



**ORZECZENIE**  
**GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH**  
**O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 12 lutego 2018 r.

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Anna Packo (spr.)</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	<b>Wojciech Robaczyński</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Paweł Adam Trojan</b>
Protokolant:		<b>Anna Jedlińska</b>

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2018 r. odwołania wniesionego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionego (...) oraz odwołania wniesionego na korzyść Obwinionego przez (...), zajmującego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych stanowisko Dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt: DB-0965/17/17, którym Regionalna Komisja Orzekająca Obwinionego (...):

1) uniewinniła od zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1311 z późn. zm.) dalej zwanej uondfp, polegającego na popełnieniu czynu, tj. „na udzieleniu zamówienia publicznego na

świadczenie usług pocztowych przez (...) (umowa z dnia 24.11.2015 r. za wynagrodzeniem 560.000,00 zł) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących w czasie popełnienia czynu (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” w brzmieniu obowiązującym w czasie sporządzenia niniejszego postanowienia) – bez spełnienia przesłanek wynikających z tych przepisów”;

2) uznała winnym:

- a. naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 15 ust. 1 uoondfp, polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z przekroczeniem zakresu upoważnienia, tj. bez posiadania zatwierdzonego planu finansowego Urzędu Miejskiego w (...) na 2017 r. poprzez zawarcie, w dniu 24 listopada 2015 r., z (...), umowy Nr ID 315963/P na świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług Poczta Firmowa za wynagrodzeniem 560.000,00 zł na okres 2 lat, tj. od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r., z naruszeniem przepisów art. 46 ust. 1 i art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm.),
- b. popełnienia, w dniu 25 grudnia 2015 r. naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp, polegającego na zaniechaniu zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, w terminie 30 dni od zawarcia z (...) umowy Nr ID 315963/P z dnia 24 listopada 2015 r. na świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług Poczta Firmowa, z naruszeniem przepisu art. 95 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579)

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

**orzeka**

**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 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.), uchyla w całości zaskarżone orzeczenie 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 Poznaniu.**

**Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

**Uzasadnienie**

Orzeczeniem z 24 października 2017 r., sygn. akt DB-0965/17/17, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, zwana dalej „RKO”, po rozpoznaniu sprawy z wniosku o ukaranie nr RD-0960/20/2017 z 29 maja 2017 r. złożonego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, zwanego dalej - Rzecznikiem, przeciwko (...), zwanemu dalej „Obwinionym” – zajmującemu w czasie popełnienia zarzucanych naruszeń dyscypliny finansów publicznych stanowisko dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego (...), orzekając:

1. uniewinniła Obwinionego - na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i art. 78 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.), zwanej dalej „uondfp” - od zarzutu popełnienia czynu polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych przez (...) (umowa z 24 listopada 2015 r. za wynagrodzeniem 560.000,00 zł) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „uPzp”, obowiązującego w czasie popełnienia czynu, bez spełnienia przesłanek wynikających z tych przepisów, tj. od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp,

2. uznała Obwinionego winnym popełnienia czynu polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z przekroczeniem zakresu upoważnienia, tj. bez posiadania zatwierdzonego planu finansowego Urzędu Miejskiego w (...) na 2017 r. poprzez zawarcie, 24 listopada 2015 r., z (...), umowy nr ID 315963/P na świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług Poczta Firmowa za wynagrodzeniem 560.000,00 zł na okres 2 lat, tj. od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r., z naruszeniem przepisów art. 46 ust. 1 i art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 z późn. zm.), zwanej dalej „ufp”, tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 15 ust. 1 uondfp,

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2017

3. uznała Obwinionego winnym popełnienia, w dniu 25 grudnia 2015 r., czynu polegającego na zaniechaniu zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, w terminie 30 dni od zawarcia z (...) umowy nr ID 315963/P z 24 listopada 2015 r. na świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług Poczta Firmowa, z naruszeniem przepisu art. 95 ust. 1 uPzp, tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp,
4. na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 37 uondfp, za popełnienie czynów z art. 15 ust. 1 i art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia,
5. na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp obciążyła Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu swojego orzeczenia RKO wskazała, że 30 maja 2017 r. Rzecznik, wystąpił do RKO z wnioskiem o ukaranie (sygn. RD-0960/20/2017) Obwinionego, zajmującego w czasie popełnienia zarzucanych naruszeń dyscypliny finansów publicznych stanowisko dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...), zarzucając mu naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 15, art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp. Zarzucone naruszenie z art. 15 uondfp polegało na zawarciu 24 listopada 2015 r. umowy nr ID 315963/P na okres 2 lat za wynagrodzeniem 560.000,00 zł, na świadczenie usług pocztowych przez (...) bez posiadania zatwierdzonego planu finansowego na 2017 rok, tj. z przekroczeniem zakresu upoważnienia. Rzecznik wskazał, że zgodnie z udzielonym przez Zastępcę Prezydenta Miasta (...) 1 lipca 2010 r. pełnomocnictwem nr 206/2010, Obwiniony był upoważniony do zaciągania zobowiązań w zakresie wydatków budżetowych do kwoty przewidzianej w planie finansowym jednostki organizacyjnej, a zatem zaciągnięcie powyższego zobowiązania, obejmującego okres 2017 roku, stanowiło o naruszeniu przepisów art. 46 ust. 1 i art. 261 ufp. Natomiast do naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp doszło poprzez zaniechanie niezwłocznego zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych przez Poczta Polską S.A. (umowa z 24 listopada 2015 r.), co było wymagane przepisem art. 95 ust. 1 uPzp. Przedmiotowe ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 67018 dopiero 24 marca 2016 r., tj. 4 miesiące po zawarciu umowy (w trakcie kontroli przeprowadzanej przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Poznaniu). Czyn z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp polegał na udzieleniu zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych przez (...) (umowa z 24 listopada 2015 r. za wynagrodzeniem 560.000,00 zł) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia czynu oraz

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2017

art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp, w brzmieniu obowiązującym w czasie sporządzenia postanowienia bez spełnienia przesłanek wynikających z tych przepisów.

Rzecznik domagał się uznania, iż Obwiniony jest odpowiedzialny za naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskazane we wniosku o ukaranie na zasadzie winy oraz wystąpił o wymierzenie mu kary nagany.

W uzasadnieniu wniosku o ukaranie Rzecznik podał, że wina stanowi podmiotową (subiektywną) podstawę odpowiedzialności. Wina zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Jak wynika z doktryny oraz orzecznictwa Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zwanej dalej „GKO”, dla przypisania komuś winy niezbędna jest obiektywna niewłaściwość, to znaczy bezprawność postępowania, polegająca na sprzeczności z ustawą (orzeczenie GKO DF/GKO/Odw-46/62/2002) a więc niedanie przez Obwinionego posłuchu normie prawnej, mimo iż Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą. Nic nie stało na przeszkodzie, aby przedmiotową umowę z 24 listopada 2015 r. zawrzeć na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2016 r., zamówienia udzielić w trybie konkurencyjnym oraz dopilnować terminu publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W przedmiotowej sprawie Obwiniony, poprzez zatwierdzenie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki bez spełniania przesłanek określonych przepisami, zawarcia umowy na okres od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r. bez posiadania zatwierdzonego planu finansowego na 2017 rok, oraz zaniechania publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia niezwłocznie po zawarciu umowy dopuścił się czynów określonych przepisami art. 15, art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

Dla uzasadnienia wnioskowanej kary nagany Rzecznik wskazał na niebywały rozmiar stwierdzonych nieprawidłowości oraz fakt, że działania Obwinionego stanowiły rażące naruszenie podstawowych zasad wynikających z przepisów art. 46 ust. 1 i art. 261 ufp, jak również z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym szczególności art. 95 ust. 1, art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i art. 7 ust. 1.

W toku postępowania prowadzonego przez Rzecznika, Obwiniony złożył wyjaśnienia pismem z 19 kwietnia 2017 r.

Rozpoznanie sprawy przez RKO nastąpiło na rozprawie, 24 października 2017 r. Na rozprawie Obwiniony nie przyznał się do naruszenia art. 17 ust. 1b pkt 2 i art. 15 ust. 1

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2017

uondfp, natomiast przyznał się do popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp oraz złożył obszernie wyjaśnienia.

RKO, na podstawie wszechstronnie rozpatrzonego materiału dowodowego ujawnionego na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Obwiniony zajmuje stanowisko dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) od 1994 r. Zakład ten działa w formie jednostki budżetowej. Ustalenia te wynikają z „Protokołu kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) w ramach kontroli kompleksowej Miasta (...)” dołączonego do zawiadomienia Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu z 13 marca 2017 r.

24 listopada 2015 r. Obwiniony, reprezentując ww. Zakład, zawarł z (...), umowę nr ID 315963/P, której przedmiotem było świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług Poczta Firmowa. Umowa została zawarta na czas określony: „od dnia 01-01-2016 roku do 31-12-2017 roku, lub do wyczerpania łącznej szacunkowej wartości umowy, tj. 560 000 zł (...), w zależności od tego, co nastąpi wcześniej”. O powyższym świadczy treść powołanej umowy.

Z wyjaśnień Obwinionego wynika, że w planie finansowym Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) na 2015 r. zabezpieczone zostały środki finansowe na realizację ww. umowy oraz, że wydatki na ten cel przewidziane były w projekcie planu finansowego na 2016 r. Faktów tych nie kwestionował Rzecznik, który postawił jedynie zarzut zawarcia ww. umowy z przekroczeniem zakresu upoważnienia określonego planem finansowym na 2017 r. (świadczą o tym wyjaśnienia Obwinionego i stanowisko Rzecznika, przedstawione na rozprawie, jak również sformułowanie zarzutu we wniosku o ukaranie).

RKO, uwzględniając wyjaśnienia Obwinionego złożone na rozprawie, ustaliła ponadto, że Obwiniony zawarł przedmiotową umowę na okres dłuższy niż rok budżetowy, gdyż był przekonany, „że tak korzystnie wynegocjowanej umowy nie miał i mieć już nie będzie”. Warunki tej umowy pozwoliły mu nawet na zrezygnowanie z firmy kurierskiej. Przyznał jednakże, że jego winą jest to, że nie podjął działań, żeby zapewnić sobie upoważnienie do zaciągania zobowiązań na dwa lata.

Z „Zestawienia kosztów usług pocztowych w latach 2012-2017” sporządzonego przez Głównego Księgowego Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) wynikało, że Zakład ten wydatkował na usługi pocztowe następujące kwoty:

- 1) w 2012 r. – 441 884,25 zł,
- 2) w 2013 r. – 479 854,94 zł,

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2017

- 3) w 2014 r. – 481 637,58 zł,
- 4) w 2015 r. – 528 618,47 zł,
- 5) w 2016 r. – 294 471,77 zł,
- 6) do 30 września 2017 r. – 249 571,95 zł.

Z powyższego wynika, że w 2016 r. nie została wyczerpana wartość wynagrodzenia określona umową z 24 listopada 2015 r. i w 2017 r. strony były nią związane. Wydatki te ponoszone były w wysokości niższej niż w latach 2012-2015.

Zawarcie umowy z 24 listopada 2015 r. poprzedzone było postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Z protokołu postępowania zatwierdzonego 24 listopada 2015 r. przez Obwinionego wynika, że zatwierdził on tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie opinii prawnej sporządzonej przez radcę prawnego oraz, że dokonał on wyboru takiego trybu również z powodu „ogólnie dostępnej wiedzy medialnej dotyczącej wyjątkowo niekorzystnej oceny funkcjonowania w praktyce drugiego znanego mu operatora pocztowego, tj. (...)”.

Z twierdzeniami powyższymi korelują wyjaśnienia Obwinionego złożone na rozprawie. Z jego wyjaśnień wynika, że Obwiniony analizował ustawę - Prawo zamówień publicznych, a także „różne doniesienia, jak to w praktyce wygląda”. Wiedział, że na rynku usług pocztowych funkcjonował operator pocztowy (...), jak również to, że jakość świadczonych przez niego usług nie była dobra. Analizował przepisy ustawy o finansach publicznych i wiedział, że wydatków musi dokonywać zgodnie z jej przepisami, tj. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Mając wątpliwości co do trybu postępowania o zamówienie publiczne, którego przedmiotem ma być świadczenie usług pocztowych (przeglądał w Internecie ogłoszenia o zamówieniach publicznych na świadczenie usług pocztowych i w tym zakresie zaobserwował różną praktykę). Wystąpił o sporządzenie opinii prawnej i to nie takiej, która byłaby zgodna z jego oczekiwaniem, ale zgodnej z prawem. Z opinii prawnej, którą uzyskał, wynikało, że zamówienie na usługi pocztowe można realizować w trybie z wolnej ręki. W opinii tej powołana była też inna opinia prawna, tj. opinia prawna sporządzona przez służby prawne Powiatu (...), na potrzeby tego powiatu, która także potwierdzała taką możliwość. Ostatecznie Obwiniony, opierając się przede wszystkim na opinii prawnej, zdecydował o zastosowaniu trybu z wolnej ręki.

Po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w tym trybie Obwiniony zawarł w dniu 24 listopada 2015 r. opisaną wyżej umowę z (...). Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na świadczenie usług określonych tą umową przekazane zostało do publikacji 24

marca 2016 r. i tego samego dnia zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych – numer ogłoszenia 67018. Obwiniony przyznał, że przesłanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nastąpiło z opóźnieniem, z jego winy. Jednocześnie z jego wyjaśnień wynika, że stało się to przez nieuwagę, przeoczenie spowodowane nadmiarem obowiązków powstałych w związku z kontrolami, jakie przeprowadzane były w Zakładzie Obsługi Urzędu Miejskiego w (...).

Dokonując ustaleń faktycznych RKO oparła się na wyżej wskazanych dokumentach i wyjaśnieniach Obwinionego, gdyż treść tych dokumentów nie była kwestionowana przez strony, a wyjaśnienia Obwinionego korelowały z tymi dokumentami.

W świetle ustalonych okoliczności faktycznych RKO uznała, że Obwiniony nie ponosi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

Przepis ten w dacie udzielenia zamówienia publicznego (24 listopada 2015 r.) stanowił, jak i obecnie stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

Przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w dacie zarzucanego czynu określał art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp w sposób następujący: „zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę; z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”. Przepis ten, w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), uległ zmianie z dniem 28 lipca 2016 r. i w dacie orzekania stanowi, że „zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn: technicznych o obiektywnym charakterze, związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”.

W ocenie RKO ustawodawca, nowelizując przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a uPzp, wprowadził dalej idące zawężenie stosowania tej normy, poprzez dodatkowy warunek, że „nie istnieje



rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”, stąd też RKO uznała, że względniejszą dla Obwinionego jest ustawa Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i postanowiła stosować tę ustawę.

W ocenie RKO, mimo iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp w brzmieniu obowiązującym w czasie zarzucanego czynu, Obwinionemu nie można przypisać odpowiedzialności za naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uoandfp, z uwagi na niemożność przypisania mu winy w tym zakresie.

RKO podzieliła poglądy wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 27 listopada 2015 r. (KIO 2489/15), że dla prawidłowego zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować usługę w sposób najbardziej efektywny i sprawny. Zamawiający musi wykazać, że wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle dane zamówienia wykonać. Subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp oraz że funkcjonujące w systemie prawa domniemanie doręczenia i uznanie przez ustawodawcę, że czynność dokonana za pośrednictwem operatora wyznaczonego jest skuteczna wobec adresata już z chwilą jej dokonania, jest wyrazem szczególnego zaufania, jakie ustawodawca przypisuje podmiotowi będącemu operatorem wyznaczonym, co jednak nie powinno być utożsamiane ze względami technicznymi, do których odnosi się art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp.

RKO zgodziła się z oceną Krajowej Izby Odwoławczej, tym bardziej, że orzeczenie to wydane zostało w sprawie, której stroną było Starostwo Powiatowe w (...) i które prowadziło, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp, postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym. W postępowaniu tym Starostwo Powiatowe w (...) podnosiło argumenty takie, jakie zawarte były w opinii radcy prawnego będącej podstawą uzasadniająca wybór trybu z wolnej ręki przez Obwinionego.

Samo jednak stwierdzenie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp jest niewystarczające dla przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Niezbędne jest jeszcze udowodnienie winy po stronie Obwinionego. Potwierdzają to liczne orzeczenia, w których GKO stwierdziła, że: „do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych konieczne jest zarówno formalne naruszenie przepisu prawa, ale także

udowodnienie winy po stronie konkretnego sprawcy” (orzeczenie z 28 marca 2011 r. BDF1/4900/10/11/11/432), „w każdym przypadku podstawą przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest wina obwinionego” (orzeczenie z 14 marca 2016 r. BDF1.4800.176.2015), „udowodnienie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych spoczywa, co do zasady, na rzeczniku dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności. Przypisanie winy polega na wskazaniu, jak obwiniony powinien działać, by nie naruszyć dyscypliny finansów publicznych. Tylko jeśli można postawić zarzut, że obwiniony nie zastosował się do przepisów, choć obiektywnie, w konkretnej sytuacji miał taką możliwość, można przypisać winę. Jeżeli okaże się, że obwiniony w danych okolicznościach nie miał możliwości zachowania się zgodnie z przepisem, to pomimo stwierdzenia popełnienia czynu nie można przypisać winy” (orzeczenie z 16 maja 2016 r. DF1.4800.5.2016), „ustalenie winy w momencie popełnienia czynu ma podstawowe znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stanowi bowiem warunek tej odpowiedzialności. Wina warunkuje bowiem istnienie samego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Brak winy prowadzi natomiast do stwierdzenia, iż nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a tym samym nie można pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności” (orzeczenie z 14 czerwca 2012 r. BDF1/4900/49/48/12/1338).

W przedmiotowej sprawie Rzecznik nie wykazał, że w zakresie czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Obwinionemu można przypisać winę. W zakresie winy wskazał jedynie (i to „zbiorczo” do wszystkich czynów zarzucanych we wniosku o ukaranie), że „wina stanowi podmiotową (subiektywną) podstawę odpowiedzialności. Wina zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Jak wynika z doktryny oraz orzecznictwa GKO „dla przypisania komuś winy niezbędna jest obiektywna niewłaściwość, to znaczy bezprawność postępowania, polegająca na sprzeczności z ustawą” (orzeczenie DF/GKO/Odw.-46/62/2002, LEX nr 196184), a więc niedanie przez obwinionego posłuchu normie prawnej, mimo iż obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą. Konkretnie zaś, w doniesieniu do czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, Rzecznik ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „nic nie stało na przeszkodzie, aby zamówienia udzielić w trybie konkurencyjnym”. Pominął przy tym całkowicie to, że Obwiniony dokonał analizy przepisów prawnych. Mając wątpliwości wystąpił o opinię prawną, uzyskał tę opinię i wynikało z niej, że może zgodnie z prawem udzielić zamówienia z wolnej ręki, znał też treść opinii prawnej przygotowanej dla

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2017

Starostwa Powiatowego w (...) sporządzonej przez jego prawników, która także wskazywała na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie wykazał, dlaczego w tych okolicznościach należy uznać, że Obwiniony nie dołożył staranności wymaganej od niego jako dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) i dlatego w tych okolicznościach miał zastosować tryb przetargu nieograniczonego.

W związku z powyższym RKO uniewinniła Obwinionego od zarzutu popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

Natomiast RKO uznała Obwinionego za odpowiedzialnego za popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp. Przepis ten obecnie stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych: nieprzekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia” (w tym brzmieniu przepis obowiązuje od 28 lipca 2016 r.). Upřednio, w tym w 2015 r., przepis ten stanowił, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych: nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Z porównania treści przepisu przed i po zmianie wynika, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych było i jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, dlatego też, wobec braku zmian w tym zakresie, RKO zastosowała przepis art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania.

Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w Biuletynie Zamówień Publicznych wynika z art. 95 ust. 1 uPzp. W dacie orzekania przepis ten określa, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 uPzp, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Przed tą datą, w tym w 2015 r. i 2016 r., przepis ten miał inne brzmienie, z którego wynikało, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 uPzp, zamawiający

niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

RKO dokonała oceny zarzucanego w tym zakresie czynu na podstawie aktualnego brzmienia przepisu art. 95 ust. 1 uPzp, gdyż uznała, że przepis ten, z uwagi na wydłużenie czasu do zamieszczenia ogłoszenia, jest względniejszy dla Obwinionego. Na tle przepisu art. 95 ust. 1 uPzp sprzed nowelizacji w doktrynie wskazywano, że „mimo braku precyzyjnego terminu przekazania ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (zamieszczenia w BZP), ustawodawca wskazuje, że powinno to nastąpić niezwłocznie po zawarciu umowy. Bez wątpienia za spełnienie tego wymogu zostanie uznane przekazanie ogłoszenia w dniu, w którym umowa została zawarta. W innych przypadkach zamawiający powinien już wykazać, iż zwłoka nastąpiła z powodów obiektywnych i ogłoszenie zostało przekazane (zamieszczone) na tyle szybko, na ile było to możliwe” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, komentarze LEX).

Z ustaleń faktycznych wynika, że umowa nr ID 315963/P na świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług Poczta Firmowa zawarta została 24 listopada 2015 r. W świetle art. 95 ust. 1 uPzp w brzmieniu obecnie obowiązującym zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu tego zamówienia powinno nastąpić nie później niż do 24 grudnia 2015 r. (włącznie z tym dniem). Z uwagi na nieuczynienie tego w tym terminie, RKO uznała że w dniu 25 grudnia 2015 r. Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 5 uońdfp. RKO miała na uwadze, że 25 grudnia 2015 r. był dniem świątecznym, mimo to za datę popełnienia czynu przyjęła ten dzień, gdyż przepis art. 21 uońdfp nakazuje, aby za czas, w którym sprawca zaniechał działania, uważać dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić i nie czyni w tym zakresie żadnych wyłączeń.

RKO przypisała Obwinionemu odpowiedzialność w tym zakresie, gdyż wskazują na to ustalone okoliczności faktyczne, przyznanie się Obwinionego do popełnienia tego czynu i, przede wszystkim, przyznanie się Obwinionego do winy w tym zakresie. Obwiniony nie zachował ostrożności wymaganej od niego jako dyrektora Zakładu Urzędu Miejskiego w (...), co, jak sam przyznał, spowodowane było nadmiarem obowiązków powstałych w związku z kontrolami, jakie przeprowadzane były w Zakładzie. W ocenie RKO Obwiniony powinien wiedzieć, że przy nadmiarze obowiązków coś może „umknąć” i dlatego tym bardziej powinien skupić swoją uwagę, aby czegoś nie przeoczyć, w tym w szczególności

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2017

terminowego obowiązku zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

RKO uznała Obwinionego za odpowiedzialnego także za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 15 ust. 1 uodfp.

W dniu zawarcia z (...) umowy nr ID 315963/P na świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług Poczta Firmowa za wynagrodzeniem 560.000,00 zł, na okres 2 lat, tj. od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r., przepis art. 15 uodfp stanowił, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

Z dniem 1 czerwca 2017 r. przepis ten został znowelizowany przez ustawę z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. z 2017 r., poz. 933). Zmiana polegała na redakcyjnym wyodrębnieniu w art. 15 dwóch ustępów i wprowadzeniu do art. 15 w ust. 1 uodfp nowych czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. czynów polegających na zmianie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zmiany zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych. Dodany do art. 15 przepis ust. 2 uodfp określił natomiast, że „nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania na podstawie umowy w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa”.

Zarówno przed, jak i po nowelizacji, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych było i jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia, tyle tylko, że uprzednio wynikało to z art. 15, a obecnie art. 15 ust. 1 uodfp. RKO zastosowała więc ustawę nową, tj. art. 15 ust. 1 uodfp.

Wobec tego przepisu RKO uznała, że skoro w dacie zawarcia umowy z 24 listopada 2015 r. Zakład Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) nie posiadał zatwierdzonego planu finansowego na 2017 r., to jego dyrektor, zawierając przedmiotową umowę na okres obejmujący 2017 r. zaciągnął zobowiązanie z przekroczeniem upoważnienia.

Upoważnienie do zaciągania zobowiązań może wynikać z różnych aktów prawnych. Z art. 261 ufp wynika, że kierownik samorządowej jednostki budżetowej może, w celu realizacji

zadań, zaciągać zobowiązania pieniężne do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki.

W doktrynie podnosi się, że „kierownik samorządowej jednostki budżetowej zaciąga zobowiązania jednoosobowo (...). Regułę jednoosobowego działania kierownika jednostki organizacyjnej gminy nieposiadającej osobowości prawnej stosuje się na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez wójta (art. 47 ust. 1 u.s.g.)” (Lipiec-Warzecha Ludmiła, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Komentarze LEX). Obwiniony dysponował pełnomocnictwem udzielonym 1 lipca 2010 r. przez Zastępcę Prezydenta (...), na podstawie art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym oraz stosownych zarządzeń Prezydenta Miasta (...), zawierającym upoważnienie „do zaciągania zobowiązań w zakresie wydatków budżetowych do kwoty przewidzianej w planie finansowym jednostki budżetowej”, lecz nie to pełnomocnictwo, lecz przepis art. 261 ufp, a ponadto przepis art. 46 ust. 1 ufp stanowił i stanowi o upoważnieniu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 uondfp, dlatego kwestia pełnomocnictwa została pominięta w orzeczeniu.

W świetle powołanego art. 46 ust. 1 ufp, jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające ze zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153 ufp.

W ocenie RKO Obwinionemu można przypisać winę za popełnienie powyższego czynu. Obwiniony na rozprawie, po odczytaniu mu wniosku o ukaranie, nie przyznał się wprawdzie do jego popełnienia, lecz później, podczas składania wyjaśnień, stwierdził, że „w momencie podpisywania umowy faktycznie nie miał upoważnienia” i przyznał, że to jego wina. Zdaniem RKO Obwiniony mógł uniknąć naruszenia art. 15 ust. 1 uondfp, gdyby dołożył staranności wymaganej od niego jako kierownika jednostki sektora finansów publicznych. Obwiniony, po latach pełnienia funkcji dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...), powinien dobrze znać zasady zaciągania zobowiązań przez jednostki sektora finansów publicznych, tym bardziej, że – jak stwierdził – analizował przepisy ustawy o finansach publicznych. Nie powinien przy tym skupiać się tylko na przepisach mówiących o dokonywaniu wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, ale także powinien wziąć pod uwagę przepisy art. 46 ust. 1 i art. 261 ufp. Ponadto Obwiniony mógł podpisać umowę na okres do końca roku 2016 r.

Podjęcie tych działań pozwoliłoby na uniknięcie w tym zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W tym stanie rzeczy RKO uznała, iż Obwinionemu można przypisać winę w czasie popełnienia czynu. Ponadto, zgodnie z art. 53 ust. 1 ufp, kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki i na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp podlega tej odpowiedzialności.

W związku z przepisem art. 37 uondfp, który stanowi, że sprawcy, który dopuścił się kilku czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a sprawa o te czyny jest objęta jednym postępowaniem, wymierza się jedną karę za wszystkie czyny, RKO wymierzyła Obwinionemu jedną karę za dopuszczenie się naruszeń określonych w art. 15 ust. 1 i art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp – karę upomnienia (art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp).

RKO nie wymierzyła Obwinionemu wnioskowanej przez Rzecznika kary nagany, gdyż nie wszystkie czyny, za które Rzecznik domagał się jej wymierzenia, zostały przypisane Obwinionemu, a ponadto, mimo iż Obwiniony naruszył zasady finansów publicznych, to nie miało to cech rażącego naruszenia. Nie można bowiem uznać, że naruszenie zasad zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych spowodowane chęcią zmniejszenia wydatków na usługi pocztowe jest zachowaniem skandalicznym, oburzającym (synonimy słowa „rażący”), tak samo jak zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w okolicznościach związanych z natłokiem obowiązków. W ocenie RKO kara ta jest odpowiednia do wagi popełnionych czynów, a nadto spełni cele w zakresie społecznego oddziaływania, a także cele zapobiegawcze i dyscyplinujące wobec Obwinionego, dotychczas niekaranego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO zauważa przy tym, że także GKO uznała, iż „kara upomnienia może być wymierzona, jeżeli istnieją przesłanki do przyjęcia, że pomimo jej łagodnego charakteru i niskiej dolegliwości, przyczyni się do umocnienia właściwej postawy obwinionego” (orzeczenie z 15 kwietnia 2004 r., DF/GKO/Odw.-123/158/2003).

O kosztach postępowania RKO orzekła na podstawie przepisu art. 167 ust. 1 uondfp. Zgodnie z tym przepisem każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zwraca – na rzecz Skarbu Państwa – koszty postępowania. Koszty te określa się ryczałtowo w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia. Przeciętne wynagrodzenie w 2017 r. stanowi kwota 3.161,77 zł, zatem 10% z 3.161,77 zł to 316,18 zł.

Od powyższego orzeczenia Rzecznik – na niekorzyść Obwinionego – oraz Obwiniony – na swoją korzyść – wnieśli odwołania do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych.

Rzecznik złożył odwołanie w zakresie uniewinnienia Obwinionego, odpowiedzialnego na zasadach określonych art. 19 ust. 2 uondfp za naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, polegające na udzieleniu zamówienia publicznego na świadczenie usług pocztowych przez (...) (umowa z 24 listopada 2015 r. za wynagrodzeniem 560.000,00 zł) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp obowiązującego w czasie popełnienia czynu (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a uPzp w brzmieniu obowiązującym w czasie sporządzenia wniosku o ukaranie) – bez spełnienia przesłanek wynikających z tych przepisów oraz wymierzenia Obwinionemu kary upomnienia zamiast wnioskowanej kary nagany, zarzucając orzeczeniu obrazę przepisów prawa poprzez ich niewłaściwą interpretację i wnosząc o zmianę zaskarżonego orzeczenia i wymierzenie Obwinionemu wnioskowanej kary nagany, bądź uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy RKO do ponownego rozpoznania.

W odwołaniu Rzecznik wskazał, że RKO uniewinniła Obwinionego od zarzutu popełnienia czynu określonego przepisami art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, natomiast w pozostałym zakresie uznała Obwinionego winnym popełnienia zarzuconych czynów i wymierzyła karę upomnienia. RKO uznała, że do zarzuconego czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp doszło w zakresie przedmiotowym podziеляjąc poglądy wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 27 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2489/15, że dla prawidłowego zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować usługę w sposób najbardziej efektywny i sprawny. Zamawiający musi wykazać, że wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle dane zamówienie wykonać. Subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia nie jest wystarczającym wypełnieniem przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp oraz że funkcjonujące w systemie prawa domniemanie doręczenia i uznanie przez ustawodawcę, że czynność dokonana za pośrednictwem operatora wyznaczonego jest skuteczna wobec adresata już z chwilą jej dokonania, jest wyrazem szczególnego zaufania, jakie ustawodawca przypisuje podmiotowi będącemu operatorem wyznaczonym, co jednak nie powinno być utożsamiane ze względami technicznymi, do których odnosi się art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp. W świetle powyższego bezspornym jest, że zamówienia publicznego na usługi pocztowe udzielono w trybie z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek określonych przepisami art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp.



Natomiast oceniając zakres podmiotowy w odniesieniu do zarzucanego czynu RKO uniewinniła Obwinionego uznając, że nie można przypisać Obwinionemu winy w rozumieniu przepisów art. 19 ust. 2 uondfp z następujących powodów.

1. Samo stwierdzenie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp jest niewystarczające dla przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Niezbędne jest jeszcze udowodnienie winy po stronie Obwinionego.
2. W przedmiotowej sprawie Rzecznik nie wykazał, że w zakresie czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp Obwinionemu można przypisać winę. W zakresie winy wskazał jedynie (i to „zbiorczo” do wszystkich czynów zarzucanych we wniosku o ukaranie), że wina stanowi podmiotową (subiektywną) podstawę odpowiedzialności. Wina zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Jak wynika z doktryny oraz orzecznictwa GKO „dla przypisania komuś winy niezbędna jest obiektywna niewłaściwość, to znaczy bezprawność postępowania, polegająca na sprzeczności z ustawą” (orzeczenie GKO DF/GKO/Odw.-46/62/2002, LEX nr 196184) a więc niedanie przez Obwinionego posłuchu normie prawnej, mimo iż Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą, stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucany czyn.
3. W doniesieniu do czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, Rzecznik ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „nic nie stało na przeszkodzie, aby zamówienia udzielić w trybie konkurencyjnym”.
4. Rzecznik pominął to, że Obwiniony dokonał analizy przepisów prawnych. Mając wątpliwości wystąpił o opinię prawną, uzyskał tę opinię i wynikało z niej, że może zgodnie z prawem udzielić zamówienia z wolnej ręki, znał też treść opinii prawnej przygotowanej dla Starostwa Powiatowego w (...) sporządzonej przez jego prawników, która także wskazywała na możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki.
5. Rzecznik nie wykazał, dlaczego w tych okolicznościach należy uznać, że Obwiniony nie dołożył staranności wymaganej od niego jako dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) i dlaczego w tych okolicznościach miał zastosować tryb przetargu nieograniczonego.

O ocenie Rzecznika powyższa argumentacja nie może stanowić podstawy do uniewinnienia z powodu braku winy Obwinionego, z następujących powodów.

1. W przedmiotowej sprawie naruszenie dyscypliny zostało popełnione bezspornie w sposób zawiniony. Zgodnie z przepisami art. 18 ust. 1 uPzp, za przygotowanie i przeprowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, a zatem Obwiniony był zobowiązany do udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Oskarżyciel we wniosku o ukaranie przywołał treść orzeczenia GKO, że „dla przypisania komuś winy niezbędna jest obiektywna niewłaściwość, to znaczy bezprawność postępowania, polegająca na sprzeczności z ustawą” (orzeczenie GKO DF/GKO/Odw.-46/62/2002, LEX nr 196184). Nie ulega wątpliwości, że działanie Obwinionego było bezprawne.

2. Niezrozumiałe jest twierdzenie RKO, że w przedmiotowej sprawie Rzecznik nie wykazał, że w zakresie czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp, Obwinionemu można przypisać winę w sytuacji, gdy jako podstawę przypisania Obwinionemu winy Rzecznik we wniosku o ukaranie przywołał – adekwatne w przedmiotowej sprawie – orzecznictwo GKO.
3. Oczywistym jest, że wskazanie Rzecznika we wniosku o ukaranie, że „nic nie stało na przeszkodzie, aby zamówienia udzielić w trybie konkurencyjnym” oznacza możliwość zachowania się Obwinionego w sposób zgodny z przepisami prawa i z tego względu nie wymaga jakiegoś szczególnego rozwinięcia. Przesłanką wyłączającą winę może być jedynie niemożność uniknięcia naruszenia mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku. W orzeczeniu GKO z 16 maja 2016 r., sygn. DF 1.4800.5.2016 stwierdzono: „jeżeli okaże się, że obwiniony w danych okolicznościach nie miał możliwości zachowania się zgodnie z przepisem, to pomimo stwierdzenia popełnienia czynu nie można przypisać winy”. Z całą pewnością Obwiniony miał możliwość zachowania się w sposób zgodny z prawem, a zatem wina Obwinionego jest bezsporna. Stanowisko Rzecznika w tym zakresie potwierdza orzeczenie GKO z 26 lutego 2016 r., sygn. BDF1.4800.164.2015, gdzie stwierdzono: „GKO uznaje, że Obwinionemu można przypisać winę za popełnione naruszenie. Miał bowiem, co wynika z wyżej wskazanych okoliczności, możliwość innego – zgodnego z prawem zachowania się, tj. przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w innym trybie, nawet konkurencyjnym, bez narażenia się na zarzut naruszenia innego przepisu prawa. Od osoby pełniącej taką funkcję jak Obwiniony, w opisanych wyżej okolicznościach, można było takiego zachowania wymagać. Rozpoznanie stanu faktycznego i prawnego w niniejszej sprawie nie było skomplikowane, a ocena, że w ww. okolicznościach nie można było zastosować trybu z wolnej ręki – oczywista.” Istotne przy tym jest, że RKO nie wskazała w swoim orzeczeniu, jakie to okoliczności uniemożliwiały Obwinionemu zachowanie się zgodnie z prawem, ograniczając się jedynie arbitralnie do stwierdzenia, że uzasadnienie

wniosku o ukaranie w części dotyczącej przypisania winy Obwinionemu jest niepełne, stąd nie daje podstaw do uznania winy Obwinionego.

Wskazanie przez RKO w orzeczeniu, że obwiniony dokonał analizy przepisów prawnych, a mając wątpliwości wystąpił o opinię prawną, uzyskał tę opinię i wynikało z niej, że może zgodnie z prawem udzielić zamówienia z wolnej ręki, znał też treść opinii prawnej przygotowanej dla Starostwa Powiatowego w (...) sporządzonej przez jego prawników, która także wskazywała na możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki – nie znajduje uzasadnienia i nie może być podstawą uwolnienia Obwinionego od przypisania winy z następujących przyczyn:

- 1) Przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp są jasne i przejrzyste, stąd nie wymagają specjalnej wiedzy prawniczej. W licznych wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała, że tryb z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, stanowi wyjątek i z tego względu przepisy te należy stosować wyłącznie po spełnieniu przesłanek określonych tymi przepisami.
- 2) Na rozprawie 24 października 2017 r. Obwiniony poinformował, że „zanim ta umowa została podpisana, zasięgnąłem opinii prawnej i z bardzo skomplikowanego, długiego wywodu prawnego, który jest załączony w aktach, wynikało, że ze względu na charakter większości przesyłek pocztowych, które się zleca, na potrzeby udokumentowania terminu itd., w zasadzie tylko jeden podmiot, jakim była (...) może spełnić te wymagania. Mimo iż z mojej wiedzy wynikało to, że na rynku istnieje również drugi operator (...), to jednak jakość tych usług była dość powszechnie znana (słynna konieczność odbierania przesyłek ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru w kioskach Ruchu, w warzywniakach, czy nawet w sexshopach) i dlatego zabraniało mi to z przyczyn praktycznych podejmowania próby zawarcia z tak niesolidnym operatorem umowy. (...) I stąd dałem w pełni wiarę opinii radcy prawnego, który był zatrudniony w Urzędzie, że ze względu na ten charakter korespondencji, za który przychodzi mi płacić, jedynym operatorem, który może skutecznie to przeprowadzić jest (...)” Powyższe wyjaśnienia Obwinionego jednoznacznie wskazują, że opinia radcy prawnego była sporządzona w celu potwierdzenia oczekiwań Obwinionego o możliwości udzielenia zamówienia na usługi pocztowe oraz nie jest jednoznaczna (w zasadzie jeden podmiot), w której również zawarto zapis: „jedynym operatorem, który może skutecznie to przeprowadzić jest (...)” Oczywistym jest, że skuteczne wykonanie usługi nie jest przesłanką do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp.
- 3) Stwierdzenia, że Obwiniony „znał też treść opinii prawnej przygotowanej dla Starostwa Powiatowego w (...) sporządzonej przez jego prawników, która także wskazywała na

możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki” nie można uznać za miarodajne, bowiem Starostwo Powiatu (...) udzielało zamówienia publicznego na usługi pocztowe w trybie przetargu nieograniczonego: w 2013 roku – nr ogłoszenia o zamówieniu 194229-2013 z 24 września 2013 r. i w 2016 roku – nr ogłoszenia o zamówieniu 9825-2016 z 28 stycznia 2016 r. Dodatkowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2489/15 nakazała Powiatowi (...) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pocztowe, przeprowadzonego właśnie w trybie z wolnej ręki, na podstawie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp, uznając za bezpodstawny wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (tj. uznanie, że usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

- 4) We wniosku o ukaranie Oskarżyciel przytoczył orzeczenie GKO z 26 lipca 2004 r., gdzie stwierdzono, że „z racji pełnionej funkcji Obwiniony powinien znać zasady gospodarki finansowej oraz konsekwencje ich naruszenia, a w razie wątpliwości interpretacyjnych powinien dokładnie przeanalizować sytuację i przepisy przed podjęciem decyzji, nie ograniczając się do dania wiary jednej opinii lub tej opinii, która zgodna była z jego oczekiwaniami.” Pomijając fakt, że przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp nie budzą wątpliwości interpretacyjnych, Obwiniony, mając na uwadze obowiązek zachowania staranności, winien pozyskać opinię od niezależnego radcy prawnego lub skonfrontować swój zamiar z publikowanymi na stronach internetowych komentarzami, opiniami Urzędu Zamówień Publicznych lub postępowaniami przeprowadzonymi o udzielenie zamówień na usługi pocztowe przez inne jednostki sektora finansów publicznych.

W świetle powyższych argumentów oczywistym jest niezachowanie przez Obwinionego staranności w wykonywaniu swoich obowiązków. Nie można mówić o dołożeniu staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku wówczas, gdy sprawca naruszenia mógł przewidzieć, że jego zachowanie skutkować będzie naruszeniem dyscypliny finansów publicznych (lekkomyślność) lub był niedoinformowany co do stanu faktycznego będącego podstawą do podjęcia przez niego decyzji co do jego zachowania (niedbalstwo). Przepisy art. 19 ust. 2 uoondfp, opierają się na koncepcji zindywidualizowanej staranności (ostrożności) wymaganej od osób wykonujących różne obowiązki w zakresie szeroko rozumianej gospodarki finansowej, w szczególności odmiennym podejściu do osób zajmujących stanowisko kierownika jednostki sektora finansów publicznych oraz innych osób, wykonujących poszczególne obowiązki składające się na gospodarkę finansową jednostki sektora finansów publicznych, powierzone im przez kierownika jednostki.

Obowiązek ostrożności musi być rozpatrywany z punktu widzenia obowiązków związanych z określonym stanowiskiem czy wykonywaną funkcją (orzeczenie GKO z 1 marca 2004 r., DF/GKO/Odw.-127/163/2003), spoczywających np. na kierowniku jednostki sektora finansów publicznych, na którym ciąży szczególnie obowiązek dbałości o dobro finansów publicznych, jak również nadzoru nad pracą podległych pracowników, szczególnie tych, którzy zajmują się realizacją planu finansowego jednostki (orzeczenie GKO z 24 czerwca 2002 r., DF/GKO/Odw.-46/62/2002). Nawiązując do tej koncepcji orzecznictwo GKO akcentuje, że osoby, które dobrowolnie zabiegają o wybór, a następnie podejmują się profesjonalnego pełnienia eksponowanej funkcji publicznej, obejmującej także gospodarowanie publicznymi środkami pieniężnymi, zobligowane są do przestrzegania litery obowiązującego prawa i ponoszą przewidziane prawem konsekwencje swoich działań i zaniechań (orzeczenie GKO z 16 stycznia 2003 r., DF/GKO/Odw.-114/148/2002). Wiąże się to również z koniecznością znajomości przepisów regulujących publiczną gospodarkę finansową, zwłaszcza przez osoby zajmujące stanowiska kierownicze. Niezastosowanie przepisów musi zostać ocenione jako działanie zawinione (orzeczenie GKO z 14 stycznia 2008 r., DF/GKO-4900-83/91/07/3594).

Wymierzenie kary upomnienia RKO uzasadniła w następujący sposób: RKO nie wymierzyła Obwinionemu wnioskowanej przez Rzecznika kary nagany, gdyż nie wszystkie czyny, za które oskarżyciel domagał się jej wymierzenia, zostały przypisane Obwinionemu. Nie można uznać, że naruszenie zasad zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych spowodowane chęcią zmniejszenia wydatków na usługi pocztowe jest zachowaniem skandalicznym, oburzającym (synonimy słowa „rażący”), tak samo jak zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w okolicznościach związanych z natłokiem obowiązków. W ocenie RKO wymierzona kara jest odpowiednia do wagi popełnionych czynów, a nadto spełni cele w zakresie społecznego oddziaływania, a także cele zapobiegawcze i dyscyplinujące wobec Obwinionego, dotychczas niekaranego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO zauważa przy tym, że także GKO uznała, iż kara upomnienia może być wymierzona, jeżeli istnieją przesłanki do przyjęcia, że pomimo jej łagodnego charakteru i niskiej dolegliwości, przyczyni się do umocnienia właściwej postawy obwinionego (orzeczenie GKO z 15 kwietnia 2004 r., DF/GKO/Odw.-123/158/2003)”.

Jak wynika z powyższego uzasadnienia, jednym z powodów wymierzenia kary innej niż wnioskowana był fakt, że nie wszystkie czyny, za które Oskarżyciel domagał się jej

wymierzenia, zostały przypisane Obwinionemu i na tym etapie postępowania (przed RKO) można uznać to jako okoliczność mogąca być brana pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o wymiarze kary. Natomiast nie można podzielić argumentacji RKO w pozostałym zakresie z następujących przyczyn:

1. Działania Obwinionego stanowiły o rażącym naruszeniu podstawowych zasad prowadzenia gospodarki finansowej wynikających z przepisów art. 44 ust. 4, art. 46 ust. 1, art. 261 ufp oraz art. 7 ust. 1 uPzp w związku z naruszeniem przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 95 ust. 1 uPzp. O rażącym charakterze działań Obwinionego przesądza fakt, że naruszenia te są łatwe do stwierdzenia, są oczywiste i bezsporne oraz mają bardzo duży zakres. O rażącym naruszeniu dyscypliny finansów publicznych można mówić, gdy analiza zachowania (działania lub zaniechania) obwinionego w zestawieniu z nakazem bądź zakazem wynikającym z hipotezy naruszonej normy prawnej wskazuje na ich oczywistą niezgodność. W przedmiotowej sprawie takie okoliczności występują.

2. RKO, wymierzając karę upomnienia, postąpiła wbrew dyspozycji przepisu art. 35 uondfp, stanowiącego, że karę upomnienia można wymierzyć w szczególności w przypadku, gdy stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie jest znaczny. W przedmiotowej sprawie taka okoliczność nie występuje.

3. Zgodnie z przepisem art. 34a uondfp karę pieniężną albo karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny, z tym, że jeżeli skutek naruszenia:

- 1) nie została wpłacona lub zwrócona należność Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych w znacznej wysokości;
- 2) bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia zaciągnięto zobowiązanie lub dokonano wydatku w znacznej wysokości;
- 3) zapłacono ze środków publicznych odsetki, kary lub opłaty albo oprocentowanie w znacznej wysokości;
- 4) udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców – wymierza się karę pieniężną.

W świetle powyższych przepisów czyny popełnione przez Obwinionego kwalifikowały się obligatoryjnie do wymierzenia kary pieniężnej bowiem: a) popełnione czyny noszą znamiona wysokiej szkodliwości dla ładu i porządku finansów publicznych, b) wartość zaciągniętego zobowiązania, w realiach ekonomicznych Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...), była bardzo znacznej wartości (zawarto umowę za wynagrodzeniem 560.000 zł), c) zamówienia na usługi pocztowe udzielono z istotnym naruszeniem zasady uczciwej

konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców poprzez bezprawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, co eliminowało udział innych potencjalnych wykonawców.

Mając jednak na uwadze dotychczasową niekaralność oraz okoliczności popełnienia czynów, Oskarżyciel wnioskował o wymierzenie Obwinionemu łagodniejszej kary, tj. kary nagany, co nie stało na przeszkodzie, aby RKO wykonało dyspozycję art. 34a uondfp.

Rażące naruszenie porządku i ładu finansów publicznych przez Obwinionego potwierdza konstrukcja przepisów art. 34a uondfp, gdzie ustawodawca w punktach 1-4 wskazał taksatywnie, jakie czyny kwalifikują się do wymierzenia kary pieniężnej. Nie można zatem uznać, że – w przypadku popełnienia przez Obwinionego zarzuconych czynów określonych w art. 15 ust. 1 i art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp – zaistniała przesłanka niskiej szkodliwości dla ładu i porządku finansów publicznych, upoważniająca RKO do ukarania Obwinionego karą upomnienia. Stanowisko Rzecznika w tym zakresie znajduje potwierdzenie w orzeczeniu GKO z 26 lutego 2016 r., sygn. akt BDF 1.4800.164.2015: „stwierdzić także należy, że stopień szkodliwości naruszenia nie był znikomy, ponieważ naruszono podstawową zasadę zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji udzielając bezpodstawnie zamówienia z wolnej ręki, tj. w trybie niekonkurencyjnym, którego możliwość zastosowania stanowi odstępstwo od ogólnych zasad zamówień publicznych.

Nie bez znaczenia jest także fakt, że naruszenia można było uniknąć przy dołożeniu minimum staranności. W ocenie Rzecznika uzasadnienie orzeczenia wydaje się niepełne. Zgodnie z przepisami art. 137 ust. 2 pkt 1 uondfp uzasadnienie orzeczenia 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. Zdaniem Rzecznika wymagane elementy, w części dotyczącej uniewinnienia, nie zostały wskazane w orzeczeniu, bowiem RKO w zakresie uniewinnienia Obwinionego ograniczyła się jedynie do krytycznej oceny argumentacji Rzecznika w zakresie winy Obwinionego, bez kontrargumentacji; nie wskazała faktów i okoliczności dla uznania braku winy Obwinionego oraz przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia Obwinionego o dokonaniu analizy stanu prawnego oraz o zapoznaniu się z opinią prawną sporządzoną w Starostwie Powiatowym w (...) – bez posiadania dowodu potwierdzającego, że takie działania były podejmowane przez Obwinionego.

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności uzasadnienie odwołania w zakresie braku podstaw do uniewinnienia oraz wymierzenia kary upomnienia, w przedmiotowej sprawie zostały spełnione wszystkie przesłanki wynikające z przepisów art. 4 ust. 1 pkt 2, art. 17 ust.

1b pkt 2, art. 19 ust. 1 i ust. 2, oraz art. 34a uoondfp w związku z art. 18 ust. 1 uPzp, w związku z czym przypisanie winy Obwinionemu oraz wymierzenie kary nagany jest w pełni uzasadnione.

Rzecznik podkreślił, że oparcie systemu dokonywania zakupów, dostaw, usług i robót budowlanych przez jednostki sektora finansów publicznych na zasadach i rygorach przepisów o zamówieniach publicznych zapewnia efektywność ekonomiczną wydatków dokonywanych ze środków publicznych. Gwarantują to zasady, na których oparty jest system zamówień publicznych, przede wszystkim powszechności, uczciwej konkurencji, równego traktowania podmiotów obiegających się o zamówienie publiczne, jawności, zachowania formy pisemnej. Rolę systemu udzielania zamówień publicznych jako spójnego i czytelnego systemu zamówień publicznych, sprzyjającego właściwej gospodarce środkami publicznymi wielokrotnie akcentowała GKO, podkreślając, że system zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, przez stworzenie warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne. Z tych przyczyn istotne jest rygorystyczne stosowanie postanowień ustawy przez podmioty wydatkujące środki na zamówienia. „Nawet nieznaczne czasami uchybienia, z punktu widzenia zamawiającego, mogą okazać się ważącymi na wynik postępowania i nie mogą być w żaden sposób minimalizowane” (orzeczenie GKO z 13 lutego 2003 r., DF/GKO/Odw.-134/170-171/2002). W takim stanie rzeczy utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia stanowiłoby niebezpieczny precedens w sytuacji braku jakichkolwiek podstaw do uniewinnienia Obwinionego, a co więcej, doprowadziłoby do sytuacji braku penalizacji za zarzucony czyn, który bez wątpienia został popełniony.

Udzielenie przez Obwinionego zamówienia publicznego na usługi pocztowe w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp stanowi ewidentny przykład naruszenia podstawowej zasady w zakresie udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych, określonej przepisami ustawy art. 7 ust. 1 i art. 67 ust. 1 lit. a uPzp, jaką jest zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki wyłącznie przy spełnieniu przesłanek wynikających ze stosownych przepisów prawa.

Podczas rozprawy przed GKO, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych zmienił żądania odwołania Rzecznika wnosząc o wymierzenie Obwinionemu nie kary nagany, jak dotychczas, lecz kary upomnienia.



Obwiniony złożył odwołanie w zakresie, w jakim został uznany winnym popełnienia zarzucanych mu czynów, zarzucając przedmiotowemu orzeczeniu obrazę przepisów prawa poprzez ich niewłaściwą interpretację i wnosząc o uniewinnienie.

Obwiniony podtrzymał swoje stanowisko, że w przedmiotowej umowie z (...) nie zawarł bezwzględnego okresu obowiązywania umowy przez 2 lata, ale zapis brzmiał: „umowa zostaje zawarta na czas określony i obowiązuje od dnia 01.01.2016 roku do 31.12.2017 r., lub do wyczerpania łącznej szacunkowej wartości umowy, tj. 560.000 zł /pięćset sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100 w zależności od tego co nastąpi wcześniej”. Kwota 560.000 zł była wielkością zapisaną w projekcie planu finansowego na rok 2016 w momencie podpisywania umowy. Gdyby zamawiającemu nie udało się wynegocjować nadzwyczaj korzystnych cen na przedmiotowe usługi, kwota ta zgodnie z oficjalnym cennikiem (...) zostałaby wykorzystana jeszcze przed końcem 2016 r. Wynegocjowane warunki umowy w połączeniu ze szczegółową analizą struktury i rodzaju zleczanych usług dawały Obwinionemu prawie pewność, że w stosunku do lat poprzednich uda się w sposób rekordowy obniżyć koszty usług pocztowych, dlatego postanowił te wyjątkowo korzystne warunki zapewnić sobie w dłuższym okresie. Przewidywania te w pełni potwierdziła praktyka, o czym świadczy zestawienie stanowiące załącznik do odwołania przedstawiające zestawienie kosztów usług pocztowych za lata 2012-2017. Na chwilę obecną oraz w przyszłości podobne umowy w sposób bezpieczny i nie budzący wątpliwości formalnoprawnych Obwiniony może zawierać na mocy udzielonego mu 17 października 2016 r. pełnomocnictwa przez Prezydenta Miasta (...).

Obowiązek publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o udzielonym zamówieniu został, choć z opóźnieniem, wykonany.

Po dwóch latach od podpisania przedmiotowej umowy analiza jej skutków i funkcjonowania potwierdza trafność dokonanego wówczas wyboru. Koszty usług pocztowych nigdy nie były dla zamawiającego tak rekordowo niskie i, zgodnie z przypuszczeniami, już tak korzystnego dla finansów publicznych wyniku w przyszłości nigdy nie da się osiągnąć.

Art. 28 ust. 1 uoondfp mówi, że w przypadku niskiego stopnia szkodliwości dla finansów publicznych nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie Obwinionego jego działania w przedmiotowej sprawie nie tylko nie poniosły najmniejszej straty, ale osiągnęły znaczący i wymierny zysk.

Obwiniony podkreślił też, że, będąc od 23 lat kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych, nigdy nie popełnił najdrobniejszego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

**Po zapoznaniu się z postawionym Obwinionemu zarzutem oraz przedstawioną argumentacją, w oparciu o ustalony stan faktyczny i prawny Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie GKO stwierdziła, że stan sprawy faktyczny i prawny, opisany powyżej, został ustalony przez RKO prawidłowo, nie jest sporny, żadne wskazywane okoliczności ani przywoływane dowody nie były kwestionowane w trakcie postępowania; okoliczności sprawy w jednoznaczny sposób wynikają z zawartych w aktach postępowania dokumentów, takich jak umowa z 24 listopada 2015 r., ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z 24 marca 2016 r. oraz wyjaśnienia Obwinionego.

Obwinionemu zarzucono popełnienie następujących czynów naruszających dyscyplinę finansów publicznych:

1. czynu opisanego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego na świadczenie usług powszechnych i niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym oraz usług (...) w wyniku zawarcia 24 listopada 2015 r. umowy nr ID 315963/P, o wartości 560.000,00 zł, w trybie zamówienia z wolnej ręki, z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp, bez spełnienia przesłanek wynikających z tego przepisu – w zakresie tym RKO uniewinniła Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych,
2. czynu opisanego w art. 15 ust. 1 uondfp, polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z przekroczeniem zakresu upoważnienia, tj. bez posiadania zatwierdzonego planu finansowego Urzędu Miejskiego w (...) na 2017 r., poprzez zawarcie ww. umowy z (...) na okres od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r., z naruszeniem przepisów art. 46 ust. 1 i art. 261 ufp – w zakresie tym RKO uznała Obwinionego winnym popełnienia zarzucanego mu czynu,
3. czynu opisanego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, polegającego na zaniechaniu zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w terminie 30 dni od dnia zawarcia ww. umowy z (...) – w zakresie tym RKO uznała Obwinionego winnym popełnienia zarzucanego mu czynu.

Za popełnienie czynów z art. 15 ust. 1 i art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp RKO wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

W ocenie GKO doszło do popełnienia przez Obwinionego wszystkich zarzucanych mu czynów, a Obwiniony ponosi za te czyny odpowiedzialność, także w kontekście możliwości przypisania mu winy za popełnienie naruszenia.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 uondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Ustęp 2 art. 19 uondfp stanowi zaś, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

Obwinionemu, w zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, można również przypisać winę w rozumieniu art. 18 ust. 1 uPzp, tj. w kontekście odpowiedzialności za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przywołanym przepisem za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, którym w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów był Obwiniony, zajmujący stanowisko dyrektora Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) (zamawiającym był Zakład Obsługi Urzędu Miejskiego w (...)) – kwestie te (podmiot zamawiający oraz osoba kierownika zamawiającego) nie były sporne.

Nie było sporne również, że Obwiniony, jako dyrektor Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) (jednostki organizacyjnej Miasta (...) działającej w formie jednostki budżetowej), pełnił funkcję kierownika jednostki w rozumieniu art. 53 ufp i był odpowiedzialny za gospodarkę finansową Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...).

Obwiniony zawarł również w imieniu Zakładu Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) przedmiotową umowę z 24 listopada 2015 r.

Tym samym nie ma wątpliwości, że to Obwiniony popełnił zarzucane mu czyny naruszające dyscyplinę finansów publicznych – w rozumieniu art. 19 ust. 1 uondfp.

Za popełnienie powyższych czynów Obwinionemu można przypisać winę w rozumieniu art. 19 ust. 2 uondfp. W ocenie GKO nie zachodzi w tym przypadku przesłanka ekskulpująca wskazana w zdaniu drugim art. 19 ust. 2 uondfp, tj. że naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę

finansów publicznych (zagadnienia te zostaną opisane osobno w stosunku do każdego zarzutu).

Możliwość przypisania Obwinionemu winy dotyczy również czynu opisanego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp. W tym zakresie GKO podzieliła tok argumentacji przedstawiony przez Rzecznika w odwołaniu.

Rzecznik we wniosku o ukaranie wskazał, że wina stanowi podmiotową (subiektywną) podstawę odpowiedzialności i zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Niedanie przez Obwinionego posłuchu normie prawnej, mimo iż Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą, stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucany czyn. Nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby umowę zawrzeć na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2016 r., zamówienia udzielić w trybie konkurencyjnym oraz dopilnować terminu publikacji ogłoszenia.

Być może Rzecznik mógł zawrzeć bardziej szczegółowe odniesienie do kwestii winy, jednak nie było ono na tyle lakoniczne i trudne do zidentyfikowania, aby stanowić przesłankę do uznania braku winy Obwinionego w udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, tym bardziej, że okoliczności sprawy, w tym wyjaśnienia złożone przez Obwinionego, wyraźnie wskazują, że nie można było stwierdzić, że naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia przez Obwinionego staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 80 ust. 1 uondfp, organy prowadzące postępowanie są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść obwinionego. RKO w tym zakresie skupiła się na okoliczności zasięgnięcia przez Obwinionego opinii radcy prawnego, pomijając inne okoliczności ujawnione w toku sprawy, pomimo że zostały one ujawnione w postępowaniu przed RKO (art. 76 ust. 4 uondfp).

Rzeczywiście, Obwiniony przed udzieleniem przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zasięgnął opinii radcy prawnego, co niewątpliwie można uznać za część wymaganej od niego staranności, jednak w sprawie tej zachodziły również inne okoliczności, które wskazują na fakt, że Obwiniony w gruncie rzeczy zdawał sobie sprawę – a przynajmniej powinien zdawać sobie sprawę – że zastosowanie w przedmiotowej sytuacji trybu zamówienia z wolnej ręki nie odpowiada dyspozycji zastosowanego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp. Z przepisu tego wynika bowiem, że zamawiający może udzielić

zamówienia z wolnej ręki, jeżeli usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Tymczasem, jak wynika z wyjaśnień Obwinionego, doskonale zdawał on sobie sprawę nie tylko z treści ww. przepisu, ale także, że na rynku usług pocztowych (w znaczeniu usług doręczania przesyłek, także przez firmy kurierskie) istnieje więcej niż jeden potencjalny wykonawca usługi, jednak z różnych względów postanowił on powierzyć wykonanie zamówienia (...) i to pomimo faktu, że tylko część przewidywanych do wysłania w ramach umowy przesyłek była przesyłkami sądowymi, do których odnosiły się przepisy kodeksów postępowania cywilnego czy administracyjnego dotyczące terminu nadania przesyłki w placówce operatora pocztowego.

Wynika to jednoznacznie np. z wyjaśnień Obwinionego złożonych w trakcie rozprawy: „Zanim ta umowa została podpisana, zasięgnąłem opinii prawnej i (...) wynikało, że ze względu na charakter większości przesyłek pocztowych, które się zleca, na potrzeby udokumentowania terminu itd., w zasadzie tylko jeden podmiot, jakim była (...) może spełnić te wymagania. Mimo iż z mojej wiedzy wynikało to, że na rynku istnieje również drugi operator (...), to jednak jakość tych usług była powszechnie znana (...) i dlatego zabraniało mi to, z przyczyn praktycznych, podejmowania próby zawarcia z tak niesolidnym operatorem umowy. (...) I stąd dałem w pełni wiarę opinii radcy prawnego, że (...) jedynym operatorem, który może skutecznie to przeprowadzić jest (...)” (str. 3 protokołu rozprawy z 24 października 2017 r.). Obwiniony przyznał również, że we wcześniejszych okresach część usług „zlecał firmie kurierskiej za cenę o połowę niższą” i dopiero w wyniku zawarcia kwestionowanej umowy z (...) „warunki zostały tak niebywale korzystnie wynegocjowane, że zrezygnowałem z firmy kurierskiej” (str. 5 protokołu rozprawy z 24 października 2017 r.). Fakt korzystania z usług firmy kurierskiej – a więc istnienia na rynku więcej niż jednego wykonawcy – potwierdza także przedłożone przez Obwinionego „Zestawienie kosztów usług pocztowych w latach 2012-2017”, w którym dokonano podziału na przesyłki doręczane przez firmę kurierską oraz (...) (w zakresie lat 2012-2015).

Podobne wyjaśnienia Obwiniony złożył również Rzecznikowi w piśmie z 19 kwietnia 2017 r. wskazując, że decyzję o zawarciu umowy w trybie z wolnej ręki podjął śledząc i analizując doniesienia środków masowego przekazu w roku 2015 o skrajnie negatywnej ocenie jakości usług świadczonych przez operatora (...) oraz postanawiając, wzorem innych, umowę zawrzeć z operatorem gwarantującym jakość świadczonych usług na oczekiwanym poziomie, a opinia radcy prawnego utwierdziła go w tym przeświadczeniu.

Zatem już z samych wyjaśnień Obwinionego wynika, że, niezależnie od opinii rady prawnego i rozeznania prowadzonego przez Obwinionego co do poczynañ innych zamawiających

(jakkolwiek powinien tu raczej oprzeć się na przepisach prawa oraz ich interpretacji w orzecznictwie), nie można powiedzieć, że nie miał on podstaw do stwierdzenia, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki było bardzo wątpliwe pod względem prawnym, zwłaszcza że przepis wyraźnie mówił o jednym wykonawcy mogącym zrealizować zamówienie „z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, a nie negatywnej ocenie jakości świadczonych usług, czy też wygodzie świadczenia usług w pełnym zakresie przez jednego wykonawcę. Nie trzeba też być znawcą prawa, żeby odróżnić przyczynę techniczną od prawnej, jak też ekonomicznej i organizacyjnej – bo, jak wynika z wyjaśnień Obwinionego, taka w rzeczywistości była podstawa zastosowania przez Obwinionego trybu zamówienia z wolnej ręki (szczególnie korzystne warunki cenowe oraz ułatwienie rozliczeń poprzez możliwość korzystania tylko z jednego usługodawcy, brak zaufania do konkurencyjnego operatora).

Ma w tym względzie rację Rzecznik, iż z jednej strony RKO przyznała, powołując się na interpretację przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp, zgodnie z którym dla spełnienia przesłanek ustawowych nie jest wystarczające przekonanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować usługę w sposób najbardziej efektywny i sprawny, ale że wyłącznie jeden wykonawca może usługę zrealizować w ogóle, a jednocześnie – pomimo wyjaśnień Obwinionego wskazujących *de facto* na tę podstawę działania – uznała, że nie ponosi on winy za naruszenie normy prawnej. Nie ma też wątpliwości, że działanie Obwinionego było bezprawne, przynajmniej w znacznym zakresie, tj. naruszało normę art. 10 uPzp i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp. Jak słusznie zauważył Rzecznik, nie było również żadnych przeszkód prawnych ani faktycznych, by Obwiniony zastosował inny niż zamówienie z wolnej ręki tryb udzielenia zamówienia, co uzasadniono poniżej.

Nie ekskulpuje Obwinionego również fakt, że – ewentualnie, ponieważ nie zostało to w żaden sposób wykazane – inni zamawiający (być może) również tak robili. Każdy podmiot bowiem ponosi odpowiedzialność za własne czyny. Oczywiście, dominująca w danym okresie interpretacja przepisów i praktyka w stosownych przypadkach może i powinna być brana pod uwagę przy ocenie stopnia zawinienia, jednak w przedmiotowej sprawie GKO nie stwierdziła, że może być ona okolicznością ekskulpującą Obwinionego.

Tym samym, jak już wskazano powyżej, nie zachodzi okoliczność, iż Obwinionemu nie można przypisać winy, a „naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych”.

Popełnienie czynu opisanego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, zostało zarzucone Obwinionemu w związku z zarzuconym naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a uPzp.

W chwili popełnienia czynu, tj. 24 listopada 2015 r., jak i w chwili orzekania, przepis art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp ma następujące brzmienie: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

Zarzut w stosunku do Obwinionego dotyczy udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 10 uPzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a zamówienia w innym trybie, w tym zamówienia z wolnej ręki, można udzielić tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zostały określone w art. 67 ust. 1 uPzp. Zgodnie z tym przepisem w brzmieniu obowiązującym w chwili orzekania zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

1a) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;

1b) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;

2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;

3) 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;

4) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

5) (uchylony)

6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości;

7) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji;

8) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;

9) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1127 i 1089), w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;



10) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

11) zamówienie jest udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,

b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

14) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

15) umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,

b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,

c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

W chwili popełnienia czynu, tj. 24 listopada 2015 r., przepis ten brzmiał następująco:

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,

b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,

- c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;
- 1a) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej, mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;
- 2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
- 3) 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;
- 4) w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
  - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;
- 6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie

uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;

7) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorcze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;

8) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;

9) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego i świadectw pochodzenia z kogeneracji na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

10) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

11) zamówienie jest udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jak wynika z analizy cytowanych przepisów, w obu stanach prawnych zastosowanie w przedmiotowej sprawie mogłoby mieć jedynie punkt 1. tego przepisu – litera a lub b, gdyż żadne inne przesłanki stosowania trybu w oczywisty sposób nie dotyczą przedmiotu zamówienia, którym jest świadczenie usług pocztowych.

RKO, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 uodnfp, dokonała analizy treści obu przepisów i uznała, że wersja przepisu obowiązująca w chwili popełnienia czynu jest bardziej korzystna

dla Obwinionego ze względu na brak zastrzeżenia „jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia” i do tego przepisu odniosła się w swoim orzeczeniu.

GKO zgodziła się z tym wnioskiem, jakkolwiek wskazuje, że nie oznacza to, iż we wcześniejszym stanie prawnym zamawiający nie musiał poszukiwać rozwiązań alternatywnych lub równoważnych albo też mógł celowo skonstruować opis przedmiotu zamówienia tak, aby zawęzić jego parametry ograniczając tym samym liczbę wykonawców mogących zrealizować zamówienie (wynikało to i nadal wynika z innych przepisów – art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 uPzp).

Jak wynika z akt sprawy, przedmiotem zamówienia w badanym postępowaniu było świadczenie usług pocztowych w zakresie:

- 1) usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym w postaci:
  - a) przesyłek listowych nierejestrowanych w obrocie krajowym i zagranicznym,
  - b) przesyłek poleconych w obrocie krajowym i zagranicznym,
  - c) przesyłek listowych z zadeklarowaną wartością w obrocie krajowym i zagranicznym,
  - d) paczek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym,
  - e) paczek pocztowych z zadeklarowaną wartością w obrocie krajowym i zagranicznym,
- 2) usług niepowszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym, w tym usługi Pocztex, Paczka 24, Paczka 48, przesyłka firmowa HIC, druk bezadresowy i usługa pocztowa EMS,
- 3) usługa Poczta Firmowa.

Obwiniony jako jedną z podstaw zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki podał okoliczność prawną stosowaną w procedurach sądowych i administracyjnych powiązaną ze statusem operatora wyznaczonego, np. w art. 165 § 2 ustawy Kodeks postępowania cywilnego lub art. art. 57 § 5 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, zgodnie z którą tylko oddanie pisma w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1481) jest równoznaczne z jego wniesieniem, termin na wniesienie uważa się za zachowany itd.

Powyższa okoliczność nie jest okolicznością „techniczną”, lecz prawną. Jednak, w przypadku nadania statusu operatora wyznaczonego tylko jednemu operatorowi, okoliczność tę – jakkolwiek poglądy w tym zakresie również nie były jednolite – zasadniczo można by

zakwalifikować jako prawo wyłączne, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b uPzp, a tym samym udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Status operatora wyznaczonego (...) w przeszłości rzeczywiście posiadała (z art. 178 ust. 1. w zw. z art. 192 ustawy Prawo pocztowe wynika, że (...) pełniła obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od dnia wejścia w życie ustawy Prawo pocztowe do 31 grudnia 2015 r.), a następnie w wyniku wygranego konkursu, o którym mowa w art. 71 ustawy Prawo pocztowe, do roku 2025.

Należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 13 ustawy Prawo pocztowe operator wyznaczony to operator pocztowy obowiązany do świadczenia usług powszechnych, zaś same przesyłki sądowe i administracyjne to z założenia przesyłki listowe polecane w obrocie krajowym – natomiast opis przedmiotu zamówienia (wskazany w punktach powyżej) w większości wykraczał poza ten zakres.

Tym samym nie można było przyjąć, że (...) w całym zakresie zamówienia miała w okresie obowiązywania umowy szczególny status prawny niedostępny innym podmiotom zdolnym do świadczenia usług pocztowych. O tej okoliczności Obwiniony powinien był wiedzieć. Zatem ewentualnego zamówienia z wolnej ręki można by było udzielić tylko w niezbędnym zakresie.

Owszem, rację ma Obwiniony, że z ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika generalny obowiązek dzielenia zamówienia na części, jednak nie można pominąć art. 29 ust. 2 uPzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jest to powtórzenie naczelnej zasady zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 uPzp, zgodnie z którą zamawiający jest zobowiązany przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Tym samym generalnie przedmiotu zamówienia, co do którego zastosowanie mają przesłanki pozwalające na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, nie powinno się łączyć z przedmiotem, którego wykonanie jest dostępne dla większej liczby wykonawców. Jak wynika z „Zestawienia kosztów usług pocztowych w latach 2012-2017” wartość przesyłek powierzanych firmie kurierskiej wyniosła od 88.514,91 zł do 125.778,23 zł rocznie, zatem nie jest to znikoma liczba przesyłek, zwłaszcza, że jak wskazał sam Obwiniony, koszt przesyłki powierzonej firmie kurierskiej był znacznie niższy niż opłaty za usługi (...), zatem liczby przesyłek nie można odnieść bezpośrednio do wynagrodzenia danego wykonawcy.

Należy też podkreślić, że tryb zamówienia z wolnej ręki, jako najbardziej ograniczający konkurencję, jest trybem dostępnym tylko w szczególnych wypadkach i wyjątkowo, a jego przesłanki nie mogą być stosowane rozszerzająco. Tym samym w każdym przypadku, gdy istnieją wątpliwości co do możliwości zastosowania tego trybu – tak jak w niniejszej sprawie – zamawiający powinien skorzystać z trybu konkurencyjnego.

Nie jest też tak, że zamawiający w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki nie ma możliwości postawienia wymagań pozwalających na uzyskanie usług o odpowiedniej jakości – służą temu zarówno warunki udziału w postępowaniu stawiane wykonawcom, opis przedmiotu zamówienia, jak i warunki realizacji zamówienia określone w postanowieniach umownych, dotyczące np. zachowania powagi placówek pocztowych, do której to okoliczności Obwiniony odnosił się w swoich wyjaśnieniach. Zastosowanie trybu konkurencyjnego nie wyklucza także uzyskania korzystnych cen świadczenia usług – te wynikają bowiem raczej z istnienia konkurencji na danym rynku niż zastosowanego trybu. Jak przyznał sam Obwiniony, (...) wcześniej nie stosowała tak atrakcyjnych cen jak w roku 2015 i sytuacja taka już się nie powtórzy. Ma to niewątpliwie związek z pojawieniem się konkurencji w postaci (...) i jej udziałem w zdobywaniu zamówień publicznych.

Tym samym w zakresie zarzutu popełnienia przez Obwinionego czynu opisanego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uodnfp GKO stwierdziła, iż nie zaistniały przesłanki uniewinnienia Obwinionego.

W przedmiotowej sytuacji GKO nie stwierdziła także wystąpienia okoliczności, o której mowa w art. 23 ust. 1 uodnfp, tj. usprawiedliwionej nieświadomości tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jak wskazano powyżej, Obwiniony powinien był mieć świadomość, że nieprawidłowo zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

GKO wzięła także pod uwagę stopień szkodliwości czynu, tj. okoliczność, o której mowa w art. 28 ust. 1 uodnfp. GKO uznała, że nie zachodzi przesłanka, o której mowa w tym przepisie, a stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych jest większy niż znikomy. Jakkolwiek bowiem Obwiniony działał w dobrej wierze i w celu zapewnienia oszczędności w ramach wydatkowanych finansów publicznych, rozpatrywane naruszenie należy rozpatrywać nie tylko w skali mikro, czyli uzyskanych oszczędności (choć z tego punktu widzenia jest to zaleta), ale także w skali makro, tj. zobowiązania Rzeczypospolitej Polskiej do respektowania zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych, w tym przepisów

wynikających z prawa Unii Europejskiej, z których wywodzi się m.in. konieczność zachowania przy udzielaniu zamówień publicznych konkurencyjności oraz przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jak też dążenia państwa i Unii Europejskiej do rozwoju konkurencji, także na rynku usług pocztowych – co ma również wymiar ekonomiczny. Jak zauważył nawet sam Obwiniony, w roku 2015 (wraz z pojawieniem się realnej konkurencji), był w stanie uzyskać korzystniejsze warunki finansowe świadczenia usług przez (...), które minęły wraz z powrotem do jej statusu podmiotu, który nie ma istotnej konkurencji.

Obwinionemu można również przypisać winę za popełnienie czynu opisanego w art. 15 ust. 1 uondfp, polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z przekroczeniem zakresu upoważnienia, tj. bez posiadania zatwierdzonego planu finansowego Urzędu Miejskiego w (...) na 2017 r.

Art. 15 uondfp w obecnym brzmieniu stanowi w ust. 1, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania lub zmiany zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych, z tym, że nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania na podstawie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa (ust. 2 art. 15).

W chwili popełnienia przez Obwinionego zarzucanego mu czynu art. 15 uondfp miał brzmienie: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

RKO uznała, że art. 15 uondfp w starym brzmieniu i art. 15 ust. 1 uondfp w nowym brzmieniu odnosi się do tego samego czynu. Tym samym stara ustawa nie jest względniejsza dla Obwinionego, dlatego, zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, zastosowanie ma ustawa nowa, tj. art. 15 ust. 1 uondfp.

GKO uznała to ustalenie za prawidłowe.

Nie było sporne, że kwestionowana umowa została zawarta 24 listopada 2015 r. i obejmowała okres od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r. Przy czym, jak wskazywał Obwiniony, na rok 2016 istniał projekt planu finansowego obejmujący kwotę 560.000 zł, na którą opiewała umowa (str. 7 protokołu rozprawy z 24 października 2017 r.). W aktach sprawy nie



zamieszczono tego dokumentu, jednak okoliczność ta nie została zakwestionowana ani odmienna okoliczność nie była podnoszona.

Nie było kwestionowane także, że w chwili popełnienia czynu nie istniał plan finansowy na rok 2017 ani jego projekt, Obwiniony nie posiadał także pełnomocnictwa do zaciągnięcia zobowiązania finansowego na rok 2017. Obwiniony dysponował jedynie pełnomocnictwem udzielonym mu 1 lipca 2010 r. przez Zastępcę Prezydenta (...), zawierającym upoważnienie do dokonywania czynności prawnych i faktycznych związanych z prowadzeniem i zarządzaniem jednostką, w tym zaciągania zobowiązań w zakresie wydatków budżetowych do kwoty przewidzianej w planie finansowym jednostki organizacyjnej.

RKO uznała jednak, że, niezależnie od pełnomocnictw, upoważnienie do zaciągania zobowiązań wynika bezpośrednio z przepisów prawa, tj. art. 261 ufp i art. 46 ust. 1 ufp, do których też odnosi się art. 15 ust. 1 uondfp.

Art. 261 ufp stanowi, że kierownik samorządowej jednostki budżetowej może, w celu realizacji zadań, zaciągać zobowiązania pieniężne do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ufp jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153. Przy czym jednostki realizujące program wieloletni mogą zaciągać zobowiązania w celu sfinansowania w poszczególnych latach realizacji tego programu do wysokości łącznej kwoty wydatków określonych dla całego programu (art. 136 ust. 4 ufp), jak też finansowanie lub dofinansowanie może zapewnić Minister Finansów (art. 153 ufp) – jednak żadna z tych okoliczności nie ma tu miejsca.

Wobec powyższego RKO uznała, że skoro w dacie zawarcia umowy, tj. 24 listopada 2015 r. Zakład Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) nie posiadał zatwierdzonego planu finansowego na 2017 r., to jego dyrektor, zawierając przedmiotową umowę na okres obejmujący 2017 r. zaciągnął zobowiązanie z przekroczeniem upoważnienia. Sam Obwiniony zaś co prawda nie przyznał się do popełnienia czynu, lecz podczas składania wyjaśnień podczas rozprawy potwierdził, że „w momencie podpisywania umowy faktycznie nie miał upoważnienia” i przyznał, że to jego wina (str. 7 protokołu rozprawy z 24 października 2017 r.).

W ocenie RKO, Obwiniony mógł uniknąć naruszenia art. 15 ust. 1 uondfp, gdyby dołożył staranności wymaganej od niego jako kierownika jednostki sektora finansów publicznych.

GKO uznała powyższe ustalenia i rozstrzygnięcie RKO zawarte w orzeczeniu za prawidłowe. Obwiniony, pomimo swoich najlepszych intencji co do oszczędzenia wydatków ze środków publicznych, mógł i powinien był zadbać także o kwestie formalne zaciągania zobowiązań, co było od niego wymagane przepisami ustawy o finansach publicznych, jak i ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Połączenie dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów (art. 44 ust. 3 ufp) z dochowaniem wymogów formalnych w tym zakresie jest bowiem nie tylko możliwe, ale i konieczne.

W opisywanej sytuacji GKO nie stwierdziła także wystąpienia okoliczności, o której mowa w art. 23 ust. 1 uondfp, tj. usprawiedliwionej nieświadomości tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony, pomimo spodziewanych korzyści finansowych z planowanej umowy, powinien był mieć świadomość istnienia ww. przepisów art. 261 i art. 46 ufp i istniejących w nich wymogów formalnych, a także art. 15 uondfp.

GKO wzięła także pod uwagę stopień szkodliwości czynu, tj. okoliczność, o której mowa w art. 28 ust. 1 uondfp. W zakresie tym GKO uznała, że w zaistniałych okolicznościach należy rozważyć kwestę, czy stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych jest większy niż znikomy.

Ust. 1a art. 28 uondfp stanowi bowiem, że przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia. Zgodnie zaś z ust. 2 art. 28 uondfp przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych wywołującego skutki finansowe bierze się pod uwagę w szczególności wysokość skutku finansowego, w tym:

- 1) wysokość uszczuplonych środków publicznych;
- 2) kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych;
- 3) kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem;

- 4) wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem;
- 5) kwotę zapłaconych odsetek, kar lub opłat albo wypłaconego oprocentowania.

W ust. 3 art. 28 uoondfp wskazano zaś, że przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a – sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

Jak wynika z zawartej 24 listopada 2015 r. umowy, i co podkreślał Obwiniony, umowa została zawarta nie wyłącznie na określony okres (od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2017 r.), lecz także z zastrzeżeniem wyczerpania kwoty maksymalnej umowy, tj. 560.000 zł (§ 6 ust. 1 umowy). Obwiniony podkreślał też jako szczególnie istotną dla oceny jego działań okoliczność, że kwota ta wynikała z wysokości środków przewidzianych na rok 2016 – tego GKO nie mogła zweryfikować ze względu na brak planu finansowego na rok 2016 lub jego projektu, do którego odnosiła się argumentacja – brak ten należy uzupełnić w ramach postępowania przed RKO.

Co więcej, w § 6 ust. 3 umowy zawarto postanowienie, że każda ze stron może rozwiązać umowę z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. Umowa nie wymagała tu zaistnienia jakichś konkretnych przyczyn wypowiedzenia. Tym samym, w razie braku środków na rok 2017, Obwiniony mógł umowę w każdej chwili rozwiązać. Z § 2 i § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy wynika zaś, że Zakład Obsługi Urzędu Miejskiego w (...) będzie uiszczal opłatę za wykonanie umowy w formie opłaty z dołu, w miesięcznych okresach rozliczeniowych, a podstawą rozliczeń finansowych będzie suma opłat za świadczone usługi stwierdzone na podstawie dokumentów nadawczych i oddawczych. Tym samym realne zobowiązanie finansowe powstawało dopiero w chwili nadania przesyłki.

Można z tego więc wnosić, że, mimo zawarcia umowy obejmującej swoim zakresem także rok 2017, nie miała ona wpływu na kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem, realna wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem (realna wysokość zobowiązania na rok 2017 przewidywana w roku 2015 nie była znaczna – zwłaszcza przy przyjęciu zakładanego poziomu wydatków na rok 2016 w wysokości 560.000 zł). Dodatkowo środki publiczne nie uległy uszczupleniu – a nawet, co nie było kwestionowane, osiągnięto

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2017

w tym zakresie oszczędności, a sam Obwiniony, co również nie było kwestionowane, działał w dobrej wierze i w celu zapewnienia ww. oszczędności środków publicznych.

Tym samym, orzekając, RKO – po pozytywnej weryfikacji faktu istnienia projektu planu finansowego lub planu finansowego Zakładu na rok 2016 ze wskazaną przedmiotową kwotą na realizację usług pocztowych – powinna uwzględnić powyżej opisane okoliczności odnoszące się do stopnia szkodliwości czynu.

Nie ma również wątpliwości co do przypisania Obwinionemu winy za popełnienie czynu opisanego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, polegającego na zaniechaniu zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w wymaganym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czasie.

24 listopada 2015 r. zamawiający w rozumieniu art. 2 pkt 12 uPzp, czyli Zakład Obsługi Urzędu Miejskiego w (...), reprezentowany przez Obwinionego, będącego kierownikiem zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 uPzp, udzielił zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 uPzp zawierając umowę z (...). Wartość zamówienia wynosiła 560.000 zł i była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 uPzp, w związku z czym, zgodnie z art. 95 ust. 1 uPzp, zamawiający miał obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 marca 2016 r. Fakt niezamieszczenia ogłoszenia został stwierdzony w trakcie kontroli prowadzonej przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Poznaniu. Fakty te i obowiązek ten są bezsporne.

Jak wyjaśnił Obwiniony w piśmie z 19 kwietnia 2017 r., zamieszczenie ogłoszenia 24 marca 2016 r., czyli z opóźnieniem do ustawowego terminu publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, nastąpiło przez nieuwagę i roztargnienie odpowiedzialnej za sprawy zamówień publicznych pracownicy. W wyjaśnieniach udzielonych podczas rozprawy Obwiniony dodał, że przyczyną mogła być też zwiększona liczba obowiązków wynikająca z odbywających się w tym czasie w Zakładzie kontroli, co spowodowało to przeoczenie (str. 6 protokołu rozprawy z 24 października 2017 r.).

Art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, w obecnym brzmieniu stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych nieprzekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub

niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

W chwili popełnienia czynu, tj. 25 grudnia 2015 r., przepis ten miał następującą treść: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych: nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

W zakresie czynu zarzucanego Obwinionemu regulacja jest więc tożsama, tj. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Tym samym, ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy i, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 uondfp, należy zastosować ustawę obowiązującą w czasie orzekania.

Zmianie uległ również przepis art. 95 ust. 1 uPzp nakładający na zamawiających obowiązek zamieszczania ogłoszeń o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W chwili zawarcia przedmiotowej umowy z 24 listopada 2015 r., jak też w dniu wskazanym jako dzień popełnienia przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. 25 grudnia 2015 r., przepis ten miał następujące brzmienie: „Jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.”

W chwili orzekania przepis ten brzmiał następująco: „Jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.”

Powyższa kwestia ma znaczenie ze względu na dyspozycję przywoływanego powyżej art. 24 ust. 1 uondfp, który stanowi, że 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.

RKO uznała, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie ma ustawa nowa ze względu na fakt, że ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy. GKO uznała to ustalenie za prawidłowe, bowiem co do zasady termin 30 dni na zamieszczenie ogłoszenia jest terminem dłuższym niż termin „niezwłocznie”. Choć bowiem termin „niezwłocznie” nie oznacza bezwzględnie obowiązku dokonania czynności „natychmiast” (tj. w tym wypadku już w dniu zawarcia umowy lub w dniu następnym), lecz – jak przyjmuje się w doktrynie – „bez zbędnej zwłoki”. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. II CSK 293/06 oraz z dnia 30 czerwca 2011 r., sygn. III CSK 282/10 „terminu <<niezwłocznie>> nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin <<niezwłocznie>> oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu...”

Terminy te więc mogą być różne w różnych przypadkach, jednak najczęściej przyjmuje się, że wykonanie danej czynności „niezwłocznie” to w ciągu 7 lub 14 dni. Tym samym więc odniesienie się do terminu „niezwłocznie” oznacza konieczność wykazania, jakie opóźnienie w wykonaniu danej, nakazanej czynności było usprawiedliwione okolicznościami występującymi w danej sprawie, tzn. przez ile dni po dniu zawarcia umowy istniały obiektywne przeszkody w zamieszczeniu przedmiotowego ogłoszenia.

W rozpatrywanej sprawie również Obwiniony nie kwestionował tych ustaleń.

Niesporne jest, że zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego (zawarcie umowy z (...)) w Biuletynie Zamówień Publicznych nie nastąpiło w wymaganym ustawą terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy, tym samym nie ma wątpliwości, że Obwiniony naruszył art. 95 ust. 1 uPzp, a w konsekwencji popełnił czyn opisany w art. 17 ust. 1 pkt 5 uodnfp. Naruszenie art. 95 ust. 1 uPzp nastąpiło w kontekście art. 19 ust. 1 i 2 uodnfp w zw. z art. 18 ust. 1 uPzp, tj. regulacji, iż za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, którym jest Obwiniony.

W ocenie GKO nie wystąpiła tu żadna okoliczność znosząca odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwinionemu można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia, co on sam przyznał. Wina ta polegała na niedochowaniu należytej staranności i ostrożności wymaganej od kierownika zamawiającego/kierownika jednostki sektora finansów publicznych, a naruszenia tego, które wynikało z przeoczenia, zapomnienia, można było uniknąć przy dołożeniu staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Okoliczność ta nie została także stwierdzona w ramach

nadzoru własnego nad jednostką, w którym to przypadku można by rozważyć, czy kierownik jednostki starał się dochować należytej staranności, lecz w czasie kontroli prowadzonej przez Regionalną Izbę Obrachunkową.

W opisywanej sytuacji GKO nie stwierdziła także wystąpienia okoliczności, o której mowa w art. 23 ust. 1 uondfp, tj. usprawiedliwionej nieświadomości tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony niewątpliwie zdawał sobie sprawę, lub przynajmniej powinien zdawać sobie sprawę, że taki obowiązek po jego stronie istnieje.

GKO wzięła także pod uwagę stopień szkodliwości czynu, tj. okoliczność, o której mowa w art. 28 ust. 1 uondfp. W zakresie tym GKO uznała, że w zaistniałych okolicznościach stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych jest większy niż znikomy.

W art. 28 ust. 3 uondfp ustawodawca określił, że przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a – sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

Należy podkreślić, że w rozpatrywanej sprawie ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dotyczyło zamówienia z wolnej ręki. Nie było więc to ogłoszenie czysto informacyjne, nie wywołujące żadnych skutków prawnych, jak np. w przypadku udzielenia zamówienia w trybie przetargowym. Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowią bowiem, że wykonawcy, którzy również chcieliby przedmiotowe zamówienie uzyskać i uznają, że poprzez zastosowanie trybu niekonkurencyjnego naruszono zasady uczciwej konkurencji, mogą kwestionować tego typu czynność zamawiającego (udzielenie zamówienia z wolnej ręki), a prawo to związane jest również z zamieszczeniem ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (możliwość powzięcia wiadomości o zamówieniu oraz art. 182 uPzp, określający terminy wnoszenia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej), a Krajowa Izba Odwoławcza może nawet unieważnić zawartą umowę albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania (art. 192 ust. 3 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 uPzp). Z tego też powodu znaczenie ma fakt, czy i kiedy zamawiający zamieści wymagane ogłoszenie.

Za zaistnienie faktu niezamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp można też uznać stwierdzenie braku jego publikacji w trakcie kontroli zewnętrznej, która stwierdziła ten brak (ogłoszenie to bowiem nie istnieje) oraz długi okres zwłoki w jego zamieszczeniu.

W związku z powyższym GKO uznała, że stwierdzone naruszenie art. 95 ust. 1 uPzp rzeczywiście nastąpiło oraz, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, naruszenie to wyczerpuje dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp.

Zgodnie z dyspozycją art. 146 ust. 1 i 2 uoondfp, Główna Komisja Orzekająca może ukarać obwinionego albo zaostrzyć wymierzoną mu karę tylko wtedy, gdy wniesiono odwołanie na jego niekorzyść. Wniesienie odwołania na niekorzyść obwinionego nie wyklucza zmiany rozstrzygnięcia na jego korzyść. W przypadku wniesienia odwołania na niekorzyść obwinionego, który został uniewinniony przez komisję orzekającą lub co do którego postępowanie umorzono, Główna Komisja Orzekająca nie może wydać orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jeżeli jednak uzna, że przypisanie tej odpowiedzialności jest uzasadnione, przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania.

W związku z powyższym zastosowanie znajdzie rozstrzygnięcie wskazane w art. 147 ust. 1 pkt 3 uoondfp, tj. uchylenie orzeczenia w całości lub w części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

Ze względu na zmianę przez Rzecznika w trakcie rozprawy przed GKO wniosku o wymiar kary z kary nagany na karę upomnienia, GKO nie kwestionuje również wymierzonej Obwinionemu kary upomnienia (w tym łącznie za wszystkie czyny, o które został obwiniony).

W niniejszej sprawie GKO, pomimo że punkty 3, 4 i 5 orzeczenia RKO uznała za prawidłowe, uchyliła orzeczenie w całości, a nie w części, ze względu na fakt, że Obwinionemu zarzucono popełnienie więcej niż jednego czynu oraz wymierzono jedną karę za przypisane czyny. W związku z powyższym uchylenie orzeczenia jedynie w części, w zakresie uniewinnienia, a utrzymanie w mocy w zakresie przypisania odpowiedzialności i wymierzonej kary, w sposób nieuzasadniony spowodowałoby sytuację niekorzystną dla Obwinionego, tj. *de facto* jego podwójne ukaranie.