być stosowany wyjątkowo, po uprzednim zbadaniu możliwości zastosowania innych trybów konkurencyjnych, np. tryb negocjacyjny. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tryb

zamówienia „z wolnej ręki” może mieć zastosowanie wyłącznie w przypadku zaistnienia sytuacji wymagających natychmiastowego wykonania zamówienia, w okolicznościach, kiedy z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego, zamówienia nie można zrealizować ze względu na niemożność zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W rozpatrywanej sprawie zamówienie dotyczyło usługi inżyniera kontraktu dla projektu dotyczącego modernizacji rozbudowy oczyszczalnie ścieków w (...), a powszechnie wiadomo, że pełnienie obowiązków inżyniera kontraktu nie jest czynnością jednorazową lub wykonywaną w ciągu kilku dni. Pełnienie tej funkcji polega na wykonywaniu szeregu czynności w dłuższym okresie czasu, a konkretnie do czasu ostatecznego odbioru prac budowlanych, który w sprawie nastąpił dopiero w dniu 31 maja. 2006 r. Zdaniem organu, skarżący miał możliwość i powinien był skorzystać z trybu prowadzenia negocjacji bez ogłoszenia, przewidzianego w art. 61 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, który był adekwatny do zaistniałej sytuacji, w której okoliczności, na które skarżący nie miał wpływu i których nie mógł przewidzieć, to termin ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu na wykonawcę modernizacji oczyszczalni ścieków oraz nieznanym termin podpisania umowy z Wojewodą (...) na dofinansowanie inwestycji.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, uwzględniając skargę skarżącego, wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2008 r. uchylił powyższe orzeczenie wskazując na wstępie, że Prawo zamówień publicznych nie zawiera art. 61 ust. 1 pkt 4, a treść przepisu przytoczona przez Komisję Odwoławczą odpowiada brzmieniu art. 62 ust. 1 pkt 4 tej ustawy. Ponadto, zdaniem Sądu I instancji, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie jest wystarczający do kategorycznego przyjęcia, że skarżący miał możliwość uniknięcia naruszenia prawa. W dokumentach dotyczących udzielenia zamówienia z wolnej ręki brak jest informacji o analizowaniu możliwości zastosowania trybu bardziej konkurencyjnego zamówień publicznych – co nie musi Jeszcze oznaczać, że komisja przetargowa powołana przez skarżącego zarządzeniem nr 102/2004 z dnia 1 grudnia 2004 r. nie rozważała zastosowania innego trybu zamówienia. Przesłuchanie w charakterze świadków członków tej komisji – zgodnie również z wnioskiem pełnomocnika skarżącego zawartym w odwołaniu od orzeczenia Komisji I instancji – mogło przyczynić się do wyjaśnienia okoliczności faktycznych w tym zakresie. W szczególności odpowiedzieć na pytanie czy w okresie, w którym udzielone zostało zamówienie z wolnej ręki możliwe było udzielenie zamówienia w trybie przeprowadzenia negocjacji bez ogłoszenia. Z akt sprawy wynika, że jedna z firm zainteresowanych realizacją usługi „Inżyniera kontraktu” nie spełniała wymogów formalnych takiego zamówienia. Nie wiadomo zatem, czy w realiach 2004 r., czyli bezpośrednio po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej i przy uwzględnieniu ograniczeń czasowych w rozpatrywanej sprawie na wyłonienie inżyniera kontraktu możliwe byłoby przeprowadzenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym – zgodnie z art. 63 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – niezbędne jest zaproszenie do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję nie mniej niż 5 – ciu. W związku z tym uznanie przez organ orzekający, że zeznania członków komisji przetargowej w charakterze świadków nie miałyby wpływu na ocenę działania skarżącego i treść orzeczenia oraz oddalenie na tej podstawie wniosku dowodowego pełnomocnika skarżącego było nieuzasadnione i naruszało art. 89 ust. 3 pkt 1 ustawy

o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a odstąpienie od tych czynności stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 powoływanej ustawy.

Ponadto skarżący został ukarany karą nagany, na podstawie art. 33 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, natomiast – zdaniem Sądu I instancji – uwadze Komisji uszedł art. 35 tej ustawy, mający zastosowanie w sprawie, a który obliguje komisję orzekającą do wymierzenia kary upomnienia w razie zaistnienia jednej z wymienionych w nim przesłanek, tj. nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub nieznacznego stopnia społecznej szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W rozpatrywanej sprawie, wobec uznania skarżącego za winnego nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wymierzenie mu kary nagany (zamiast nakazanej kary upomnienia) było prawnie nieuzasadnione i niezgodne z art. 35 ustawy, który jest przepisem szczególnym w odniesieniu do art. 33 i powinien mieć pierwszeństwo w stosowaniu.

Realizując wytyczne Sądu I instancji Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych orzeczeniem z dnia 2 lutego 2009 r. – powołując się na treść art. 42 ust. 2 oraz art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.:

1. Uchyliła zaskarżone orzeczenie w całości;
2. Uznała (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w ten sposób, że w dniu 7 grudnia 2004 r. w trybie z wolnej ręki udzielił zamówienia publicznego o wartości brutto 212.686,55 zł, którego przedmiotem było świadczenie usług Inżyniera kontraktu dla projektu „Poprawa stanu środowiska naturalnego poprzez modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w (...)”, czym naruszył art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, określający przesłanki udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.
3. Na podstawie art. 35 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych za przypisany czyn wymierzyła skarżącemu karę pomnienia.
4. Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych obciążyła skarżącego obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 227,54 zł.

Uwzględniając wytyczne Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie organ ponownie rozpoznając sprawę, po uzupełnieniu postępowania dowodowego potwierdził ustalenia co do stanu faktycznego będącego podstawą oceny postawionego skarżącemu zarzutu. Podzielił w całości ustalenia składu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 15 października 2007 r. dotyczące braku przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych do legalnego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Wskazał, że Gmina (...) została poinformowana przez Zarząd Województwa (...) o przyznaniu dofinansowania projektu w dniu 11 października 2004 r. Słusznie zatem komisja orzekająca I instancji zauważyła, że na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym skarżący miał ponad dwa miesiące do upływu terminowości pozwolenia na budowę. Bez znaczenia w sprawie był termin podpisania umowy

o dofinansowanie projektu, bowiem nastąpiło to dopiero w styczniu 2005 r., a więc i tak po upływie terminu ważności pozwolenia na budowę. Mimo braku ostatecznej informacji o przyznaniu dofinansowania i braku podpisanej umowy w tej kwestii, w gminie prowadzone było postępowanie (jak wynika z wyjaśnień skarżącego – trzecie, ponieważ poprzednie dwa musiały zostać unieważnione) na wykonawcę głównego projektu modernizacji oczyszczalni na znacznie większą wartość (ponad 12 mln zł), a w postępowaniu tym było zastrzeżenie, że zamówienie zostanie udzielone wyłącznie w przypadku przyznania dofinansowania z UE. Zdaniem organu, brak było przeciwwskazań, aby z analogicznym zastrzeżeniem przeprowadzić postępowanie konkurencyjne na wybór inżyniera kontraktu. Z zestawienia dat w sprawie wynika, że po uzyskaniu informacji o przyznaniu dofinansowania (11 października 2004 r.) w sprawie wyboru inżyniera kontraktu nie podejmowano żadnych czynności. Dopiero w dniu 10 listopada 2004 r. złożono (całkowicie bezzasadny z punktu widzenia obowiązujących przepisów) wniosek do Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) o zatwierdzenie wyboru trybu z wolnej ręki. Po uzyskaniu decyzji UZP (22 listopada 2004 r.), kolejne kroki podjęto na początku grudnia 2004 r. Rzeczywiście wówczas do wygaśnięcia pozwolenia na budowę pozostawało niewiele czasu. Z zeznań świadków – członków komisji przetargowej – wynika, że nie rozważała ona zastosowania innego trybu postępowania niż tryb z wolnej ręki, nie przeprowadziła też rozeznania co do ilości firm, które byłyby zdolne świadczyć tego typu usługę, opierając się wyłącznie na trzech ofertach, które samoistnie zostały złożone do Urzędu Gminy w (...). Organ zwrócił uwagę, że skoro bez żadnego ogłaszania postępowania do Urzędu samoistnie wpłynęły trzy oferty, to można racjonalnie założyć, że gdyby ogłoszono stosowne postępowanie ze sprecyzowaniem i wskazaniem warunków udziału ofert takich mogłoby wpłynąć więcej. Należało także mieć na względzie, że do rozstrzygnięcia postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego (z wyjątkiem trybu zapytania o cenę) wystarczające jest wpłynięcie choćby jednej oferty. Wynagrodzenie dla inżyniera kontraktu zostało odniesione w umowie z dnia 7 grudnia 2004 r. do kwoty przewidywanego wynagrodzenia, określonego we wniosku o dofinansowanie, zatem niezasadne było twierdzenie skarżącego, że powodem uniemożliwiającym wcześniejsze przeprowadzenie przetargu było powiązanie tego wynagrodzenia z wynagrodzeniem wykonawcy głównej modernizacji oczyszczalni. Ostatecznie organ uznał więc, że można mu przypisać winę za popełnienie zarzuconego czynu, albowiem miał on możliwość postąpienia w sposób zgodny z obowiązującym prawem. Nie zachowując ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, w sposób nieumyślny naruszył dyscyplinę finansów publicznych w ten sposób, że udzielił kwestionowanego zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy w sprawie nie istniały przesłanki do jego zastosowania. Bezzasadne zastosowanie niekonkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych nie mogło skutkować orzeczeniem o znikomej szkodliwości dla finansów publicznych tym bardziej, że kwota zamówienia była stosunkowo znaczna.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zaskarżonym wyrokiem oddalił skargę skarżącego na powyższe orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 2 lutego 2009 r. w całości podtrzymując stanowisko organów administracji, że skarżący miał ponad dwa miesiące do upływu terminu ważności pozwolenia na budowę na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, a w sprawie

bez znaczenia był termin podpisania umowy na dofinansowanie projektu, ponieważ nastąpiło to i tak po upływie terminu ważności tego pozwolenia. W sprawie brak było przeciwwskazań do przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego z zastrzeżeniem, że zamówienie zostanie udzielone wyłącznie z przypadku przyznania dofinansowania z Unii Europejskiej. Za niezrozumiałe należało przyjąć twierdzenia skarżącego co do niejasności i niejednoznaczności obowiązujących w czasie jego działania przepisów Prawa zamówień publicznych, skoro w trakcie postępowania nie wskazywano na trudności w ich interpretacji. Nie wiadomo też, na czym oparł swoje twierdzenie, że tylko jedno przedsiębiorstwo było zainteresowane udziałem w przedsięwzięciu, skoro mimo nieogłaszania żadnego postępowania w tej sprawie do Urzędu Gminy samoistnie wpłynęły oferty na przedmiotowe zamówienie. Nie wiadomo też, dlaczego liczba potencjalnych oferentów odnosi się wyłącznie do regionu, skoro jedną z naczelnych zasad Prawa zamówień publicznych jest jawność i powszechność postępowań o udzielenie zamówień finansowanych ze środków publicznych, o które ubiegać się mogą nie tylko przedsiębiorcy z całego kraju, ale również firmy zagraniczne.

Podkreślił też, że zamówienia publicznego udziela ten, kto jako uprawniony składa oświadczenie woli w imieniu zamawiającego. Natomiast skarbnik jednostki samorządu terytorialnego, podpisując umowę o zamówienie publiczne, zatwierdza umowę pod względem finansowym w ramach własnych praw i obowiązków. Podpis skarbnika nie oznacza udzielenia zamówienia publicznego, a jest spełnieniem wymogu prawa polegającego na poświadczeniu zgodności finansowania zobowiązania kontraktowego.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wniósł (...), zaskarżając go w całości zarzucając mu naruszenie prawa materialnego przez:

– błędną wykładnię art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że w sprawie nie zachodziły przesłanki do dokonania wyboru wykonawcy w trybie przewidzianym w tym przepisie i stwierdzenie, że skarżącemu można przypisać winę przy wyborze wykonawcy zamówienia publicznego z uwagi na zaistnienie przesłanek naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,

– błędną wykładnię art. 28 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez przyjęcie, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy szkodliwość dla finansów publicznych przypisywanego skarżącemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest wyższa od znikomej oraz stwierdzenie, że można mu przypisać winę przy wyborze wykonawcy zamówienia publicznego.

W związku z powyższym wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w potrójnej wysokości.

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej skarżący ponownie podkreślił, że udzielając zamówienia w trybie wolnej ręki działał mając na uwadze wyłącznie interes Gminy (...). Decyzja została podjęta w okolicznościach, w których konieczne było niezwłoczne działanie. Jego zdaniem, niecelowe i sprzeczne z zasadą prawidłowej gospodarki

byłoby wcześniejsze ogłoszenie przetargu na wybór inżyniera kontraktu, skoro nie wiadomo było, czy procedura zamówień publicznych dat. modernizacji i rozbudowy oczyszczalni ścieków w (...) zostanie prawomocnie zakończona. Wbrew poglądom organów administracji i Sądu I instancji, termin przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy był krótszy niż dwa miesiące i liczył się od dnia rozstrzygnięcia przetargu na wykonanie inwestycji – rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków, do czego doszło w dniu 18 listopada 2004 r. – do dnia upływu terminu ważności pozwolenia na budowę. Ponadto, wynagrodzenie inżyniera kontraktu zostało ustalone na poziomie 1,5% wartości kosztorysowej projektu będącego przedmiotem przetargu. O tym, jaka jest ta wartość kosztorysowa, zainteresowani, w tym potencjalni oferenci, dowiedzieli się dopiero w momencie rozstrzygnięcia przetargu. Dlatego też, dopiero z tą chwilą możliwe było zainicjowanie procedury wyboru inżyniera kontraktu, wcześniej nie było możliwości określenia wartości przysługującego mu wynagrodzenia, jako jednego z warunków urnowy. Natomiast przeprowadzenie postępowania konkursowego z zastrzeżeniem, że do zawarcia umowy dojdzie wyłącznie w przypadku uzyskania dotacji spowodowałoby eliminację znacznej części potencjalnych uczestników postępowania konkursowego i zaprzepaszczenie podstawowej zasady Prawa zamówień publicznych czyli zasady konkurencyjności. Ponadto, zarówno na etapie postępowania administracyjnego jak i sądownoadministracyjnego nie wskazano dowodów na potwierdzenie tezy, że do postępowania konkursowego o udzielenie zamówienia publicznego na inżyniera projektu przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przystąpiłoby więcej oferentów niż ci, spośród których wyboru z trybie „z wolnej ręki” dokonał skarżący. Działania podjęte przez niego nie doprowadziły do jakiegokolwiek uszczerbku na mieniu publicznym, a wręcz przeciwnie, pozwoliło na uzyskanie dofinansowania ważnego z perspektywy potrzeb społeczności Gminy (...) projektu inwestycyjnego. Żadne środki publiczne nie zostały zmarnotrawione, a niebezpieczeństwo utraty dofinansowania skutecznie zażegnane, mając więc na uwadze całokształt okoliczności sprawy stopień zarzucanego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest znikomy i pociągnięcie do odpowiedzialności z tego tytułu nieuzasadnione. Jednocześnie zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 38 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, z dniem 11 kwietnia 2010 r. nastąpiło przedawnienie karalności zarzucanego mu czynu

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniosła o jej oddalenie jako bezzasadnej podtrzymując argumenty zawarte w decyzji jak i odpowiedzi na skargę do Sądu I instancji oraz podkreślając, że w obrocie prawnym obowiązuje zaskarżone, ale prawomocne orzeczenie organu przypisujące mu odpowiedzialność, zatem nie można tu mówić o przedawnieniu karalności przewinienia, stosownie do art. 39 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Naczelny Sąd Administracyjny, zważył co następuje:

Skarga kasacyjna nie zawiera usprawiedliwionych podstaw.

Kasator oparł skargę kasacyjną na podstawie naruszenia prawa materialnego, polegającej na błędnej wykładni: art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo

zamówień publicznych oraz art. 28 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Na wstępie rozważań należy przypomnieć, że błędna wykładnia polega na mylnym zrozumieniu treści określonej normy prawnej.

Zgodnie z podstawową zasadą wynikającą z ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamówienia publiczne udzielane są w trybach konkurencyjnych, co oznacza, że zastosowanie trybu ograniczającego konkurencję jest możliwe tylko wówczas, gdy przepis szczególny na takie działanie zezwala. Artykuł 67 ust. 1 określa przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W przypadku wszystkich trybów niemających charakteru podstawowego, także w przypadku zamówienia z wolnej ręki zamawiający jest uprawniony zastosować ten tryb jedynie w okolicznościach określonych w ustawie (por. art. 10 ust. 2). Orzecznictwo sądowe wskazuje również na konieczność ścisłej wykładni przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki, odrzucając możliwość dokonywania wykładni rozszerzającej (por. wyroki WSA: z 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 2809/08, LEX nr 512894; z 24 marca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3123/08, LEX nr 507731; z 26 lutego 2008 r., sygn. akt V SAIWa 2403/07, LEX nr 470050, z 14 października 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 2091/05, LEX nr 197315). W pełni zachowało swoją aktualność stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (OSNCP 2001, nr 22, poz. (357)). Zamówienie z wolnej ręki zostało także przewidziane jako tryb udzielania zamówień w sytuacjach nagłych i nieprzewidywalnych, na warunkach określonych art. 67 ust. 1 pkt 3. Omawiana przesłanka pozostaje w ścisłej relacji z art. 62 ust. 1 pkt 4, określającym przesłankę zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Praktycznie jest to sytuacja, w której należy udzielić zamówienia bez żadnej zwłoki, a samo zamówienie powinno zostać zrealizowane natychmiastowo. Ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia określa zakres przedmiotowy zamówienia z wolnej ręki, udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3. Zamówienie może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagana jest natychmiastowa jego realizacja. Przykładowo art. 67 ust. 1 pkt 3. stanowi podstawę udzielenia zamówienia z wolnej ręki na zapobieżenie awarii budowlanej, lecz nie na kompleksowy remont obiektu budowlanego. Sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, powinna być dla zamawiającego nieprzewidywalna. Należy przez to rozumieć takie zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik. Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego (np. katastrofy, awarie). Charakter niemożliwy do przewidzenia będzie miała również konieczność

natychmiastowego udzielenia zamówienia, będąca rezultatem przeciągającego się, bez winy zamawiającego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaistniała sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie może być zatem spowodowana zamierzoną opieszałością w udzieleniu zamówienia (J. Jerzykowski w Komentarz do art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, LEX 2007, wyd. III). Odnosząc powyższe do rozpatrywanej sprawy, nie można zarzucić Sadowi I instancji niewłaściwego zrozumienia treści omawianego przepisu. Sąd w uzasadnieniu orzeczenia stwierdził, odwołując się do niekwestionowanych przez skarżącego ustaleń faktycznych, że udzielił on kwestionowanego zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy w sprawie nie istniały przesłanki do jego zastosowania. Przesłanka wyboru trybu z wolnej ręki przewidziana jest dla jak najszybszego, natychmiastowego wykonania czynności objętych zamówieniem, co nie odpowiada przedmiotowi umowy objętej zarzutem, tj. pełnienia funkcji inżyniera kontraktu, która to funkcja była pełniona do 31 maja 2006 r. Pełnienie obowiązków inżyniera kontraktu nie jest czynnością jednorazową lub wykonywaną w ciągu kilku dni. Polega na wykonywaniu szeregu czynności w dłuższym okresie czasu aż do ostatecznego odbioru prac budowlanych. Aby skorzystać z trybu przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy musi istnieć pilna potrzeba udzielenia zamówienia, z powodu okoliczności, których wcześniej zamawiający nie mógł przewidzieć. Podczas, gdy z niespornego stanu faktycznego, opisanego szczegółowo w zaskarżonej decyzji wynika, że skarżący na przeprowadzenie postępowania z wolnej ręki miał ponad dwa miesiące do upływu terminu ważności pozwolenia na budowę, a ponadto nie rozważał on (co wynika z zeznań świadków – członków komisji przetargowej) zastosowania innego trybu postępowania niż z wolnej ręki (np. negocjacji bez ogłoszenia). Tym samym czyn skarżącego wypełniał ustawowe znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Z uzasadnienia skargi kasacyjnej wynika, iż strona skarżąca podnosząc zarzut naruszenia prawa materialnego w istocie polemizuje z oceną stanu faktycznego, dokonaną przez organ i zaakceptowaną przez Sąd I instancji. Ustaleń faktycznych w sprawie oraz oceny materiału dowodowego nie można podważać zarzutami niewłaściwego zastosowania prawa materialnego. Podsumowując zarzut ten okazał się chybiony.

Drugi z podniesionych zarzutów naruszenia prawa materialnego również nie zasługuje na uwzględnienie. WSA w Warszawie dokonał prawidłowej wykładni przepisu art. 28 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Artykuł 28 ustawy definiuje instytucję szkodliwości naruszenia dyscypliny dla finansów publicznych oraz formułuje kryteria oceny stopnia tej szkodliwości. Do przesłanek uwzględnianych przy tej ocenie należy waga naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki naruszenia. Wszystkie czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych są szkodliwe społecznie. Natomiast stopień tej szkodliwości konkretnego czynu danego sprawcy dla ładu finansów publicznych jest elementem, który musi analizować komisja, podejmując decyzję co do wymiaru kary (por. wyrok NSA z dnia 3 kwietnia 2002 r., III S.A. 3224/01, ONSA 203/2/78). Dokonując oceny stopnia istotności naruszonych przez skarżącego

obowiązków, Główna Komisja Orzekająca uznała, że obwinionemu można przypisać winę za popełnienie zarzucanego mu czynu. Bowiem miał on możliwość postąpienia w sposób zgodny z obowiązującym prawem, a nie zachowując ostrożności wymaganej w danych okolicznościach w ten sposób nieumyślnie naruszył dyscyplinę finansów publicznych, gdyż udzielił zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy w sprawie nie istniały przesłanki do jego zastosowania. Przy ocenie sposobu i okoliczności naruszenia obowiązków ciążących na skarżącym wzięto pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych towarzyszących temu naruszeniu, w szczególności wagę tego naruszenia oraz znaczną kwotę zamówienia, możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z obowiązującym prawem. Szkodliwości dla finansów publicznych nie można utożsamiać wyłącznie ze stratami finansowymi ponoszonymi przez jednostkę. Potwierdza to chociażby katalog naruszeń dyscypliny finansów publicznych, gdzie znajduje się szereg czynów, z popełnieniem których nie mogą łączyć się żadne skutki finansowe. Udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie było podstaw do zastosowania takiego trybu, nie może być uznane w świetle art. 28 ust. 2 ww. ustawy, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy, w szczególności przy uwzględnieniu wysokości zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem (art. 28 ust. 2 pkt 4). Nie można wymiennie traktować pojęć szkodliwość i szkoda. Szkodliwość jest pojęciem szerszym, w którym obok aspektu szkody w rozumieniu materialnym, bierze się pod uwagę właśnie wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności naruszenia. Z tych względów argumenty podnoszone przez skarżącego, że działanie podjęte przez niego nie doprowadziło do zaistnienia jakiegokolwiek szkody czy uszczerbku w mieniu publicznym, a nadto iż żadne środki publiczne nie zostały zmarnotrawione, a niebezpieczeństwo utraty dofinansowania zażegnane, nie mogły w świetle przesłanek wymienionych w omawianym przepisie odnieść oczekiwanego przez obwinionego skutku. Sytuacja, gdy stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych nie jest znaczny, upoważnia do wymierzenia sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych kary najłagodniejszego rodzaju, tj. kary upomnienia (art. 35 uoondfp.).

Dodatkowo podniesiony zarzut wystąpienia przedawnienia karalności oparty na dyspozycji art. 38 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych również należy uznać za chybiony, gdyż w obrocie prawnym funkcjonuje prawomocne orzeczenie Główniej Komisji Orzekającej z dnia 2 lutego 2009 r. przypisujące skarżącemu odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a ponadto zgodnie z art. 39 ust. 2 ustawy przedawnienie wykonania kary nie biegnie w okresie wstrzymania z urzędu jej wykonania, wskutek zaskarżenia do sądu prawomocnego orzeczenia zgodnie z art. 169.

Mając powyższe na uwadze Naczelny Sąd Administracyjny orzekł jak w sentencji stosownie do postanowień art. 184 i 204 pkt 1 p.p.s.a.

14.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt V SAIWa 20/11

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w składzie następującym:

Przewodniczący	<i>Sędzia WSA</i>	Jolanta Bożek
	<i>Sędzia WSA</i>	Izabella Janson (spr.)
	<i>Sędzia NSA</i>	Piotr Piszczek
Protokolant	<i>specjalista</i>	Izabela Wrembel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2011 r. sprawy ze skargi (...) na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 14 października 2010 r. nr BDF1/4900/71/78/10/2032 w przedmiocie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

oddala skargę.

UZASADNIENIE

Przedmiotem skargi wniesionej przez (...) jest orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej: GKO) z dnia 14 października 2010 r., nr BDF1/4900/71/78/10/2032 utrzymujące w mocy orzeczenie Wspólnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 23 marca 2009 r., nr WKDF-0261-1/10 w przedmiocie uznania skarżącego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych i wymierzenia mu kary upomnienia.

Zaskarżone orzeczenie wydane zostało w następującym stanie faktycznym.

W dniu 12 grudnia 2007 r. (...) jako przedstawiciel Zamawiającego – Instytutu Pamięci Narodowej Komisji Ścigania Zbrodni Przeciw Narodowi Polskiemu Oddział w (...) (dalej jako: IPN Oddział w (...)) zawarł z firmą (...) – Sp. z o.o. w (...) umowę na dostawę mebli biurowych na kwotę 265.463,46 zł. Umowa ta została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W dniu 21 listopada 2007 r. zatwierdzono potrzebę udzielenia zamówienia, powołano komisję przetargową oraz zatwierdzono Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. Zapytanie dotyczące ceny ewentualnego zamówienia i zaproszenie do składania ofert w tym zakresie zostało wystosowane do sześciu podmiotów, z których trzy złożyły ważne oferty. Późniejsza kontrola Urzędu Kontroli Skarbowej w IPN Oddział w (...) wykazała, iż dwie oferty, w tym oferta firmy (...) – Sp. z o.o. w (...), zostały sporządzone tym samym charakterem pisma. Zapytanie skierowane do potencjalnych oferentów przewidywało jako termin składania ofert dzień 28 listopada 2007 r., miesięczny termin realizacji umowy wyznaczony na dzień 27 grudnia 2007 r. oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W opisie tym wskazano ilość poszczególnych rodzajów mebli z podaniem

wymiarów w milimetrach (np. szerokość półek, średnica kółek w fotelach, wysokość wieszaków), kolory i metody wykończenia mebli a także numer katalogowy koloru (RAL9006). Akceptacji tak szczegółowego opisu zamówienia dokonał Dyrektor IPN Oddział w (...) (...).

Podczas kontroli na skrzynkach pocztowych sekretariatu urzędu wykryto również szereg wiadomości przesłanych drogą elektroniczną, datowanych od 31 października 2007 r. do 7 listopada 2007 r., zawierających informacje o obecnie dostępnym w firmie (...) – Sp. z o.o w (...) asortymencie mebli z podaniem ilości i wymiarów w milimetrach identycznych z zawartymi w SIWZ i zapytaniach ofertowych. Wykazano także, iż w wykonaniu zawartej umowy nie dokonano fizycznej dostawy całości zamówionych mebli ograniczając się do formalnego potwierdzenia wykonania umowy, zaś znaczna część dostawy została powierzona spółce (...) – Sp. z o.o. w (...) w nieodpłatne przechowanie.

Powyższe okoliczności ustalono w dwóch niezależnych postępowaniach kontrolnych prowadzonych przez Urząd Kontroli Skarbowej w (...) oraz Urząd Zamówień Publicznych. W efekcie złożono dwa zawiadomienia – 5 stycznia 2009 r. (UKS) i 17 grudnia 2009 r. (UZP) – do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o ujawnieniu okoliczności wskazujących na naruszenie przez (...) dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 22 marca 2010 r. Rzecznik skierował wniosek o ukaranie wskazując, iż doszło do udzielenia zamówienia publicznego, którego termin wykonania i opis przedmiotu zamówienia zostały sformułowane w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, czyli czyn stanowiący naruszenie zasad określonych w art. 7 i art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759) zwanej dalej „p.z.p.” i penalizowany jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych na mocy art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą. Uznając, iż naruszenie zostało popełnione w sposób umyślny Rzecznik – stosownie do regulacji art. 35 ustawy wniósł o ukaranie obwinionego karą nagany.

Orzekająca w sprawie w I instancji Wspólna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych podzieliła stanowisko Rzecznika i orzeczeniem z 8 czerwca 2010 r. uznała (...) winnym umyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych i wymierzyła mu karę upomnienia oraz obciążyła go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania. W ocenie Komisji za postawieniem obwinionemu zarzutu ograniczenia konkurencji przemawiał brak w SIWZ dopuszczenia składania ofert przewidujących rozwiązania równoważne wobec opisanych.

Obwiniony zakwestionował powyższe orzeczenie i złożył od niego odwołanie zarzucając mu w szczególności naruszenie art. 74 ustawy w związku z art. 124, 87, 89 ust. 3 i 4 przez oddalenie wniosku o przesłuchanie świadków będących członkami komisji przetargowej i w konsekwencji pominięcie okoliczności, które zdaniem skarżącego mają istotne znaczenie dla oceny zarzutów. Nadto zarzucił pominięcie istotnych okoliczności sprawy i w konsekwencji bezzasadne przyjęcie, iż doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Skarżący wskazał również, iż nie można wyciągać negatywnych konsekwencji z długości terminu wyznaczonego na składanie ofert, bowiem ocena, czy występowała pilność dostawy miałaby znaczenie, gdyby stawiano

zarzuty dotyczące zastosowania niewłaściwego trybu postępowania. Obwiniony wskazał też szereg okoliczności usprawiedliwiających udzielenie zamówienia na ustalonych warunkach. W szczególności zwrócił uwagę na potrzebę zapewnienia pracy w nowej siedzibie celem uniknięcia dodatkowych kosztów wynajmowania pomieszczeń oraz konieczność realizacji koncepcji artystycznej opracowanej przez architektów projektujących siedzibę IPN Oddziału w (...).

Orzeczeniem z 14 października 2010 r. Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych utrzymała w mocy zaskarżone orzeczenie. W uzasadnieniu GKO podzieliła zarzut obwinionego dotyczący krótkiego terminu dostawy. Przedmiotem zarzutu w niniejszej sprawie nie było bowiem naruszenie przepisów regulujących tryb postępowania, w którym udzielono zamówienie, lecz samo udzielenie zamówienia.

Następnie GKO wskazała jednak, że wnioski dowodowe obwinionego zostały oddalone zasadnie, bowiem żadne okoliczności związane ze sposobem oznaczenia wymogów zamówienia w toku prac komisji przetargowej nie miały znaczenia dla przypisania odpowiedzialności z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy. Dalej organ wyjaśnił, że okoliczność, iż zapytanie zostało skierowane do sześciu podmiotów, z których trzy odpowiedziały składając ofertę nie dowodzi wbrew opinii obwinionego, iż podane warunki nie ograniczały konkurencji. Istotą ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie było właśnie to, że ofert nie złożyły podmioty niespełniające bezpodstawnie podanych wymogów. GKO dokonała również oceny motywów uzasadniających szczegółową specyfikację zamówienia wskazanych w toku postępowania przez obwinionego. W ocenie organu jedynie część postawionych w zamówieniu wymogów można było uznać za obiektywnie uzasadnione np. szerokość półek, część była usprawiedliwiona częściowo np. pionowe wymiary mebli, część natomiast pozbawiona była jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego np. średnica kółek w fotelach. Zdanie GKO Komisja orzekająca w I instancji zasadnie zatem uznała, że stopień szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia wykaczał poza granice „zasadnej potrzeby”.

W skardze do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (...) wniósł o uchylenie powyższego orzeczenia GKO wraz z poprzedzającym je orzeczeniem Komisji orzekającej w I instancji. Przeciwno zaskarżonemu orzeczeniu podniósł zarzuty naruszenia:

- przepisów postępowania art. 80 ust. 1 ustawy wskutek nieuwzględnienia wszystkich okoliczności w sprawie, w tym okoliczności przemawiających na korzyść obwinionego w postaci zaoszczędzenia przez jednostkę sektora finansów publicznych znacznych kwot finansowych wskutek udzielenia zamówienia publicznego na zakup mebli biurowych, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego przyjęcia, iż doszło do naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. i art. 29 ust. 2 p.Z.p., które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;
- przepisów postępowania art. 80 ust. 1 ustawy w zw. z art. 87 ustawy i w zw. z art. 89 ust. 3 pkt 3 i 4 ustawy, a także art. 74 ustawy – poprzez nieuwzględnienie wszystkich okoliczności sprawy z powodu oddalenia wniosków dowodowych i nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań świadków (...) i (...), wskutek czego obwinionemu przypisano winę umyślną, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy;

- naruszenie przepisu prawa materialnego art. 19 ust. 2 ustawy poprzez przypisanie obwinionemu winy umyślnej w popełnieniu zarzucanego czynu pomimo niewystąpienia przesłanek umożliwiających przypisanie winy, które to naruszenie miało wpływ na wynik sprawy.

Uzasadniając postawione zarzuty skarżący wskazał, że skarżone orzeczenie nie odnosi się w ogóle do faktu wynajmowania przez kierowaną przez niego jednostkę powierzchni biurowej wielkości 253 m² w sąsiadującym budynku przy umownym czynszu najmu na kwotę 9.943 zł miesięcznie. W związku z przedłużającym się terminem oddania do użytkowania dobudowywanej części budynku, w którym mieści się oddział IPN w (...), umowa najmu powierzchni biurowej została przedłużona do końca czerwca 2008 r. Intencją skarżącego było zatem, aby dobudowana część była umeblowana jak najszybciej po jej oddaniu do użytkowania, co z kolei pozwoliło by na skrócenie okresu najmu powierzchni biurowej o 2 miesiące. Gdyby nie doszło do zakupu mebli biurowych, nowo wybudowana część pozostawałaby nieużywana, zaś umowa najmu musiałaby zostać przedłużona na kolejnych od 3 do 5 miesięcy, co uszczupliło by budżet jednostki o kwotę w granicach od 29.829 zł do 49.715 zł.

Skarżący podkreślił również, że na skutek oddalenia wniosków dowodowych orzekające w sprawie organy pozbawiły się możliwości wszechstronnego rozpatrzenia sprawy. Wnioskowani świadkowie, jako członkowie komisji przetargowej, mieli szeroką wiedzę na temat postępowania. Ich zeznania mogły w sposób znaczący wpłynąć na końcowe rozstrzygnięcie, chociażby w kwestii przypisania obwinionemu umyślności.

Uzasadniając ostatni zarzut powołany w skardze skarżący podniósł, iż nawet jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych, od którego wymaga się znajomości przepisów prawa zamówień publicznych, nie musiał wcale mieć świadomości naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej, że przeprowadzenie procedury zlecił przygotowanym do tego merytorycznie pracownikom, pozostając w zaufaniu do ich kompetencji. Tym samym, zaszły okoliczności wyłączające jego winę.

W odpowiedzi na skargę – żądając jej oddalenia – podniesiono argumenty zbieżne z motywami zaskarżonego orzeczenia.

W piśmie procesowym z dnia 31 stycznia 2011 r. skarżący podtrzymał zarzuty skargi.

Wojewódzki Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 1 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych [Dz. U. Nr 153, poz. 1269 ze zm.] sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej pod względem jej zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej. Uzupełnieniem tego zapisu jest treść art. 3 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi [Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.], w którym wskazano, iż sądy administracyjne stosują środki określone w ustawie. W tym zakresie mieści się ocena, czy zaskarżone rozstrzygnięcie odpowiada prawu i czy postępowanie prowadzące do jego wydania nie jest obciążone wadami uzasadniającymi jego uchylenie.

W powyższym kontekście stwierdzić należy, iż skarga me zasługuje na uwzględnienie, bowiem w ocenie Sądu zaskarżone rozstrzygnięcie odpowiada prawu.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.Z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stosownie natomiast do treści art. 29 ust. 2 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podkreślić też trzeba, że zachowanie uczciwej konkurencji przez zamawiającego stanowi jedną z najistotniejszych zasad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsekwencją brzmienia ww. przepisów jest art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Sądu nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie warunki zamówienia zostały określone w sposób naruszający ww. zasady. Doszło bowiem do sporządzenia specyfikacji zamówienia w oparciu o ofertę jednego z wykonawców. Specyfikacja ta była tak szczegółowa (wymiary zamawianych mebli podano w milimetrach, dokładnie określono materiał z którego meble miały być wykonane oraz ich kształt i mechanizmy), że nie dopuszczała rozwiązań równoważnych. Mogła zatem dotyczyć jednego producenta mebli ograniczając tym samym możliwość spełnienia warunków specyfikacji przez inne firmy. Wskazać przy tym należy, że w rozumieniu jakie czynności stanowią czyny nieuczciwej konkurencji pomocne jest odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. nr 50, poz. 331) oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późno zm.), która w art. 3 wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wśród czynów nieuczciwej konkurencji – co istotne w przedmiotowej sprawie – wymienia się utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Przykładem takiego działania było zaś w rozpoznawanym przypadku zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia wskazówek sugerujących konkretnego wykonawcę. Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użył bowiem ww. oznaczeń i parametrów wskazujących konkretny produkt wykonywany przez konkretnego wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze i odnosząc się do zarzutu skargi jakoby skarżący nie ponosił winy umyślnej w popełnieniu zarzucanego mu czynu podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie skarżący działając jako przedstawiciel zamawiającego dokonał zatwierdzenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz podpisania umowy z wykonawcą. Skarżący miał więc świadomość, że udziela zamówienia publicznego, sam też oznaczył termin dostawy, a przede wszystkim dokładne wymogi dla poszczególnych mebli. Działania te wiązały się jednak z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji w przedstawiony powyżej sposób.

Bezzasadny jest również zarzut dotyczący nieuwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy z powodu oddalenia wniosków dowodowych i nieprzeprowadzenia dowodu z zeznań świadków. Przeprowadzenie tych dowodów miało w ocenie skarżącego wyjaśnić okoliczności związane ze sposobem oznaczenia wymogów zamówienia w toku prac komisji przetargowej.

Podkreślić należy, że przydatność wniosków dowodowych zgłaszanych przez stronę w toku postępowania podlega każdorazowo samodzielnej ocenie organu prowadzącego to postępowanie. Uwzględniane powinny być natomiast jedynie te wnioski, które dotyczą faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i nie podlegają oddaleniu z powodu podstaw wymienionych w art. 89 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności. W ocenie Sądu w odniesieniu do wniosków dowodowych zgłaszanych przez skarżącego wystąpiła jedna z negatywnych przesłanek określonych w tym przepisie. Mianowicie okoliczność, która miała zostać udowodniona nie miała znaczenia dla sprawy, tj. dla przypisania skarżącemu odpowiedzialności na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy. Na podstawie tego przepisu penalizowane jest bowiem samo udzielenie zamówienia publicznego (podpisanie umowy), którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. W tej sytuacji przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez skarżącego prowadziłoby jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania.

Ponadto wskazać trzeba, że sięganie dowodów pochodnych jak np. wnioskowane przez skarżącego przesłuchanie świadków powinno mieć miejsce dopiero wtedy, gdy powstają przeszkody niemożliwe lub zbyt trudne do pokonania w dotarciu do dowodów pierwotnych lub gdy wystąpi konieczność sprawdzenia wiarygodności tych dowodów. W przedmiotowej sprawie takie przeszkody nie wystąpiły, a zaskarżone orzeczenie wydano w oparciu o dowody źródłowe, które stanowiła w szczególności Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami – wzorem umowy, formularzem ofertowym oraz opisem technicznym mebli. Wnikliwa i krytyczna ocena tych dowodów znalazła też miejsce w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Uzasadnienie to spełnia wymogi określone w art. 137 ustawy. Przepis ten stanowi bowiem, że uzasadnienie powinno zawierać wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, a także wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione; wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia; przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia.

Oczywiście bezzasadny jest też zarzut dotyczący nieuwzględnienia przy orzekaniu okoliczności poczynienia oszczędności znacznych kwot finansowych dzięki udzieleniu zamówienia. Żadne oszczędności w rzeczywistości nie miały miejsca – oddanie nowych pomieszczeń użytkowych dla reprezentowanego przez skarżącego Oddziału IPN zostało bowiem przesunięte w czasie, a konieczność wynajmowania pomieszczeń wystąpiła niezależnie od terminu dostarczenia mebli. W związku z przedwczesnym dostarczeniem zamówionych mebli konieczne stało się oddanie ich na przechowanie dostawcy. Przechowanie to nie pociągnęło za sobą dodatkowych kosztów jedynie z uwagi na dobrą wolę dostawcy.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie uszczerbek majątkowy nie determinował zaistnienia naruszenia, zatem również ewentualne

oszczędności nie mogły mieć wpływu na stwierdzenie jego zaistnienia. Dobrem objętym ochroną art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy jest bowiem praworządność organów udzielających zamówienia publicznego. Naruszenie tego dobra nie może być zaś usprawiedliwione chęcią poczynienia oszczędności w środkach pozostających w dyspozycji jednostki udzielającej zamówienia publicznego. Oszczędności takie – nawet gdyby zostały poczynione – nie mogły zatem uwolnić skarżącego od odpowiedzialności za naruszenie określone w wymienionym powyżej przepisie.

Mając na uwadze treść art. 151 p.p.s.a. należało orzec jak w sentencji.

Indeks wybranych haseł

*liczby podane za hasłem oznaczają nr orzeczenia
skrót: „uondfp” oznacza ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r.
o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*

błąd co do prawa (art. 23uondfp) – 1

„gospodarka finansowa” (pojęcie) – 11

gospodarstwo pomocnicze – 4

należności – nieustalenie należności albo ustalenie jej w niższej wysokości (art. 5 ust. 1 pkt 1 uondfp) – 4, 9

nieumyślność naruszeń (art. 22 ust. 3 uondfp) – 8

niezawisłość członków komisji orzekającej (art. 45 ust. 1) – 9

pełnomocnictwo do prowadzenia sprawy – 12

podmiotowy zakres odpowiedzialności:

- osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo jednostki niezaliczanej do sektora finansów publicznych otrzymującej środki publiczne lub zarządzającego mieniem tych jednostek (art. 4 pkt 1 uondfp) – 2
- kierownik jednostki (art. 4 pkt 2 uondfp i art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wcześniej art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych) – 11
- pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono obowiązki w zakresie gospodarki finansowej (art. 4 pkt 3 uondfp i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wcześniej art. 44 ust. 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych) – 8, 11
- odpowiedzialność głównego księgowego (art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wcześniej 45 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych) – 11

pouczenia (art. 80 ust. 2) – 12

prawo do obrony – 6

skarga do sądu administracyjnego na postanowienie Przewodniczącego GKO (art. 169 uondfp) – 10

sprawozdanie budżetowe:

- wykazanie w sprawozdaniu budżetowym danych niezgodnych z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej (niesporządzenie lub nieprzekazanie w terminie sprawozdania z gromadzenia i rozdysponowania środków publicznych) (art. 18 pkt 2 uondfp) – 11
- „sprawozdanie budżetowe” (pojęcie) – 11
- „sprawozdawczość finansowa” – 11

stopień szkodliwości naruszenia – 11, 13

środek zaskarżenia wniesiony przez osobę nieuprawnioną (art. 139 pkt 1 uondfp) – 12

uniewinnienie – brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp) – 5, 7

uzasadnienie – wymagania określone przepisami prawa (art. 137 ust. 2) – 11, 14

wezwania (art. 179 ust. 2 uondfp) – 12

wniosek o ukaranie – wymagania określone przepisami prawa (art. 110 ust. 1 pkt 4) – 6

wymiar kary – 11

zastosowanie przepisów nowych lub względniejszych dla obwinionego (art. 24 ust. 1 uondfp) – 4, 9, 11

zamówienia publiczne:

- udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp) – 6
- udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę (art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uondfp) – 1, 2, 8, 13
- udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji (art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp) – 3, 14
- udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych (innych niż wymienione w art. 17 ust. 1 pkt 1-3), jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp) – 3, 5, 7

- niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 4 uondfp) – 2
- zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 6 uondfp) – 7
- „inżynier kontraktu” – 13
- prawa autorskie osobiste i majątkowe – 8
- „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego” (pojecie), rozpoczęcie i zakończenie postępowania – 2
- zasada uczciwej konkurencji – 3
- ochrona praw wyłącznych a zamówienia publiczne udzielane z wolnej ręki – 1
- wartość zamówienia – 6

zobowiązania:

- zaciągnięcie zobowiązań bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia (art. 15 uondfp) – 5
- niewykonanie zobowiązania, którego skutkiem jest zapłata odsetek, kar lub opłat (art. 16 ust. 1 uondfp) – 11