



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

Warszawa, dnia 29 marca 2018 r.

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

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

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2018 r. odwołania wniesionego przez obrońcę w imieniu obwinionej (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z dnia 20 grudnia 2017 r., sygn. akt: ZDB-4100-13/2017, którym uznano obwinioną (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...) - odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na zaniechaniu – czas popełnienia czynu 4 czerwca 2015 r. – zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w terminie 30 dni od dnia zawarcia przez Gminę (...) z (...) prowadzącym przedsiębiorstwo pod nazwą Wywóz Nieczystości (...), umowy z dnia 4 maja 2015 r. w sprawie zamówienia publicznego „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy (...)”, co jest niezgodne z art. 95 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych

oraz odstąpiono od wymierzenia kary obwinionej i obciążono ją kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

**orzeka**

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 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.) – zwanej dalej uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 uondfp uniewinnia obwinioną,**
- 2. na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

**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**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu przy udziale Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu po przeprowadzeniu w dniu 18 grudnia 2017 r. w Opolu rozprawy w sprawie o sygn. akt ZDB-4100-13/2017 wydała w dniu 20 grudnia 2017 r. orzeczenie w sprawie obwinionej (...), zatrudnionej w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...), na stanowisku burmistrza, obwinionej o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu, który wyczerpuje dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej: uondfp) polegające na zaniechaniu – czas popełnienia czynu 4 czerwca 2015 r. – zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w terminie 30 dni od dnia zawarcia przez Gminę (...) z (...) prowadzącym przedsiębiorstwo pod nazwą Wywóz Nieczystości (...) umowy z dnia 4 maja 2015 r. w sprawie zamówienia publicznego „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy (...)”, co jest niezgodne z art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 2164 z późn. zm.), dalej upzp, i działając na podstawie art. 42 ust. 1, art. 51 oraz art. 135 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1311) orzekła uznając:

## **Sygn. akt BDF1.4800.8.2018**

1. Obwinioną odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 5 undfp polegające na zaniechaniu – czas popełnienia czynu 4 czerwca 2015 r. – zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w terminie 30 dni od dnia zawarcia przez Gminę (...) z (...) prowadzącym przedsiębiorstwo pod nazwą Wywóz Nieczystości (...) umowy z dnia 4 maja 2015 r. w sprawie zamówienia publicznego „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy (...)”, co jest niezgodne z art. 95 ust. 1 upzp.

2. Na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp, odstąpiła od wymierzenia kary.

3. Na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp, orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

### **W orzeczeniu z dnia 20 grudnia 2017 r. Regionalna Komisja Orzekająca dokonała następujących ustaleń faktycznych w zakresie czynności inicjujących wszczęcie postępowania dyscyplinarnego.**

Rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji, właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu, wnioskiem z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt ZRD-4110-10/2017, wniósł o uznanie Obwinionej, pełniącej w czasie popełnienia naruszenia funkcję Burmistrza (...), za odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w treści dyspozycji art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp polegające na zaniechaniu – czas popełnienia czynu 4 czerwca 2015 r. – zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w terminie 30 dni od dnia zawarcia przez Gminę (...) z (...) prowadzącym przedsiębiorstwo pod nazwą Wywóz Nieczystości (...) umowy z dnia 4 maja 2015 r. w sprawie zamówienia publicznego „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy (...)”, co jest niezgodne z art. 95 ust. 1 upzp.

Wniosek zawierał opis czynu zarzucanego Obwinionej, wskazanie motywów, którymi Rzecznik kierował się przy jego sporządzaniu. Za popełnienie zarzucanego czynu Rzecznik wniósł o wymierzenie Obwinionej kary upomnienia oraz obciążenie obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania.

Na rozprawę wyznaczoną na dzień 18 grudnia 2017 r. Obwiniona, zawiadomiona prawidłowo, nie stawiła się. Stawił się pełnomocnik Obwinionej, który stwierdził, że nie zgadza się z treścią

zarzutu, jego zasadnością oraz nie zgadza się z interpretacją wyjaśnień Obwinionej. Wniosek jest wadliwy ze względów materialnych i formalnych. Nie można zarzucić naruszenia dyscypliny, jeśli do naruszenia nie doszło i jeżeli ustawa danego czynu nie określa jako naruszenia. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp naruszeniem jest nieprzekazanie ogłoszenia do publikacji. Rzecznik nie powinien interpretować przepisu rozszerzająco. Dowody znajdujące się w aktach sprawy wskazują, że ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało przekazane do publikacji. Nie została wypełniona przesłanka dotycząca nieprzekazania do publikacji. Przekazanie ogłoszenia nastąpiło przed kontrolą RIO – dużo wcześniej. Analiza przepisów uoondfp wyraźnie wskazuje sytuację, gdzie czyn dotyczy nieterminowego wykonania określonych czynności. W sprawie można dyskutować, czy ogłoszenie przekazano terminowo, czy też nieterminowo, ale nie można dyskutować o fakcie przekazania, wobec zebranych dowodów. Gdyby ustawodawca chciał stwierdzić, że czyn winien polegać na nieterminowym przekazaniu ogłoszenia, to zawarłby taką treść. Co do terminu przekazania, termin ten był dłuższy niż wskazany przez Rzecznika termin 30 dni liczonych od zawarcia umowy. W momencie popełnienia czynu termin ten jeszcze nie obowiązywał. Wówczas przepis dotyczył „niezwłoczności” przekazania. Już z tego powodu w sentencji wniosku jest błąd. Można się zastanawiać nad kwestią niezwłoczności przekazania informacji do Biuletynu Zamówień Publicznych, ale zarzut w sentencji dotyczy naruszenia terminu 30-dniowego. Nie jest obowiązkiem Obwinionego ani Komisji Orzekającej poprawianie wadliwości wniosku Rzecznika. Do naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie doszło, gdyż nie spełniono przesłanek, stąd zachodzą przesłanki do uniewinnienia Obwinionej. „Z ostrożności” pełnomocnik stwierdził, że nawet gdyby przyjąć, że do naruszenia terminu doszło, to zgodnie z art. 17 ust. 1a pkt 1 uoondfp zaniechanie określone w ustępie 1. tego przepisu nie stanowi naruszenia, jeżeli zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania w zamówieniach publicznych. Nie budzi wątpliwości, że ta nieprawidłowość została skorygowana. Rzecznik pominął też przesłanki niedochodzenia odpowiedzialności, czyli art. 28 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 uoondfp. Ten ostatni przepis wyraźnie nakłada obowiązek przynajmniej pochylenia się nad kwestią, w przypadku naruszenia, o którym mowa w art. 17 uoondfp, czy postępowanie Obwinionej naruszyło zasadę uczciwej konkurencji lub zasadę równego traktowania wykonawców. Jest to obowiązek wynikający z ustawy. We wniosku o ukaranie brak elementu oceny, czy ten czyn naruszył wymienione zasady, a jest to kwestia kluczowa. W tym postępowaniu do naruszenia tych zasad nie doszło, w związku z tym szkodliwość czynu jest znikoma. Należy też uwzględnić charakter przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, czyli fakt, że postępowanie było przetargowe.

Wszystkie stosowne ogłoszenia zostały zamieszczane, a postępowanie miało charakter jawny. Nie zostały naruszone w trakcie tego postępowania zasady go dotyczące. W związku z powyższym nawet przyjęcie, że ogłoszenie umieszczono po upływie wskazanego terminu 30 dni, nie miało wpływu na ocenę samego postępowania w sprawie zamówienia i wyżej wymienionych zasad. Przepis dotyczący obowiązku publikacji informacji o zawarciu umowy ma istotne znaczenie w przypadku postępowań typu: zapytanie o cenę lub z wolnej ręki, gdzie nie stosuje się zamówienia przetargowego. Sam obowiązek w tym zakresie jest i został spełniony, choć dyskusyjny jest, czy w terminie. Fakt, że w takim a nie innym terminie przekazano informacje do Biuletynu Zamówień Publicznych nie uniemożliwił jakimkolwiek podmiotom podejmowanie jakichkolwiek czynności prawnych mających np. na celu unieważnienie umowy. Umowa była zawarta co najmniej na rok, zatem ogłoszenie w takim a nie innym terminie nie uniemożliwiło podejmowania stosownych działań mających na celu zniwelowanie negatywnych skutków zawarcia tej umowy. Umowa nie była wykonana w całości w momencie publikacji – była wykonana w niewielkiej części. Do naruszenia zasady jawności nie doszło. Fakt zawarcia umowy nawet przed przekazaniem tej informacji do Biuletynu Zamówień Publicznych był powszechnie znany ze względu na wcześniejsze ogłoszenia. Opóźnienie w publikacji – przy stwierdzeniu, że takie jest – nie miało żadnego znaczenia prawnego, stąd szkodliwość tego czynu jest ewidentnie znikoma. Zastosowanie winien mieć przepis art. 78 ust. 1 pkt 7 uońdftp. Instytucja odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych powinna służyć windykacji odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za naprawdę istotne naruszenia mające istotny, negatywny wpływ na system finansów publicznych. Obwiniona nie była karana dotychczas za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ewentualne naruszenie zostało skorygowane, a system finansów publicznych czy jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie poniosły istotnego uszczerbku. Biorąc pod uwagę czynnik ludzki, tj. okoliczności związane z niedyspozycją pracownika odpowiedzialnego, pełnomocnik Obwinionej wniósł, w przypadku uznania, że do naruszenia dyscypliny finansów publicznych doszło, a postępowanie nie kwalifikuje się do umorzenia, o odstąpienie od wymierzenia kary. Przepisy uońdftp wyraźnie wskazują w art. 110 ust. 1 pkt 6, że we wniosku o ukaranie powinny być wskazane dowody, na których wniosek jest budowany. Samo wskazanie, że do wniosku dołącza się zebrany materiał, bez wykazania, który dowód której tezie służy, nie spełnia tego wymogu formalnego.

Jak wskazano w ramach uzasadnienia faktycznego zaskarżonego orzeczenia do wyjaśnień Pełnomocnika odniósł się Rzecznik, który wyjaśnił, że: kwestia dostrzegania bądź braku

dostrzegania elementów przedmiotu wniosku o ukaranie związana jest ze zmienną optyką pełnomocnika Obwinionej i w tym zakresie swoboda i podstawa czynionych spostrzeżeń nie jest przedmiotem prowadzonego postępowania dowodowego. W tym zakresie również selektywna ocena budowanych przez pełnomocnika hipotetycznych stanów co do roli przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na tle czynności w szczególności związanych z przedmiotem dyspozycji art. 95 ust. 1 upzp Rzecznik pozostawia poza zakresem wypowiedzi. To natomiast, co związane jest z podstawami prowadzonego przez Rzecznika postępowania, na tle oceny stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych pod kątem możliwego zastosowania art. 28 ust. 1 uodnfp, zostało w treści wniosku czytelnie podniesione. W nawiązaniu do negatywnej w ocenie Rzecznika możliwości zastosowania powołanej regulacji, jeżeli tak, to wskazania pełnomocnika Obwinionej co do jego wyobrażeń w zakresie kształtowania przedmiotu uzasadnienia wniosku o ukaranie, należy kategoryzować na tle ustalonego stanu faktycznego jako nie rzutujące na merytoryczną ocenę sfery naruszenia przepisów prawa, do czego znaczna część wypowiedzi pełnomocnika Obwinionej się bezpośrednio odwołuje również w aspekcie kategoryzacji stwierdzonego stanu jako mogącego znajdować umiejscowienie w ramach znikomego stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych. W ocenie Rzecznika, w aspekcie prawnym walor istotny dla kształtowania sytuacji prawnej Obwinionej posiada argument dotyczący braku możliwości dokonania subsumpcji ustalonego stanu pod dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 5 uodnfp, co bazuje na niekwestionowanym przez Rzecznika prawidłowym stwierdzeniu, że czynność związana z przekazaniem ogłoszenia nastąpiła w czasie 68 dni po zawarciu umowy. Wykładnia powołanego stanu w ocenie pełnomocnika Obwinionej wskazuje, iż w powołanych ramach w istocie mieścić się może wyłącznie zaniechanie w kontekście realizacji obowiązku ustawowego. Powołana argumentacja, w ocenie Rzecznika, jest błędna, na co wskazuje linia orzecznicza Głównej Komisji Orzekającej wyrażona między innymi w orzeczeniach z 25 lutego 2016 r., sygn. BDF1.4800.145.15, jak i z 22 lutego 2016 r., sygn. BDF1.4800.132.2015. W ocenie Rzecznika pogląd pełnomocnika Obwinionej, iż nie jest jego obowiązkiem poprawianie „wadliwego wniosku”, jest poglądem prawidłowym, z tym zastrzeżeniem, iż rozpatrywany wniosek o ukaranie wadliwym nie jest. Przywołana w treści wniosku o ukaranie już na wstępie sfera art. 24 ust. 1 uodnfp rzutowała na kategoryzację czynu zabronionego, w szczególności na tle przyjęcia daty popełnienia czynu zgodnie z powołanymi normami. Publikacja ogłoszenia w 68 dni po zdarzeniu stanowiącym podstawę obowiązku działania w sposób bezsprzeczny narusza dyspozycję normy prawnej obowiązującej zarówno w czasie popełnienia czynu, jak i aktualny stan prawny nawiązujący do sfery realizacji ustawowo określonego obowiązku.

Przywołując między innymi powołane uprzednio wskazania GKO, odzwierciedlające powszechną linię orzecniczą, przyjąć należy, iż w sprawie, wbrew twierdzeniu pełnomocnika Obwinionej, nie występują okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1a uondfp, gdyż w tej mierze kwestia oceny skutku naruszenia przepisów prawa winna być obiektywizowana i traktowana rozłącznie, choćby od subiektywnego wyводу pełnomocnika Obwinionej kategoryzującego wybiórczo poszczególne obszary jako istotne bądź nieistotne dla przedmiotu ustawowej ochrony finansów publicznych na tle reguł ustalonych prawem zamówień publicznych. Odnotować nadto należy, iż w ocenie Rzecznika w znaczącej części argumentacja pełnomocnika ukierunkowana jest na czynności związane z przedmiotem możliwego zastosowania art. 36 ustawy, bowiem wykraczające poza formułę ostrożności procesowej jest budowanie twierdzeń negujących sferę naruszenia przepisów prawa, a następnie ją kwalifikujących w ramach indywidualnego kształtowania podstawy orzeczenia w aspekcie strony podmiotowej dotyczącej Obwinionej. Nie ma znaczenia, w ocenie Rzecznika, stwierdzenie i rozważanie w obszarze tego, czy stwierdzona przez RIO nieprawidłowość została sprostowana przed czy też po czasie wszczęcia postępowania kontrolnego i kwestię tę odnieść należy do znamion naruszenia art. 95 ust. 1 upzp. Dostrzegając prawo Obwinionej do kształtowania sposobu prowadzenia postępowania dostrzec należy, iż sfera naruszenia nie była w żadnej mierze kontestowana na tle chociażby nieprawidłowej kategoryzacji przez podmiot kontrolujący ustalonego stanu. Wniosek pokontrolny bazujący na ustaleniu kontroli miał charakter jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, w powołanej mierze całości kształtu ustalenia nie był kwestionowany zarówno na tle czynności kontrolnych, jak i wystąpienia pokontrolnego, a to w związku z instrumentem przewidzianym w art. 9 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych. W tym kontekście rzekomo błąd wskazywany przez pełnomocnika Obwinionej bazuje na spójnych ustaleniach zarówno postępowania kontrolnego, jak i postępowania przeprowadzonego przez Rzecznika, w którym Obwiniona w żadnej mierze nie kwestionując naruszenia art. 95 ust. 1 upzp podnosiła jedynie okoliczności dotyczące faktycznego zawinienia pracownika jednostki sektora finansów publicznych, co jednak w ocenie Rzecznika nie eliminowało podstaw jej odpowiedzialności. W odniesieniu do rzekomo „istotnego błędu co do terminu popełnienia czynu” Rzecznik wyjaśnił, iż w związku z kwalifikacją art. 24 ust. 1 uondfp i przyjęciem „ustawy nowej”, czas popełnienia czynu w związku z zaniechaniem realizacji obowiązku ustawowego określono zgodnie z art. 21 uondfp. W wypowiedzi pełnomocnika Obwinionej pojawiły się również elementy dotyczące subiektywnego przekonania co do sfery art. 110 uondfp w części dotyczącej wskazania dowodów. W ocenie Rzecznika dowody zostały wskazane w związku z sytuowaniem jako

załącznika do wniosku o ukaranie akt sprawy zawierających materiał dowodowy oraz wyjaśnienia złożone przez Obwinioną i stan ten uznać należy za wypełniający wymogi normy ustawowej w szczególności w kontekście indywidualizacji zebranego materiału dowodowego. W treści wniosku o ukaranie, gdzie w uzasadnieniu w sposób czytelny i nie budzący wątpliwości sferę tę można dostrzec. W odniesieniu do przedmiotu argumentacji pełnomocnika Obwinionej związanej z przywołanym „czynnikiem ludzkim” oraz „nieponiesieniem istotnego uszczerbku” odnotować należy, iż powołana argumentacja w ocenie Rzecznika nie precyzuje rodzaju i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jak również nie dotyczy właściwości i warunków osobistych sprawcy naruszenia. Zatem pozostaje w oddaleniu od uzasadnienia zastosowanie powołanej i wnioskowanej przez pełnomocnika Obwinionej sfery odstąpienia od wymierzenia kary. W ocenie Rzecznika minimum staranności wymaganej w kontekście rozpatrywania powołanego instrumentarium wiązać należy z czytelnym sprecyzowaniem możliwości zastosowania przypadku zasługującego na szczególne uwzględnienie. Budowane w kontekście argumentacji pełnomocnika Obwinionej wypowiedzi dotyczącej ewidentnego i nierzutującego na przedmiot ochrony finansów publicznych stanu, Rzecznik traktuje jako przyjęty sposób oceny zebranego i niekwestionowanego materiału dowodowego, który jednak nie znajduje w sprawie możliwości uwzględnienia. Tym samym Rzecznik wniósł o wymierzenie kary jak we wniosku o ukaranie.

**Mając na uwadze powyższe Regionalna Komisja Orzekająca ustaliła następujący stan faktyczny.**

W trakcie kontroli kompleksowej przeprowadzonej przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Opolu ustalono, że Gmina (...) w dniu 4 maja 2015 r. z wybranym, w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego, wykonawcą zawarła umowę nr RG.272.4.2015. Przedmiotem tej umowy było wykonanie usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy (...). Gminę (...) reprezentowała Burmistrz (...), czyli Obwiniona. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 lipca 2015 r. (nr ogłoszenia 103591-2015), tj. 68 dni po dniu zawarcia umowy. Z wyjaśnień złożonych przez Obwinioną i p. (...) inspektora ds. zamówień publicznych wynika, że przesłanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia do Biuletynu Zamówień Publicznych w ww. postępowaniu nie było możliwe w ustawowym terminie z powodu przeoczenia, które może się



## **Sygn. akt BDF1.4800.8.2018**

zdarzyć każdemu – „tylko ten się nie myli/nie popełnia błędów kto nic nie robi” – w wyniku nawału pracy. Poza tym w tym czasie był on 9 dni nieobecny w pracy.

Również z wyjaśnień z 31 maja 2017 r. złożonych Rzecznikowi przez Obwinioną wynika, że fakt takiego, a nie innego odstępu czasowego, pomiędzy zawarciem 4 maja 2015 r. umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkanymi na terenie Gminy (...) a publikacją ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w Biuletynie Zamówień Publicznych wynikał z zaniechania pracowników odpowiedzialnych za wykonanie obowiązku publikacyjnego. Obwiniona jako burmistrz obarczona jest szeregiem ważnych obowiązków związanych z kierowaniem Urzędem Miejskim, w związku z powyższym część odpowiedzialności i obowiązków ceduje na swoich pracowników, którzy czasem popełniają błędy. Kwestia ta była szczegółowo wyjaśniana na etapie postępowania kontrolnego. Zgodnie z art. 19 ust. 2 uoondfp danej osobie nie można przypisać winy za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, 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. W powyższej sprawie Obwiniona, w swoim przekonaniu, dołożyła należytej staranności, tj. takiej, która wymagana jest od burmistrza: powierzyła pracownikom określone obowiązki, stworzyła system kontroli, który jednak nie zawsze gwarantuje, że zapobiegnie wystąpieniu nieprawidłowości. Do publikacji ogłoszenia w końcu doszło, a przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu ówczesnie obowiązującym nie kreowały sztywnych terminów publikacji ogłoszenia.

Obwiniona wniosła także o uwzględnienie faktu nikłej szkodliwości czynu. Na skutek takiego terminu publikacji ogłoszenia nikt nie poniósł szkody. Szkody nie poniosły także finanse publiczne. Obwiniona wniosła o rozważenie możliwości umorzenia postępowania. Zapewniła, iż podjęła szereg działań mających na celu zapewnienie terminowej publikacji ogłoszeń o udzieleniu zamówienia publicznego.

### **Regionalna Komisja Orzekająca w zaskarżonym orzeczeniu zważyła, co następuje.**

RKO dokonała oceny stanu prawnego sprawy w kontekście zasady wynikającej z art. 24 ust. 1 uoondfp, zgodnie z którą, 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 sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu wydania orzeczenia, gdyż przepisy obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie były względniejsze dla sprawcy.

W tym stanie RKO wskazała, że art. 95 ust. 1 upzp, zmieniony przez art. 1 pkt 102 lit. a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. zmieniającej ww. ustawę z dniem 28 lipca 2016 r., w aktualnym stanie prawnym stanowi, że jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej 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 albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powołana regulacja znowelizowała dotychczasowe brzmienie rozpatrywanej jednostki redakcyjnej ustawy literalnie stanowiącej, że jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 upzp, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W ocenie RKO ustawa Prawo zamówień publicznych obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia w rozpatrywanym zakresie nie jest względniejsza dla sprawcy czynu zabronionego stypizowanego w znamionach określonych art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, gdyż nie można uznać, iż termin „niezwłocznie” jest względniejszym określeniem terminu niż termin „30 dni”, zatem subsumpcja ustalonego stanu faktycznego dokonana została w odniesieniu do obowiązywania ustawy nawiązującego do kryterium „czasu orzekania”.

RKO zaakcentowała, iż publikacja ogłoszeń o udzielonych zamówieniach publicznych służy realizacji zasady jawności w udzielaniu zamówień publicznych, będącej gwarancją powszechnej dostępności do informacji o organizacji i przebiegu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie RKO nie budzi wątpliwości, że zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w Biuletynie Zamówień Publicznych po 68 dniach od dnia zawarcia umowy, stanowi naruszenie przepisu art. 95 ust. 1 upzp zarówno w aktualnym, jak i poprzednim stanie prawnym. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego nie zostało zamieszczone niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki) po zawarciu umowy, lecz z opóźnieniem 68 dni, a więc również później niż po 30 dniach, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie wystąpiła obiektywna przeszkoda uniemożliwiająca zamawiającemu dokonanie tej czynności.

Jak wskazała RKO, przepis art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp stanowi, iż karalne jest niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych enumeratywnie wymienionych tam ogłoszeń. Pod pojęciem „niezamieszczenia” należy rozumieć zarówno uchybienie samemu obowiązkowi zamieszczenia ogłoszenia w ogóle, jak i niedopełnienie tego obowiązku w terminie określonym przez ustawodawcę. Obwiniona, zobligowana do dopełnienia w imieniu zamawiającego obowiązków informacyjnych wynikających z art. 95 upzp, obowiązku tego nie dopełniła w tym terminie, jaki wynika bezpośrednio z przepisu prawa materialnego.

W kontekście zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, zdaniem RKO, w odniesieniu do obowiązujących norm prawnych stwierdzono, iż zachodzą przesłanki uzasadniające twierdzenie, że Obwiniona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dopuściła się wyczerpania znamion przedmiotowego naruszenia dyscypliny finansów publicznych penalizowanego przepisem art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, gdyż za wypełnienie obowiązku w zakresie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nie można uznać dokonania tej czynności 68 dni po zawarciu umowy (udzieleniu zamówienia).

W ocenie RKO odpowiedzialność za popełnienie czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych winna, stosownie do brzmienia art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, zostać przypisana Obwinionej, która będąc kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych i wykonująca czynności w powoływanym postępowaniu (art. 18 ust. 1 upzp.) zaniechała działania określonego art. 95 ust. 1 upzp.

Zdaniem RKO przywoływany przez Obwinioną aspekt cedowania części obowiązków na pracowników, którzy czasem popełniają także błędy, nie stanowi prawnie skutecznej podstawy delegowania sfery odpowiedzialności w przedmiocie przypisania sprawstwa przedmiotowego czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych.

W kontekście art. 19 ust. 1 uondfp RKO stwierdziła, że w dniu popełnienia czynu zarzucanego Obwinionej (w dniu 4 czerwca 2015 r. – art. 21 uondfp), jak również obecnie, stanowił on naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji wyczerpywał znamiona czynu zabronionego z art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp.

W odniesieniu do art. 19 ust. 2 uondfp, RKO stwierdziła, że wyniki przeprowadzonego postępowania potwierdziły, iż Obwinionej słusznie można przypisać winę w czasie popełnienia zarzucanego jej deliktu. W sprawie nie ujawniono okoliczności uzasadniających ocenę, że zachowanie sprawcy pozbawione było cechy zawinienia, z uwagi na brak monitorowania realizacji nałożonych przez ustawę Prawo zamówień publicznych obowiązków.

W ocenie RKO stopień szkodliwości czynu zarzucanego Obwinionej jest większy niż znikomy, a to z uwagi na naruszenie zasady zamówień publicznych dotyczącej jawności prowadzonego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Z tego też powodu w ocenie RKO nie zachodzą przesłanki z art. 28 uondfp legitymizujące niedochodzenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z powodu znikomej szkodliwości dla finansów publicznych. RKO nie znalazła tym samym podstaw do uniewinnienia Obwinionej z przyczyn wskazanych powyżej.

Mając na względzie zebrany w sprawie materiał dowodowy, RKO postanowiła, w oparciu o art. 36 uondfp, odstąpić od wymierzenia kary w stosunku do Obwinionej uznając, iż stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie jest znaczny. RKO miała na względzie rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny, a to fakt, iż naruszenie – jakkolwiek dotyczy zasady jawności postępowań w sprawie zamówień publicznych – to jako dotyczące informacji o fakcie udzielenia zamówienia nie wpłynęło na krąg podmiotów ubiegających się o jego udzielenie. Obwiniona przyczyniła się do usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez dokonanie ogłoszenia. Samo opóźnienie opublikowania było stosunkowo nieduże, a wykrycie zaniechania ogłoszenia nastąpiło w następstwie własnych działań w wyniku kontroli zarządczej jednostki. RKO wzięła również pod uwagę fakt, iż był to jednostkowy przypadek zamieszczenia ogłoszenie w takim terminie i że Obwiniona podjęła szereg działań mających na celu zapewnienie terminowej publikacji ogłoszeń o udzieleniu zamówienia publicznego. RKO wzięła pod uwagę również fakt, iż pracownik, który dotychczas zamieszczał ogłoszenia zgodnie z art. 95 upzp, był w tym czasie 9 dni nieobecny w pracy.

RKO, uwzględniając powyższe uznała, że odstąpienie od wymierzenia kary będzie pozytywnym bodźcem do przestrzegania wymogów określonych przepisami prawa i zapobiegać będzie naruszeniom dyscypliny finansów publicznych w przyszłości.

Z uwagi na przypisaną Obwinionej odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, RKO, działając na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp, który stanowi, że każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zwraca na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania w wysokości 10 % przeciętnego wynagrodzenia, obciążyła Obwinioną obowiązkiem zapłaty tych kosztów.

**Odwołanie Obwinionej.**

## Sygn. akt BDF1.4800.8.2018

Obwiniona, reprezentowana przez radcę prawnego, zaskarżyła w całości na korzyść obwinionej ww. orzeczenie RKO. Wydanemu orzeczeniu zarzucono:

1. iż zostało wydane w wyniku postępowania prowadzonego z istotnym naruszeniem przepisów proceduralnych, tj. art. 112 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 110 ust. 1 pkt 6 oraz 89 ust. 2 uondfp,
2. dokonanie przez RKO błędnej oceny stanu faktycznego i prawnego, i w efekcie tego przyjęcie, że Obwiniony dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp polegającego na zaniechaniu zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w terminie 30 dni od dnia zawarcia przez Gminę (...) z (...) prowadzącym przedsiębiorstwo pod nazwą Wywóz Nieczystości (...) umowy z 4 maja 2015 r. w sprawie zamówienia publicznego na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy (...)”, co miało być niezgodne z art. 95 ust. 1 upzp,
3. błędną wykładnię art. 78 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 28 ust. 1, ust. 1a i ust. 3 uondfp poprzez uznanie, że zarzucany Obwinionej czyn nie cechował się znikomą szkodliwością i w efekcie tego prowadzonego postępowania nie umorzono,
4. naruszenie art. 17 ust. 1a pkt 1 uondfp poprzez brak uznania, iż zaniechanie określone w art. 17 ust. 1 pkt 5 tej uondfp nie zostało przez Obwinioną skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych,
5. naruszenie postanowień art. 76 ust. 3 uondfp poprzez rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości na niekorzyść Obwinionej.

Stawiając powyższe zarzuty Obwiniona wniosła o uchylenie powyższego orzeczenia i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty i uniewinnienie Obwinionej, ewentualnie uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu, względnie o uchylenie orzeczenia i umorzenie postępowania.

W ramach uzasadnienia zostało wskazane, co następuje.

Zastępca Rzecznika dyscypliny finansów publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu (dalej: „Rzecznik”) wniósł do

też RKO wniosek o ukaranie Obwinionej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie Obwinionej wniosek ten nie spełniał wymogów formalnych określonych w art. 110 uodfp.

W ramach wniesionego odwołania zostało wskazane, że zgodnie z art. art. 110 ust. 1 pkt 6 uodfp wniosek o ukaranie zawierać powinien obligatoryjnie wskazanie dowodów. Przedmiotowy wniosek takiego wskazania nie zawierał. Rzecznik ograniczył się jedynie do poinformowania, iż załączniki do wniosku zawierają materiał dowodowy. Zdaniem Obwinionej ogranicza to w sposób istotny jej prawo do obrony, gdyż z wniosku powinno jasno wynikać, na jakich dowodach się Rzecznik opiera. Obwiniona nie powinna być zmuszana do dokonywania przypuszczeń co do tego, jakie są wnioski dowodowe Rzecznika. Należy mieć także na uwadze treść art. 89 ust. 2 uodfp, zgodnie z którą we wniosku dowodowym należy podać oznaczenie dowodu oraz określić okoliczności, które mają być udowodnione, a także można określić sposób przeprowadzenia dowodu. Takich elementów nie zawiera wniosek o ukaranie. RKO prowadziła więc postępowanie mimo braku należycie sformułowanych ze strony Rzecznika wniosków dowodowych.

Wniosek zawierający wyżej wskazane braki, które są brakami istotnymi, wywierającymi istotny wpływ na przebieg postępowania i wynik sprawy, nie powinien być rozpoznawany przez RKO. W ocenie Obwinionej Przewodniczący RKO, po dokonaniu wstępnej kontroli wniosku, powinien zarządzić zwrot wniosku do uzupełnienia, będąc do tego zobligowany przez art. 112 ust. 2 uodfp. Wydając orzeczenie RKO nie zwróciła w ogóle uwagi na powyższe fakty. Postępowanie przed komisją orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Strony sporu (a zwłaszcza rzecznik) powinny dołożyć należytej staranności w prezentacji swojego stanowiska. Nie powinny one być w tym zakresie wyręczane przez RKO. W tym zakresie w treści odwołania przytoczono jedno z orzeczeń Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej: „GKO”): „Należy podkreślić, że komisje orzekające nie zostały powołane do poprawiania wniosków o ukaranie, nie mogą też w żadnym zakresie ich modyfikować. Orzeczenie zaś musi swoim zakresem przedmiotowym obejmować wszystkie zarzucane obwinionemu we wniosku o ukaranie czyny. Skoro rzecznik formułuje zarzuty w wadliwy sposób, to negatywne konsekwencje tego stanu rzeczy obciążają tylko rzecznika” (orzeczenie GKO z 12 października 2006 r. BDF/GKO-4900-68/85-86/06/2058, niepubl.).

Ponadto w odwołaniu wskazano, iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwala na przyjęcie, że ziszczyły się obligatoryjne przesłanki uzasadniające odpowiedzialność Obwinionej na podstawie wskazanego w sentencji orzeczenia – art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp. Zgodnie z treścią tego przepisu naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest 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. Do czynu tego nie doszło, gdyż Obwiniona nie zaniechała przekazania do publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Ogłoszenie takie zostało przekazane 13 lipca 2015 r. Stawiany zaś Obwinionej zarzut dotyczy zbyt późnego (nieterminowego) przekazania ogłoszenia. Czyn ten jednak nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z uwagi na represyjny charakter przepisów dotyczących odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych organy je stosujące nie są uprawnione do rozszerzającej interpretacji ich treści. Należy je w tym przypadku interpretować literalnie. Jeśli ustawodawca chciałby penalizować nieterminowe przekazanie do publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, to by wyraźnie to stwierdził, podobnie jak czyni to przykładowo w przypadku naruszeń określonych w art. 6 , art. 8 pkt 2, art. 9 pkt 2 i pkt 3, art. 14 , art. 18 pkt 2 uondfp.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia odwołania, RKO błędnie orzekła także, iż Obwiniona naruszyła przepis art. 95 ust. 1 upzp poprzez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego w terminie 30 dni od dnia zawarcia przez Gminę (...) z (...) umowy z dnia 4 maja 2015 r.. W dniu, w którym miało nastąpić naruszenie, przepis art. 95 ust. 1 upzp miał inne niż obecne brzmienie. Zgodnie z nim Obwiniona zobowiązana była do niezwłocznego przekazania do publikacji wspomnianego ogłoszenia. Termin 30-dniowy, którego przekroczenie zarzuca RKO, pojawił się dopiero w ustawie na skutek nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. Zgodnie z treścią art. 95 ust. 1 upzp z dnia rzekomego popełnienia czynu Obwiniona zobowiązana była do niezwłocznego przekazania do publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego. Orzeczenie w swej treści jest więc ewidentnie błędne.

Zdaniem Obwinionej RKO błędnie uznała także, iż stopień szkodliwości czynu jest większy niż znikomy. Stanowisko RKO jest również w tym przypadku nieprawidłowe i to z wielu

powodów. W uzasadnieniu orzeczenia RKO stwierdziła, że stopień szkodliwości czynu jest większy niż znikomy z uwagi na naruszenie zasady zamówień publicznych dotyczącej jawności prowadzonego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. RKO nie zauważyła, iż zarzucone naruszenie nie dotyczy etapu, w którym toczy się postępowanie, ale odnosi się do stanu już po zakończeniu postępowania, czyli już po wyborze oferty, a nawet po zawarciu umowy. Nie można więc zarzucać Obwinionej, że naruszyła zasadę dotyczącą jawności prowadzonego postępowania.

Jak wskazano w dalszej części odwołania, RKO nie zauważyła też, że postępowanie o udzielenie zamówienia było postępowaniem przetargowym poprzedzonym i zakończonym stosownymi ogłoszeniami. Postępowanie było prowadzone jawnie i jest to fakt niezaprzeczalny. Fakt opóźnionego przekazania ogłoszenia do publikacji nie miał żadnego negatywnego skutku prawnego, a jego brak nie ma takiego znaczenia, jak w przypadku postępowań nie prowadzonych w trybie przetargowym, np. postępowań prowadzonych w trybie z wolnej ręki.

W ocenie Obwinionej w swym rozumowaniu RKO jest niekonsekwentna. Zgodnie z art. 28 ust. 3 uoandfp 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 art. 17a, sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu orzeczenia RKO stwierdziła, iż miała na względzie rodzaj i okoliczności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i to, że informacja o fakcie udzielenia zamówienia nie wpłynęła na krąg podmiotów ubiegających się o jego udzielenie. RKO przyznała tym samym, iż nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców, ale jednak żadnych wniosków co do nikłej szkodliwości czynu (mimo treści przytoczonego art. 28 ust. 3 uoandfp) nie wyciągnęła, co powinno pociągnąć za sobą umorzenie postępowania na zasadzie art. 78 ust. 1 pkt 7 uoandfp.

RKO jest także niekonsekwentna w kwestii usunięcia przez Obwinioną skutków rzekomego zaniechania przekazania ogłoszenia. Stwierdza, że obwiniona przyczyniła się do usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ale w ogóle nie odnosi się do podniesionego przez pełnomocnika Obwinionej faktu skorygowania przez Obwinioną



zaniechania, co powinno doprowadzić do uniewinnienia Obwinionej w myśl art. 17 ust. 1a pkt 1 uondfp. Obwiniona sama dostrzegła potrzebę korekty nieprawidłowości i korekty tej dobrowolnie dokonała.

Uzasadnienie orzeczenia jest także niespójne z treścią orzeczenia. RKO, rozstrzygając o winie Obwinionej, stwierdza, iż wyniki prowadzonego postępowania potwierdziły, iż Obwinionej słusznie można przypisać winę w czasie popełnienia zarzucanego jej deliktu. W sprawie nie ujawniono okoliczności uzasadniających ocenę, że zachowanie sprawcy pozbawione było zawinienia, z uwagi na brak monitorowania realizacji nałożonych przez ustawę Prawo zamówień publicznych obowiązków. Oznacza to, w ocenie Odwołującej, iż w opinii RKO wina Obwinionej polegała na braku monitorowania realizacji nałożonych przez ustawodawcę obowiązków. Przedmiotem zarzutu nie było jednak zaniechanie obowiązków nadzorczych przez Obwinioną (co powinno wiązać się ze zmianą kwalifikacji prawnej czynu), lecz brak przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia do Biuletynu Zamówień Publicznych.

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

Główna Komisja Orzekająca, po analizie materiału dowodowego uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Główna Komisja Orzekająca stwierdziła także, że stan sprawy faktyczny i prawny (tj. zastosowanie i brzmienie poszczególnych przepisów), opisany powyżej, został ustalony przez RKO prawidłowo, nie jest sporny, żadne wskazywane okoliczności ani przywoływane dowody nie były kwestionowane w trakcie postępowania. Mając na uwadze powyższe GKO wskazuje, że odmiennej ocenie podlega jedynie interpretacja i wykładnia zastosowanych przez RKO przepisów prawa.

Zgodnie z treścią art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, 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 (przy czym przez „udzielenie zamówienia” rozumie się zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego).

W rozpoznawanym wypadku zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu 68 dni po zawarciu umowy, mimo istnienia obowiązku jego zamieszczenia w terminie 30 dni od jego zawarcia, stanowiło niewątpliwie przekroczenie ustawowego terminu.

Mając jednak na uwadze literalną treść przepisu penalizującego zaniechanie związane z okolicznością nieprawidłowego zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu należy wskazać, że art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp odnosi do niezamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, a nie jego nieterminowego zamieszczenia – pomimo że ustawodawca mógł sformułować dyspozycję przepisu jako, przykładowo, „niezamieszczenie lub nieterminowe zamieszczenie” albo „niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych zamieszczenie ogłoszenia” – co obejmowałoby swoim zakresem także jego nieterminowe zamieszczenie. Jako przepis o charakterze karnym, sankcyjnym art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp nie może być więc interpretowany rozszerzająco.

W rozpoznawanym wypadku, dokonując oceny stwierdzonego naruszenia, należy również mieć na uwadze okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, a więc w trybie konkurencyjnym. Jak wskazała RKO, naruszenie to nie miało żadnego wpływu na krąg potencjalnych wykonawców. Mając zatem na uwadze ocenę zarzucanego Obwinionej czynu w kontekście art. 17 uondfp nie sposób w tym wypadku mówić o naruszeniu zasad zamówień publicznych.

GKO w niniejszym składzie podzieliła w całej rozciągłości argumentację i uzasadnienie prawne zawarte w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej wyrażone w ramach orzeczenia z 27 listopada 2017 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt BDF1.4800.90.2017, w ramach którego zostało wskazane: *Przy czym Główna Komisja Orzekająca podkreśla w tym miejscu, że powyższe stwierdzenie odnosi się do ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (zawarciu umowy) i to w trybie przetargowym oraz w zaistniałych okolicznościach sprawy. W przypadku innych rodzajów ogłoszeń wymienionych w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp nieterminowe zamieszczenie ogłoszenia może być jednocześnie równoznaczne niezamieszczeniu ogłoszenia w ogóle albo takie zamieszczenie może być bezskuteczne, gdyż mogą wystąpić już okoliczności lub zdarzenia niweczące cel i istotę ogłoszenia, np. zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w terminie nie pozwalającym zainteresowanym wykonawcom na wzięcie udziału w postępowaniu lub wręcz*

*po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert (nie będzie to już ogłoszenie o zamówieniu będące w swojej istocie zaproszeniem do składania ofert lub wniosków, do dialogu itd., por. np. 39, 47, 54, 60a ustawy Prawo zamówień publicznych).*

Analizując przepisy odnoszące się do faktu zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia wskazać należy również, że jego znaczenie jest szczególnie istotne w przypadku trybów niekonkurencyjnych, w szczególności tych trybów, w ramach których ogłoszenie to jest pierwszym i jedynym komunikatem wskazującym na fakt prowadzenia i zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w trybie postępowania z wolnej ręki, zapytania o cenę, czy też negocjacji bez ogłoszenia). Wówczas ogłoszenie to powoduje rozpoczęcie biegu terminu na zaskarżenie czynności prowadzenia i zakończenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym w drodze środków ochrony prawnej (art. 182 ust. 4 pkt 1-3 upzp). Co niezwykle istotne w kontekście okoliczności zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia i odpowiedzialności w trybie art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp zaskarżenie wszczęcia, prowadzenia i zakończenia postępowania prowadzonego w trybie niekonkurencyjnym jest niezależne od jego wartości (*vide* art. 180 ust. 1 pkt 1 upzp).

Za zaistnienie faktu niezamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp można też uznać stwierdzenie braku jego publikacji w trakcie kontroli zewnętrznej, która stwierdzi ten brak (ogłoszenie to bowiem nie istnieje) oraz szczególnie długi okres zwłoki w jego zamieszczeniu. W rozpoznawanym wypadku doszło bowiem do samoistnego dostrzeżenia powyższego zaniechania i jego samoistnej korekty przed wszczęciem kontroli.

Jak wynika z art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp postępowania nie wszczyna się, a wszczęte umarza, jeżeli w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, z tym, że jeżeli okoliczność, o której mowa w tym przepisie, stwierdzono po przeprowadzeniu postępowania dowodowego przed organem orzekającym, wydaje się orzeczenie o uniewinnieniu, a nie o umorzeniu postępowania.

Stosownie do treści art. 78 ust. 2 uondfp, okoliczności wymienione w ust. 1 tego przepisu uwzględnia się z urzędu w każdej fazie postępowania i wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania. Stosownie natomiast do treści art. 80 ust. 1 uondfp organy prowadzące

**Sygn. akt BDF1.4800.8.2018**

postępowanie są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść obwinionego.

W związku z powyższym, jakkolwiek Główna Komisja Orzekająca uznała, że stwierdzone naruszenie art. 95 ust. 1 upzp rzeczywiście nastąpiło, to w okolicznościach przedmiotowej sprawy naruszenie to nie wyczerpuje dyspozycji art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp. W związku z tym, zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uondfp orzekła jak w sentencji niniejszego orzeczenia.