



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 14 marca 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz
	<i>Członek GKO:</i>	(spr.)
		Piotr Gryśka
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2016 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniesionego na niekorzyść Pana (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Szpitala Powiatowego, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z 6 października 2015 r., sygn. akt: RIO.XII.53-35/2015, którym

Regionalna Komisja Orzekająca uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na ustaleniu należności jednostki samorządu terytorialnego w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia, poprzez podpisanie w dniu 30 stycznia 2012 r. umowy nr z(...) określającej w § 17 wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 1% ceny ofertowej, tj. w kwocie 71.976,70 zł, mimo iż w myśl art. 150 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, tj., co najmniej w kwocie 143.953,40 zł. – wobec nie popełnienia zarzucanego czynu, Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie dotyczącym Obwinionego i w tym

zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 6 października 2015 r. zostało zaskarżone przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w części, w której Regionalna Komisja Orzekająca uniewinniła (...), pełniącego w czasie zarzucanego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję dyrektora Szpitala Powiatowego , od zarzutu ustalenia należności tej jednostki w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia.

Należność, o której mowa, stanowiło zabezpieczenie należytego wykonania umowy, ustalone w umowie z wyłonionym w drodze przetargu nieograniczonego wykonawcą całodobowych usług na rzecz Szpitala w wysokości 1 % ceny ofertowej, zamiast – zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „Pzp” – w wysokości co najmniej 2% tej ceny.

Zdaniem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, zawarcie umowy ustalającej zabezpieczenie w kwocie niższej niż wskazany w ustawie poziom minimalny wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), zwanej dalej „ustawą”.

Obwiniony nie kwestionował popełnienia błędu przy ustalaniu wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Nie wykluczał, iż nastąpiło to na skutek przeoczenia osoby z komisji przetargowej, jednak ze względu na upływ czasu i brak dostępu do dokumentów przetargowych (od ponad 2 lat nie pełni już funkcji dyrektora Szpitala Powiatowego) nie był w stanie tego potwierdzić. Uprzednio kwoty zabezpieczenia były ustalane prawidłowo. Obwiniony podkreślał, że w postępowaniu o udzielenie tego

zamówienia nie doszło do działania na szkodę jednostki, a podpisana przez niego umowa przyniosła Szpitalowi znaczące oszczędności.

Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego nie może jednoznacznie uznać odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zachowanie Obwinionego nie wypełnia bowiem określonych w tym przepisie przesłanek naruszenia, dotyczących zaniechań przy ustalaniu należności.

Regionalna Komisja Orzekająca przeanalizowała, m.in. znaczenie pojęć „ustalenie” oraz „należność”. Według „Słownika języka polskiego” pod redakcją M. Szymczaka „ustalić” znaczy „rozstrzygnąć, zdecydować o czymś, wyznaczyć coś, stwierdzić, wykazać coś po uprzednim badaniu, dociekaniu”. Pojęcie „należność” nie zostało zdefiniowane w przepisach, natomiast w języku polskim terminem tym określa się kwotę, którą należy komuś wpłacić. Źródłem należności są przede wszystkim przepisy prawa, akty administracyjne, stosunki cywilnoprawne i czynności administracyjne.

Art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy dotyczy należności pieniężnych, przypadających, m.in. jednostkom budżetowym na podstawie tytułu prawnego, w tym przepisów prawa (katalog należności można odtworzyć m.in. z przepisów ustawy o finansach publicznych).

Celem regulacji art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy jest zapobieżenie sytuacji, w której niemożliwe będzie późniejsze dochodzenie należności z powodu braku jej ustalenia (por. T. Robaczyński, P. Gryśka: Dyscyplina finansów publicznych. Komentarz, Warszawa 2006).

Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, przepis ten może mieć zastosowanie wówczas, gdy brak właściwego zachowania obwinionego powoduje, iż należność nie powstaje, nie istnieją przesłanki jej dochodzenia bądź nie jest znana jej wysokość.

Tego rodzaju należnością nie jest jednak – w ocenie Komisji Orzekającej I instancji – zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Dla zaistnienia roszczenia nie jest konieczna żadna aktywność zamawiającego (prawo do żądania należytego wykonania umowy jest niezależne od jego działań bądź zaniechań). Wszelkie skutki nienależytego wykonania umowy wynikają z samego faktu wystąpienia nieprawidłowości. Zabezpieczenie służy wyłącznie pokryciu ewentualnych roszczeń zamawiającego. Określenie limitu zabezpieczenia poniżej poziomu wskazanego w art. 150 ust. 2 Pzp – jakkolwiek niewłaściwe – nie ogranicza zamawiającego w dochodzeniu roszczeń, przekraczających kwotę tego limitu, na zasadach ogólnych.

Na tle przeprowadzonej analizy pojęć należności i ich ustalania, a także zakresu regulacji art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że należność z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie jest należnością, o której mowa w tym przepisie, podlegającą ustaleniu w jego rozumieniu. W związku z tym stwierdzono, że zarzucanego czynu nie popełniono, i uniewinniono Obwinionego.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja Orzekająca I instancji zwróciła ponadto uwagę na ciążący na niej obowiązek wykazania, że działanie obwinionego nosiło cechy działania niezgodnego z prawem, na które obwiniony godził się mimo możliwości zachowania mieszczącego się w ramach obowiązujących przepisów, powołała się na zasadę domniemania niewinności obwinionego i rozstrzygnięcia niedających się usunąć wątpliwości na jego korzyść, a także wskazała na niedopuszczalność interpretacji rozszerzających przesłanki odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W odwołaniu od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej, wniesionym na niekorzyść Obwinionego, Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o uchylenie orzeczenia w części dotyczącej uniewinnienia (...) i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania.

Skarżący zarzucił orzeczeniu obrazę następujących przepisów prawa:

- art. 78 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 3 ustawy (...) poprzez przyjęcie, że Obwiniony nie popełnił zarzucanego mu czynu i nie ponosi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy,
- art. 150 ust. 2 w zw. z art. 147 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie, że ustalenie w umowie (...) zabezpieczenia w wysokości 71.976,70 zł zamiast w kwocie 143.953,40 zł nie stanowi ustalenia należności jednostki samorządu terytorialnego w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia.

W uzasadnieniu odwołania Zastępca Rzecznika Dyscypliny, polemizując ze stanowiskiem Komisji Orzekającej I instancji co do braku prawnego obowiązku ustalenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy podkreślił, m.in., że w art. 150 ust. 2 Pzp użyto określenia „ustala”, co dowodzi konieczności działania lub zaniechania osoby odpowiedzialnej za ustalenie należności z tego tytułu. Należności te stanowią inną kategorię, niż roszczenia naliczane automatycznie, powstające z mocy samego prawa (przepisów bądź umowy), np. kary umowne za nieterminowe wykonanie zobowiązania, jeżeli zostały przewidziane w kontrakcie.

Skarżący wskazał również na cel regulacji art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, jakim – zgodnie z cytowanym w uzasadnieniu orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej komentarzem do ustawy – jest zapobieżenie sytuacji, w której niemożliwe będzie późniejsze dochodzenie należności z powodu braku jej ustalenia. W omawianej sprawie zaniżenie należności jednostki samorządu terytorialnego nastąpiło na etapie jej ustalania i nie mogło być naprawione na późniejszym etapie.

Zdaniem Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, ratio legis ww. przepisu wymaga napiętnowania tego rodzaju sytuacji. Utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia prowadziło do przekonania, że możliwe jest ignorowanie obowiązujących norm prawa i nieponoszenie z tego tytułu żadnych konsekwencji.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych stwierdza, co następuje.

Orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji powinno zostać uchylone, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania.

W rozpatrywanej sprawie poza sporem są ustalenia dotyczące stanu faktycznego, w tym fakt podpisania przez Obwinionego umowy z firmą (...) datowanej w dniu 30 stycznia 2012 r., dotyczącej świadczenia na rzecz Szpitala Powiatowego całodobowych usług w zakresie, m.in. utrzymania czystości, dystrybucji posiłków, segregacji odpadów i transportu wewnętrznego. Umowa została zawarta w wyniku przetargu nieograniczonego, przeprowadzonego w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wartość zamówienia wynosiła 7.197.670,08 zł. W § 17 ust. 1 umowy potwierdzono wniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 71.976,70 zł, tj. w wysokości ustalonej w dokumentacji przetargowej jako 1% ceny ofertowej brutto.

Art. 147 Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a przepis art. 150 tej ustawy określa wysokość zabezpieczenia w granicach od 2% do 10% ceny wynikającej z oferty.

Stan faktyczny, ustalony przez organy prowadzące postępowanie w I instancji, znajduje potwierdzenie w zgromadzonej dokumentacji i nie jest kwestionowany przez żadną ze stron. Różnice dotyczą natomiast oceny prawnej stwierdzonego stanu faktycznego z punktu widzenia wypełnienia znamion art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Komisja Orzekająca I instancji uznała, że w przypadku ustalenia należytego zabezpieczenia umowy nie dochodzi do ustalenia należności. Uwzględniając cel zabezpieczenia, jakim jest zabezpieczenie pokrycia ewentualnych roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, wskazała, że niewłaściwe ustalenie takiego zabezpieczenia nie ogranicza zamawiającego w możliwości dochodzenia naprawienia szkody. Główna Komisja Orzekająca zauważa, że stwierdzenie takie jest oczywiście prawdziwe, ale pozostaje niejako obok istoty sprawy, którą jest konieczność rozważenia, czy takie zabezpieczenie ma charakter należności, o której mowa w art. 5 ustawy, a tym samym, czy jego nieustalenie (lub ustalenie w wysokości niższej niż wymagana) może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Komisji Orzekającej I instancji, że pojęcie „należność” oznacza „sumę, którą należy komuś wpłacić”, a należnościami, o których mowa w art. 5 ustawy są wszelkie kwoty, które przypadają jednostkom sektora na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego. Brak jest jednak dalej przekonującego uzasadnienia, z którego wynikałoby, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie spełnia tych cech. Tymczasem, zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, w przypadku zabezpieczenia należytego wykonania umowy cechy te są spełnione.

Należy podkreślić, że zabezpieczenie jest należnością wynikającą z tytułu prawnego (umowy). Może ono przybrać różne formy (pieniądz, gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa itp.). Nie ulega wątpliwości, że dłużnik ma obowiązek wpłacenia zabezpieczenia (lub przekazania dokumentu, który potwierdza jego ustanowienie) wierzycielowi, a wierzyciel ma prawo jego dochodzenia (domagania się ustanowienia zgodnie z umową). Zabezpieczenie daje wierzycielowi określone uprawnienia i poprawia jego sytuację procesową (nie zmienia tego fakt, że możliwość ta powstaje w chwili zaistnienia przesłanek uruchomienia zabezpieczenia). Główna Komisja Orzekająca zauważa, że z art. 5 ustawy nie wynika, że przepis ten obejmuje swoim zakresem wyłącznie należności „bezwarunkowe”, skutkujące „definitywnym” powiększeniem majątku ustalającego (stąd nie jest do końca jasne znaczenie argumentacji Komisji Orzekającej I instancji dotyczącej kwestii, co stanowi dochody budżetu - str. 12-13 orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji).

Z powyższych względów GKO stoi na stanowisku, że zasadne jest uznanie, iż ustalenie zabezpieczenia w umowie ma cechy ustalenia należności w myśl art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy. Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie wprowadziła wprawdzie generalnego obowiązku ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przewidziała jednak konstrukcję, w myśl której, jeżeli takie zabezpieczenia jest żądane przez

zamawiającego, należy je przewidzieć w określonych „widelkach”, proporcjonalnie do ceny ofertowej, tj. od 2% do 10%.

Jak z tego wynika, osoba działająca w imieniu zamawiającego, udzielając zamówienia, dokonuje „ustalenia” wysokości zabezpieczenia. Jak bowiem słusznie stwierdza Komisja Orzekająca I instancji, „ustalenie należności polega na wyznaczeniu określonej kwoty”. Skoro zatem w niniejszej sprawie wyznaczenie to nastąpiło poniżej dolnej, określonej prawem granicy, to może być traktowane jako ustalenie należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Inną sprawą jest natomiast ocena wyznaczenia zbyt niskiej kwoty zabezpieczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co miała niewątpliwie wpływ na ustalenie zabezpieczenia w zbyt niskiej wysokości przy zawarciu umowy.

W powyższym kontekście Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że uniewinnienie Obwinionego było więc co najmniej przedwczesne. Komisja Orzekająca I instancji, powinna zatem ponownie rozpoznać sprawę, biorąc pod uwagę stanowisko Głównej Komisji Orzekającej, oceniając sprawę w pozostałych aspektach, w szczególności, czy Obwinionemu można przypisać winę w zakresie dokonanego naruszenia, rozważając kwestię, czy była możliwość innego określenia wysokości zabezpieczenia w zawieranej umowie, jeżeli wysokość na poziomie 1% ceny ofertowej ustalona była w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Są to już jednak zagadnienia, o których powinna wypowiedzieć się Komisja Orzekająca I instancji.

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