



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

Warszawa, dnia 6 listopada 2017 r.

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

Przewodniczący: *Z-ca Przewodniczącego GKO:* **Wojciech Robaczyński**

Członkowie: *Z-ca Przewodniczącego GKO:* **Mariusz Haladyj (spr.)**

Przewodniczący GKO: **Mariusz Golecki**

Protokolant: **Paweł Matusiak**

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 6 listopada 2017 r., odwołania złożonego przez Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt: RIO-VI-51-04-17, którym Komisja, uznała (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311) zwanej dalej uondfp, polegającego na określeniu na

dzień 05.02.2015 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)” jako kryterium oceny ofert jedynie kryterium ceny z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

Komisja Orzekająca I instancji na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 35 uoondfp, wymierzyła karę upomnienia i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,17 zł,

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uoondfp utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

Uzasadnienie

Orzeczeniem z 12 maja 2017 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze uznała (...), Wójta (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp polegającego na określeniu na dzień 5 lutego 2015 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)” jako kryterium oceny ofert jedynie kryterium ceny z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy – Prawo zamówień publicznych. Za przypisany czyn Komisja Orzekająca pierwszej instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia. Obwiniony został również obciążony kosztami postępowania w sprawie.

Komisji Orzekająca pierwszej instancji ustalenia stanu faktycznego dokonała na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz wyjaśnień złożonych przez Obwinionego. Główna Komisja Orzekająca uznała za wiarygodne dowody w postaci dokumentacji zgromadzonej w sprawie oraz wyjaśnień Obwinionego co do okoliczności przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W 2015 r. w Gminie (...) przeprowadzono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „(...)”.

Zakres robót budowlanych obejmował naturalne (...) w zakresie:

- wariant I – 4RLM (...)– 9 sztuk
- wariant II – 8RLM (...)– 7 sztuk
- wariant III – 12RLM (...)– 1 sztuka
- wariant IV – 4RLM (...)– 3 sztuki
- wariant V – 8RLM (...)– 2 sztuki
- wariant VI – 12RLM (...)– 2 sztuki
- wariant VII – 4RLM+(...)– 6 sztuk
- wariant VIII – 6RLM+(...)– 5 sztuk
- wariant IX – 8RLM+(...)– 2 sztuki
- wariant X – 18RLM+(...)– 2 sztuki (k. 63)

W dniu (...) 2015 r. Obwiniony wydał zarządzenie Nr (...), w którym powierzył pani (...), pełniącej funkcję sekretarza gminy, przygotowanie przedmiotowego przetargu oraz opublikowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) (k. 78).

W pkt (...) SIWZ jako opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia kryteriów wskazano, że oferty będą oceniane według poniższych kryteriów i wag:

„* Cena oferty (kryterium 1) – 100%” (k. 58).

SIWZ została sporządzona 5 lutego 2015 r. i zatwierdzona przez Obwinionego - na SIWZ widnieje podpis i pieczęć imienna Obwinionego (k. 64).

Przetarg został ogłoszony 6 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę (...) sp. z o.o., w której cenę określono na kwotę 393 277,62 zł brutto. Umowa na wykonanie zamówienia publicznego została zawarta 30 marca 2015 r. (k. 9).

Ustalenia te potwierdzają następujące dowody:

1. *zarządzenie Nr (...)Wójta (...)* (k. 78)
2. *SIWZ z (...)2015 r.* (k. 64)
3. *Informacja o ogłoszeniu przetargu* (k. 29)
4. *Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty* (k.13)
5. *Umowa na wykonanie zamówienia publicznego* (k. 9).

O naruszeniu dyscypliny finansów publicznych zawiadomiła pani (...)– dyrektor (...) (k. 72). Wskutek tego zawiadomienia Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze (...) 2017 r. wszczął wobec Obwinionego postępowanie wyjaśniające w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (k. 90).

W dniu 20 lutego 2017 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wystosował wniosek o ukaranie Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, oraz wniósł o wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia przewidzianej w art. 31 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Ustalenia te potwierdzają następujące dowody:

1. *pismo UZP z (...)2015 r., (...)* (k. 72)
2. *postanowienie Nr (...)o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, (...)* (k. 90)
3. *wniosek o ukaranie z 20 października 2017 r., (...)* (k. 103)

W dniu 12 maja 2017 r., po przeprowadzeniu rozprawy, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze uznała Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp i wymierzyła mu karę upomnienia oraz obciążyła go kosztami postępowania.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji rozważyła kwestie zmian przepisów, jakie miały miejsce w okresie ocenianego przez Komisję zachowania Obwinionego a datą orzekania pod kątem zastosowania przepisów względniejszych dla Obwinionego. Komisja dokonała również analizy pojęć, którymi posługuje się art. 91 ust. 2a Prawa zamówień publicznych

w kontekście możliwości określenia kryteriów oceny ofert wyłącznie na podstawie kryterium ceny.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że Obwiniony ponosi odpowiedzialność za nieprawidłowe określenie kryterium wyboru ofert przez uwzględnienie jedynie kryterium ceny podczas, gdy taka możliwość istniała tylko dla zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Przedmiot zamówienia w postaci robót budowlanych (...) nie spełniał natomiast ww. kryteriów.

W ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji Obwiniony ponosi odpowiedzialność za powyższy czyn stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 3 uondfp, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Zgodnie zaś z art. 18 Prawa zamówień publicznych kierownik jednostki odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mimo powierzenia – na mocy zarządzenia Nr (...) 2015 r. – Sekretarzowi Gminy przygotowania przetargu oraz opublikowania SIWZ, Obwiniony zatwierdził SIWZ zawierający nieprawidłowe określenie kryterium oceny ofert. Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała, że skoro Obwiniony zastrzegł dla siebie czynność zatwierdzenia SIWZ, to tym samym brał udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu przetargu. Ponadto, podzielając pogląd Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, prezentowany we wniosku o ukaranie, Komisja orzekająca pierwszej instancji wskazała, że powierzenie przez Obwinionego obowiązków pracownikowi na podstawie art. 18 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie skutkuje „wyłączeniem odpowiedzialności samego wójta, ponieważ powierzając pełnienie określonych funkcji, czy wykonywanie określonych czynności wójt nie pozbywa się własnych kompetencji, a więc i odpowiedzialności”. Także brak znajomości przepisów przez Obwinionego nie może zwalniać go z odpowiedzialności.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji przy wymiarze kary uznała, że „okoliczności przytoczone w wyjaśnieniu przez Obwinionego nie usprawiedliwiają działań niezgodnych z przepisami prawa. W ocenie Komisji Orzekającej stopnia społecznej szkodliwości czynu nie można uznać za znikomy, gdyż działania Obwinionego naruszały podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Za okoliczność obciążającą uznano naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które nie ma związku ze skutkami finansowymi, gdyż przepis ten chroni inne wartości m.in. zasady uczciwej

konkurencji. Za okoliczność łagodzącą uznać należało natomiast dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz nieumyślny charakter zawinienia”.

Od ww. orzeczenia Obwiniony wniósł odwołanie na swoją korzyść, zaskarżając orzeczenie w całości.

Obwiniony zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie:

1. art. 80 ust. 1 uodfp, przez nieuwzględnienie okoliczności, iż Obwiniony powierzył przygotowanie przetargu (...), pełniącej wówczas funkcję Sekretarza Gminy (...),
2. art. 89 ust. 1 uodfp, przez nierozważenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności pominięcie dowodu z zeznań Obwinionego, zarządzenia z 2 lutego 2015 r. i Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z 6 września 2016 r.,
3. art. 19 ust. 2 w zw. z art. 137 ust. 2 uodfp, przez:
 - przyjęcie odpowiedzialności Obwinionego na zasadzie ryzyka, pomijając kwestie zawinienia w rozważaniach dotyczących motywów rozstrzygnięcia,
 - brak rozważenia dołożenia należytej staranności przez Obwinionego w postaci powierzenia przeprowadzenia postępowania Sekretarz Gminy,
 - nieokreślenie w jaki sposób Obwiniony miał się zachować, by uniknąć odpowiedzialności oraz niewskazanie czy Obwiniony ponosi odpowiedzialność za „błąd w wyborze” pracownika, któremu powierzono przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. art. 78 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 28 ust. 1 w zw. z art. 28 ust. 3 uodfp w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie umorzenia postępowania ze względu na znikomy stopień szkodliwości czynu, „pomimo że z ustalonego stanu faktycznego wynikało, że stopień szkodliwości czynu jest znikomy, nie zostały naruszone podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych, tj. zasada uczciwej konkurencji lub zasada równego traktowania wykonawców, a samo naruszenie art. 91 ust. 2a Prawa zamówień publicznych o ile miało miejsce, nie miało wpływu na wynik postępowania co miał potwierdzić Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z (...)2016 r., znak: (...) pt. „<Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej>”,
5. art. 35 uodfp przez wymierzenie kary upomnienia, „podczas gdy nie zachodziły ku temu przesłanki bowiem z okoliczności sprawy wynikało, iż stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych był znikomy”, ewentualnie:

6. art. 36 ust. 1 i 3 pkt 2 uodnfp przez ich niezastosowanie w niniejszej sprawie, „pomimo iż w niniejszej sprawie stopień szkodliwości czynu nie był rażący”.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniony wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można przypisać mu winy, a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi tylko osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia.

Obwiniony nie uczestniczył w rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą (GKO).

Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w trakcie rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą wniósł o utrzymanie wyroku Komisji orzekającej pierwszej instancji.

Rozpoznając sprawę Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca była zobowiązana rozważyć stan prawny, który przyjęty zostanie za podstawę wydawanego w sprawie rozstrzygnięcia. Stosownie bowiem do art. 24 uodnfp, 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. Przepis powyższy ma zastosowanie nie tylko do ustawy będącej podstawą wydawania orzeczenia przez organy orzekające (tj. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), ale również do wszystkich szczególnych przepisów prawa, mających znaczenie dla rozpoznania postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W dacie przygotowania, w tym sporządzania SIWZ, i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązywała reguła, zgodnie z którą kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 tej ustawy, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2a Prawa zamówień publicznych).

Z dniem 28 lipca 2016 r. art. 91 ust. 2a Prawa zamówień publicznych otrzymał brzmienie: „zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3”.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, za rozpoznaniem sprawy na podstawie ustawy w kształcie obowiązującym w chwili naruszenia przemawia zasada stosowania ustawy obowiązującej poprzednio jako ustawy względniejszej – wynikająca z art. 24 ust. 1 uodnfp. Nowelizacja z 2016 r. miała na celu ograniczenie w Prawie zamówień publicznych postępowań, w których przedmiot zamówienia wybierany jest wyłącznie (lub prawie wyłącznie, np. poprzez przyznanie wagi ponad 90%) na podstawie kryterium ceny wskazanej w ofercie, ponieważ oferta wybrana wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny nie zawsze jest ofertą gwarantującą dostateczną jakość przedmiotu zamówienia a całkowity koszt realizacji zamówienia niejednokrotnie znacząco przewyższał kwotę pierwotnie wskazaną przez oferenta. Z tego względu wprowadzono możliwość wyboru kryterium ofert w oparciu o kryterium ceny jako kryterium jedyne bądź przeważającego, wyłącznie w przypadku określenia przez zamawiającego podczas przygotowania zamówienia standardów jakościowych dla wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia kosztów jego cyklu życia. Nowelizacja z 2016 r. miała zatem spowodować, aby zamawiający nie stosowali kryterium ceny jako jedyne kryterium wyboru ofert, za wyjątkiem postępowań, w których precyzyjnie określono standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazano w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. W innym przypadku kryterium ceny mogło mieć wagę maksymalnie 60%. Nowelizacja podniosła zatem wymagania wobec zamawiających w tym względzie ograniczając możliwość stosowania kryterium najniższej ceny jako wyłącznego (albo niemal wyłącznego) kryterium oceny złożonych ofert. Celem przedmiotowej nowelizacji jest to, aby realizowanie zamówienia publiczne, w większym stopniu niż pod rządami dotychczasowych przepisów, spełniały także inne kryteria niż cena, jak np. jakość lub funkcjonalność rozwiązań.

Powyższe przemawia na przyjęciem, że względniejsze dla Obwinione były przepisy art. 91 ust. 2a Prawa zamówień publicznych obowiązujące w dacie naruszenia i w związku z tym ocena zachowania Obwinionego powinna być dokonana w odniesieniu do stanu prawnego obowiązującego w tym okresie. Przy czym pomimo tego, że Komisja Orzekająca pierwszej instancji w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia wskazała, iż uważa ustawę obowiązującą w dacie orzekania za względniejszą dla Obwinionego, to przeprowadziła analizę i ocenę jego zachowania w odniesieniu do wymogów obowiązujących w Prawie zamówień publicznych w dacie naruszenia i wykazała naruszenie tych przepisów. Nie można zatem w tej sytuacji stwierdzić, aby był to błąd powodujący konieczność uchylecia tego orzeczenia.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania, Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że orzeczenie należy utrzymać w mocy.

Główna Komisja Orzekająca nie dopatrzyła się błędów w zakresie przeprowadzenia postępowania dowodowego i oceny dowód w sprawie przez Komisję Orzekającą pierwszej instancji, w szczególności w zakresie zawinienia Obwinionego.

Niesłusznie Obwiniony formułuje zarzuty odnośnie do kwestii ustalenia jego winy oraz wszechstronnego rozważenia okoliczności faktycznych, na podstawie których powinno zostać ocenione jego zachowanie. Mimo że Komisja Orzekająca powinna w uzasadnieniu bardziej szczegółowo odnieść do kwestii winy Obwinionego i szkodliwości czynu, to ocena Komisji – na podstawie materiału dowodowego, którym dysponowała – była prawidłowa.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określa się jako odpowiedzialność typu represyjnego. Dla przypisania danej osobie odpowiedzialności, spełnione być muszą dwie zasadnicze przesłanki. Zachowanie tej osoby musi być bezprawne, tzn. stanowiące czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, określony przez ustawę o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a także osobie tej można przypisać winę za naruszenie. Potwierdza to orzecznictwo Głównej Komisji Orzekającej wyrażone w wielu orzeczeniach. Przykładowo, w orzeczeniu z 28 marca 2011 r. (BDF1/4900/10/11/11/432) Komisja zauważyła, że „do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych konieczne jest zarówno formalne naruszenie przepisu prawa, ale także udowodnienie winy po stronie konkretnego sprawcy”.

W art. 19 ust. 2 uondfp winę rozumie się jako zarzut stawiany Obwinionemu, że naruszył

normę prawną w sytuacji, gdy można było od niego wymagać zachowania zgodnego z prawem. Istnieją przy tym trzy okoliczności wyłączające winę (wyłączające możliwość postawienia zarzutu): dochowanie należytej staranności (art. 19 ust. 2 uondfp), niepoczytalność (art. 23 ust. 2 uondfp) i usprawiedliwiona nieświadomość bezprawności czynu (art. 23 ust. 1 uondfp).

Druga ze wskazanych przesłanek z całą pewnością nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Wbrew twierdzeniom Obwinionego obowiązujący w czasie czynu (ale także w obecnym brzmieniu) art. 91 ust. 2a Prawa zamówień publicznych nie powinien wywoływać wątpliwości w realiach rozpoznawanej sprawy. GKO nie neguje, że zamawiający popełniali błędy w zakresie interpretacji przywołanego przepisu. Nie można jednak z tego wyprowadzić wniosku, że wszystkie te błędy były co do zasady usprawiedliwione. Tym bardziej w realiach rozpoznawanej sprawy, uwzględniając stopień złożoności udzielanego zamówienia, nie można twierdzić, że przedmiot zamówienia był powszechnie dostępny i miał ustalone standardy jakości.

Natomiast co do oceny należytej staranności Obwinionego Główna Komisja Orzekająca uznaje, że niemożność przypisania winy występuje jedynie w przypadku, gdy 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. W literaturze powszechnie aprobuje się pogląd, że „winę będzie można przypisać osobie wówczas, gdy naruszenia dyscypliny finansów publicznych można było uniknąć przy dołożeniu staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych”(A. Rotter, Wina jako kluczowa przesłanka odpowiedzialności, s. 42.). Przy czym „mamy do czynienia ze zindywidualizowaną starannością (ostrożnością) wymaganą od osób wykonujących różne obowiązki w zakresie gospodarki finansowej” (A. Rotter, Wina jako kluczowa przesłanka odpowiedzialności, s. 43.).

W okolicznościach niniejszej sprawy Obwiniony nie zastosował się do normy prawnej, choć miał obiektywnie możliwość postępowania zgodnie z tą normą. Obwiniony decydując się na pełnienie funkcji wójta, powinien mieć świadomość, że wiązą się z tym liczne obowiązki i co za tym idzie odpowiedzialność, w tym odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie

i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rolą kierownika jednostki – gdy sam nie posiada odpowiedniej wiedzy i kwalifikacji (do czego Obwiniony sam się przyznaje) – jest takie zorganizowanie pracy jednostki, by wszelkie aspekty związane z udzielaniem zamówień publicznych były dokonywane zgodnie z prawem. Ponieważ Obwiniony pełnił funkcję Wójta (...) od 2010 r. nie można przyjąć, że nie był świadomy ww. obowiązków i odpowiedzialności, w szczególności co do tak istotnego obszaru swoich zadań jak zamówienia publiczne. Ustawa Prawo zamówień publicznych jest jednym z podstawowych aktów prawnych, której znajomości powinno się wymagać się od osób gospodarujących środkami publicznymi. Co istotne w tej sytuacji Obwiniony sam podpisał SIWZ. Jego zadaniem zatem, odnosząc się do wzorca właściwego zachowania, było zweryfikowanie, czy postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami prawa. Szczególnie, że naruszenie dotyczyło jednej z najbardziej zasadniczych kwestii z punktu widzenia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. kryteriów, według których został dokonany wybór najkorzystniejszej oferty. Nie może być tu wystarczającym usprawiedliwieniem, że przepisy obowiązywały od trzech i pół miesiąca. To wystarczający okres, żeby z tak ważnym zagadnieniem się zaznajomić.

Zgodnie z orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej z 20 stycznia 2014 r. (BDF1/4900/99/103/13/RWPD-129314) z okoliczności sprawy musi wynikać, iż w chwili popełnienia czynu istniała możliwość zachowania, które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W omawianej sprawie mieliśmy do czynienia z taką sytuacją. Obwiniony miał obiektywną możliwość zachowania się w sposób pozwalający na przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi.

W praktyce często podejmowane są próby usprawiedliwiania sytuacji polegających na naruszeniu dyscypliny finansów publicznych poprzez odwoływanie się do tego, że kierownik jednostki zaufał pracownikom merytorycznym, którzy w zakresie swych obowiązków mieli dbałość o prawidłowe postępowanie w sferze finansów publicznych, w tym przypadku zamówień publicznych.

Nadmierne jednakże zaufanie do pracowników – co słusznie zauważyła Komisja Orzekająca pierwszej instancji – nie zwalnia kierownika jednostki od odpowiedzialności.

Dla zobrazowania zakresu odpowiedzialności Obwinionego jako kierownika jednostki można przywołać pogląd z orzeczenia z zakresu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Regionalnej Komisji Orzekającej w Olsztynie z 9 kwietnia 2013 r. (RIO.XII.53-05/2013, Biul. NDFP 2013, Nr 3, poz. 4, s. 52), odnoszącego się do udzielania zamówień publicznych, w którym stwierdzono: „poleganie na wiedzy i doświadczeniu pracowników, którzy ze względu na posiadane kompetencje przeprowadzali postępowanie przetargowe i przygotowując dokumenty związane z postępowaniem przetargowym opisali przedmiot zamówienia w taki sposób, iż możliwy był zakup samochodu tylko określonej marki, nie wyłącza odpowiedzialności kierownika zamawiającego. To na kierowniku zamawiającego ciąży obowiązek znajomości określonych przepisów prawa, a w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych. Szczególnie, że jak wspomniano wyżej jest to jeden z podstawowych aktów prawnych, którego znajomości powinno się wymagać się od osób gospodarujących środkami publicznymi. Kierownik jednostki powinien dołożyć wszelkich starań, aby przedmiot zamówienia był opisany w taki sposób, aby nie utrudniać uczciwej konkurencji”.

Ponadto, w orzeczeniu Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu z 8 maja 2012 r. (DB-0965/14/44/12, Biul. NDFP 2012, Nr 3, poz. 1, s. 7) stwierdzono, że z zasady ogólnej sformułowanej w art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wynika, że za całość gospodarki finansowej jest odpowiedzialny kierownik jednostki sektora finansów publicznych, i w konsekwencji „z racji pełnionej funkcji obwiniona powinna znać zasady gospodarki finansowej i konsekwencje ich naruszenia, a w razie wątpliwości interpretacyjnych powinna dokładnie przeanalizować sytuację i przepisy przed podjęciem decyzji, nie ograniczając się do dania wiary jednej opinii lub tej opinii, która zgodna była z jej oczekiwaniami”.

Od odpowiedzialności zwolnić może natomiast powierzenie określonych obowiązków. W świetle bowiem art. 4 ust. 1 pkt 3 uoondfp odpowiedzialności podlegają także pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W orzeczeniu z 8 listopada 2007 r. (DF/GKO-4900-58/62/07/2586, Legalis) Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że: „jeżeli pracownik przyjął powierzony mu zakres czynności oraz dysponował możliwościami wypełniania przyjętych zadań i obowiązków, to nie ma wątpliwości, że można mu przypisać winę w czasie popełnienia czynu”. Nie oznacza to jednak, że w takim przypadku nie można przypisać winy osobie, która powierzyła określone

czynności pracownikowi.

Powierzenie obowiązków określoneму pracownikowi jednostki, nawet jeśli jest skuteczne, nie zawsze zwolni kierownika jednostki od odpowiedzialności. W orzeczeniu GKO z 1 lipca 2010 r. (BDF1/4900/50/57/10/1381) wskazano, że: „nawet jeśli powierzono pracownikowi określone obowiązki, nie oznacza to, że kierownik jednostki nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli kierownik ów sam, osobiście, obowiązki te wypełnił”.

Obwiniony natomiast w omawianej sprawie dodatkowo osobiście zaakceptował SIWZ przyjmując na siebie odpowiedzialność za prawidłowość przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Według Głównej Komisji Orzekającej, zawinienie Obwinionego, będące skutkiem niedochowania należytej staranności, polegało na zaakceptowaniu przygotowanego przez pracownika SIWZ bez uprzedniej weryfikacji jej zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych. Obwiniony – jako osoba deklarująca brak dostatecznej wiedzy o zamówieniach publicznych – powinien dołożyć szczególnych starań dla zapewnienia prawidłowego wykonywania obowiązków z zakresu zamówień publicznych, czy to przez powierzenie zadań z tego zakresu osobie dającej rękojmię prawidłowego przygotowania postępowania czy też podniesienie swojego stanu wiedzy o zamówieniach publicznych.

W zarzutach postawionych w odwołaniu Obwiniony uznaje, że przypisano mu odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. W odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych taki rodzaj odpowiedzialności nie jest znany. Jak wykazano powyższej Obwiniony oceniany jest według standardu należytej staranności. W niniejszej sprawie staranność ta oceniana jest przez pryzmat zachowań Obwinionego w związku z zamówieniem publicznym pn. „(...)”. Obwiniony nie działał celowo i nie doprowadził do nieprawidłowego określenia wyboru ofert zamówienia publicznego z premedytacją „łamając” przepisy Prawa zamówień publicznych. Nie może usprawiedliwiać go jednak fakt, że powierzył pracownikowi przygotowanie postępowania, skoro postępowanie to zostało przygotowane niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych a Obwiniony, bez próby sprawdzenia prawidłowości przygotowanych dokumentów, zaakceptował je. To właśnie zachowanie Obwinionego świadczy o niedochowaniu przez niego należytej staranności.

Chociaż Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie wskazała wprost w uzasadnieniu wzorca prawidłowego zachowania Obwinionego, to oczywiste jest, że Komisja stwierdzając, że ani powierzenie innej osobie ani nieznanomość przepisów prawa nie mogą stanowić w realiach niniejszej sprawy okoliczności ekskulpującej zachowanie Obwinionego, uznała, że Obwiniony nie znajdował się w sytuacji uniemożliwiającej mu sprawdzenie prawidłowości sporządzonych dokumentów przed ich akceptacją i powinien takiego sprawdzenia dokonać. Obwiniony miał obowiązek sprawdzenia, zweryfikowania, dokonania analizy przedłożonych mu dokumentów, przed podjęciem decyzji o akceptacji SIWZ. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest niebagatelna kryterium oceny ofert wymagała większej wnikliwości i szczególnej aktywności kierownika jednostki.

Wina Obwinionego w związku z tym, w ocenie Głównej Komisji Orzekającej, została wykazana.

W kwestii zarzutu naruszenia przez Komisję orzekającą pierwszej instancji art. 80 ust. 1 uodfp, Główna Komisja Orzekająca nie uważa tego zarzutu za uzasadniony. W świetle art. 80 ust. 1 uodfp, Główna Komisja Orzekająca uznaje, że Komisja Orzekająca pierwszej instancji w odpowiednim stopniu rozważyła okoliczności w niniejszej sprawie, przemawiające zarówno na korzyść, jak i niekorzyść Obwinionego, w szczególności związane z powierzeniem przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sekretarzowi gminy podniesione w wyjaśnieniach Obwinionego.

Nie można również uznać, że błąd był uzasadniony niejasną redakcją przepisów. W tej konkretnej sytuacji nie budzi wątpliwości, że przedmiot zamówienia nie cechowała ani powszechna dostępność ani ustalone standardy jakościowe. Komisja orzekająca pierwszej instancji wykazała, że roboty budowlane, stanowiące przedmiot omawianego zamówienia miały specjalistyczny charakter. Zamawiający nie był zatem uprawniony do zastosowania jedynie kryterium ceny.

Za niezasadny Główna Komisja Orzekająca uznaje także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 uodfp w zakresie braku wszechstronnego rozważenia i szczegółowego odniesienia się do wyjaśnień Obwinionego oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy i poprzestanie na wybiórczym wskazaniu dowodów, którym Komisja pierwszej instancji dała wiarę, bez ewentualnego odniesienia się do dowodów, które zostały przez Komisję uznane za niewiarygodne. Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie podważała wiarygodności

dokumentów znajdujących się w aktach sprawy ani wyjaśnień Obwinionego. Podobnie, jak Główna Komisja Orzekająca, Komisja orzekająca pierwszej instancji oceniła te dowody jako przemawiające za bezprawnością i zawinieniem zachowania Obwinionego. Odmienna ocena ich przez Obwinionego nie przesądza o braku naruszenia ww. przepisu. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala na jednoznaczne ustalenie okoliczności sprawy w jakich doszło do powierzenia przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaangażowania Obwinionego w przygotowanie i przeprowadzenie tego postępowania, niezbędne dla jej rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do kwestii zarzutów Obwinionego związanych ze stopniem szkodliwości naruszenia dla finansów publicznych Główna Komisja Orzekająca podkreśla, że ocena stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych, do których należy naruszenie z art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp, odbywa się z uwzględnieniem w szczególności wagi naruszonych obowiązków oraz sposobu i okoliczności ich naruszenia, a także sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Brak negatywnych skutków finansowych – na co powołuje się Obwiniony – nie mogą przesądzać o braku szkodliwości czynu, a w konsekwencji o braku odpowiedzialności. Chociaż do akt sprawy nie dołączono pisma Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z (...) pt. „<Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej>”, okoliczności, na które powołuje w odwołaniu Obwiniony nie mają znaczenia dla oceny jego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Reguły określania kryteriów wyboru ofert stanowią jeden z najistotniejszych elementów przy dokonywaniu zakupów, szczególnie w reżimie zamówień publicznych. Prawidłowe określenie tego kryterium należy do podstawowych obowiązków zamawiających, w szczególności w kontekście dążenia ustawodawcy do odejścia przez zamawiających od kryterium ceny jako wyłącznego kryterium oceny ofert na rzecz budowy systemu zamówień publicznych opartego na racjonalnym gospodarowaniu środkami publicznymi z jednoczesnym pożytkiem dla konkurencyjności i innowacyjności gospodarki. Stąd waga naruszenia była istotna. Także zachowanie Obwinionego, akceptacja SIWZ bez refleksji co do zgodności kryteriów oceny ofert z przepisami powszechnie obowiązującymi, świadcząca o braku osobistego zaangażowania w zapewnieniu prawidłowości przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może zwalniać z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ustawodawca uznał, że naruszenie reguł określania

kryteriów wyboru ofert jest na tyle istotne, że wyodrębnił je jako czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych niezależnie od skutków finansowych tego naruszenia. Ocena rozpoznawanego przypadku nie pozostawia natomiast wątpliwości, że czyn przypisany Obwinionemu był szkodliwy dla finansów publicznych w stopniu wyższym niż znikomy.

Naruszony przepis ma na celu ochronę uczciwej konkurencji. Ta zasada doznała istotnego uszczerbku w omawianej sprawie w wyniku działania Obwinionego. Uwzględnienie wyłącznie oceny (bez podania standardów jakościowych przedmiotu zamówienia) obniża standardy uczciwej konkurencji wśród wykonawców, którzy oferują usługi i towary, o różnym stopniu jakości. Istotność ceny jako czynnika wpływającego na uczciwość konkurencji wyraża się m.in. w tym, że rażąco niską oceną uznaje się za czyn nieuczciwej konkurencji. Z tego powodu ogranicza się możliwość konkurowania przedsiębiorców na rynku jedynie za pomocą ceny. Dla oceny stopnia szkodliwości czynu istotna jest także niemająca wartość zamówienia, które zostało przeprowadzone z naruszeniem podstawowych zasad.

Stopień szkodliwości naruszenia został zatem przez Komisję Orzekającą pierwszej instancji oceniony prawidłowo.

Ponadto, co istotne, pismo Prezesa UZP, na które powołuje się Obwiniony (pismo z (...)września 2016 r.) ma datę wcześniejszą niż zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skierowane z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez dyrektora Departamentu (...) ((...) października 2016 r.). Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał zatem, że Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych, a więc również wypełnił wszystkie przesłanki tej odpowiedzialności.

Jednocześnie należy zgodzić się z Komisją Orzekającą pierwszej instancji, że okolicznością łagodzącą jest dotychczasowa niekaralność Obwinionego, stąd kara upomnienia będzie adekwatna do popełnionego naruszenia i powinna być wystarczająca do zapobieżenia takiemu naruszeniu w przyszłości.

W okolicznościach niniejszej sprawy oraz mając na względzie przedstawioną argumentację Główna Komisja Orzekająca uznaje, że kara upomnienia jest adekwatna do naruszenia jakiego dopuścił się Obwiniony. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje

podstaw od przyjęcia, że mamy do czynienia z przypadkiem zasługującym na szczególne uwzględnienie, uzasadniające na odstąpienie od nałożenia kary. Żadne bowiem wyjątkowe okoliczności nie miały miejsca. Obwiniony próbuje bagatelizować swoje zachowanie. Odstąpienie od wymierzenia kary mogłoby utwierdzić go w przekonaniu, że w zasadzie nieprawidłowości były nieistotne. Co więcej taki mógłby być także wydźwięk orzeczenia w szerszym zakresie. Dlatego GKO nie zdecydowała się na zastosowanie instytucji odstąpienia od wymierzenia kary, która ma zresztą – uwzględniając brzmienie art. 36 uondfp – wyjątkowy charakter.

Wskazując na powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji orzeczenia.