



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 12 października 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Tomasz Słaboszowski (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jacek Najfeld</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Teresa Warszawska</i>
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 12 października 2015 r., odwołania wniesionego przez Obwinioną (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Sekretarza Gminy (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 16 czerwca 2015 r., sygn. akt: RKO.WR.711.12.2015, którym Komisja uznała Obwinioną (...) odpowiedzialną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na niezgodnym z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) ustaleniu w miesiącu grudniu 2012 r. wartości zamówienia publicznego pn. „Działania prawne w zakresie rozliczeń podatku od towarów i usług przez Zamawiającego i jego jednostki organizacyjne będące odrębnymi płatnikami podatku VAT tj. odzyskaniu podatku VAT” w kwocie netto 56.200 zł, co stanowiło równowartość 13.981,49 euro, w wyniku czego zastosowano przepisy dotyczące zamówienia publicznego o niższej wartości.

Komisja I instancji wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

- I. 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 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) zwanej dalej ustawą uchyła zaskarżone orzeczenie w całości;**
- II. na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinioną w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy;**
- III. na podstawie 167 ust. 2 ustawy koszty 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

Orzeczeniem z dnia 16 czerwca 2015 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu, uznała (...) – w chwili popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych pełniącą funkcję Sekretarza Gminy (...) - winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, polegającego na niezgodnym z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustaleniu w grudniu 2012 r. wartości zamówienia publicznego pn. „Działania prawne w zakresie rozliczeń podatku od towarów i usług przez Zamawiającego i jego jednostki organizacyjne będące odrębnymi płatnikami podatku VAT” w kwocie netto 56.200 zł co stanowiło równowartość 13.981,49 euro, w wyniku czego zastosowano przepisy dotyczące zamówienia publicznego o niższej wartości. W konsekwencji wymierzono Obwinionej karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania w wysokości 291,17 zł.

Pismem z dnia 28 lipca 2015 r. zostało wniesione odwołanie na korzyść Obwinionej z żądaniem uchylenia w całości Orzeczenia i uniewinnienia od zarzucanego czynu.

W uzasadnieniu Obwiniona potwierdziła, że Gmina (...) przeprowadziła w 2013 r. postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego pod nazwą „Działania prawne w zakresie rozliczeń podatku od towarów i usług przez Zamawiającego i jego jednostki organizacyjne będące odrębnymi płatnikami podatku VAT tj. odzyskaniu podatku VAT”. Następnie podniesiono, że usługi będące przedmiotem ww. zamówienia polegały na zastępstwie procesowym i doradztwie w zakresie zastępstwa procesowego w postępowaniach o zwrot podatku VAT. Przedmiotem zlecenia udzielonego przez Gminę (...) było prowadzenie w

imieniu i na rzecz Gminy kompleksowego procesu odzyskania podatku VAT w określonych przypadkach oraz reprezentowanie Gminy w kontrolach i postępowaniach podatkowych dotyczących takich zwrotów. Wskazano, że zastępstwo procesowe stanowiło integralny element omawianych usług.

Na mocy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym usługi zastępstwa procesowego zostały zaliczone do usług niepriorytetowych, co umożliwia krajom członkowskim w myśl prawa unijnego na większą swobodę w kształtowaniu swoich uregulowań. Zgodnie z art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Innymi słowy ten krąg usług prawniczych może być przedmiotem zamówienia z wolnej ręki bez konieczności uzasadniania tego trybu, bowiem regulacja odwołuje się do następujących określeń, których interpretacja wyznacza właściwy krąg usług prawniczych.

Nie ma też w obowiązującym systemie prawa definicji pojęcia „zastępstwo prawne”. Można wywieść przede wszystkim z treści ustaw korporacyjnych, że będzie to występowanie w imieniu i na rzecz mocodawcy przed sądami i organami, w tym organami administracyjnymi, uregulowane przepisami prawa procesowego czy też przepisami postępowania. Ponadto art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje podmioty, przed którymi wykonywane jest zastępstwo procesowe tj. sądy, trybunały i „inne organy orzekające”, a powołanie się przez ustawodawcę na te ostatnie należy uznać za celowe działanie ustawodawcy.

Usługi polegające na zastępstwie procesowym i usługi doradcze w ramach tego zastępstwa wiążą się ze szczególną więzią pomiędzy zamawiającym i zastępującym go pełnomocnikiem. Relacje te opierają się na zaufaniu, a ten ostatni element jako podstawowe kryterium świadczonych usług byłby niemożliwy do uwzględnienia w przypadku konieczności stosowania przez zamawiającego konkurencyjnego trybu przetargowego.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu pominęła tę argumentację, przywołała art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wyjaśniała możliwość stosowania trybu z wolnej ręki.

Komisja Orzekająca I instancji podniosła, że zgodnie z postanowieniami umowy reprezentowanie zamawiającego przed organami podatkowymi oraz sądami administracyjnymi w postępowaniach związanych z realizacją przedmiotu umowy było tylko jednym z siedmiu elementów zawartej umowy.

Obwiniona ustosunkowując się do powyższej argumentacji podkreśla, że przedmiotem zlecenia dokonanego przez Gminę (...) było prowadzenie w imieniu i na rzecz Gminy kompleksowego procesu odzyskania podatku VAT. Dodatkowo nie bez znaczenia pozostaje fakt, że wraz ze zleceniem Gmina (...) udzieliła wykonawcy pełnomocnictwa procesowego do działania w imieniu Gminy przed sądami oraz organami podatkowymi. Tymczasem Komisja Orzekająca I instancji nie odniosła się w żaden sposób do istoty postępowania mającego na celu odzyskanie podatku VAT. Wszczęcie postępowania przed sądami oraz organami podatkowymi nie następuje z „urzędu”, ale musi być poprzedzone wnioskiem podatnika, będącym następstwem szeregu czynności, które można określić czynnościami analityczno- optymalizacyjnymi.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu całkowicie pominęła stanowisko Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu zawarte w uchwale nr 86/2014 z dnia 8 października 2014 r. w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Wójta Gminy (...) do wniosku zawartego w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 27 sierpnia 2014r. W tej sprawie przedmiot zamówienia obejmował usługę prawną polegającą wyłącznie na wystąpieniu przez Wykonawcę o interpretację do Ministra Finansów w zakresie prawa podatkowego oraz sporządzeniu przez Wykonawcę korekt deklaracji VAT. Gmina (...) nie otrzymała z urzędu skarbowego zawiadomienia o wszczęciu postępowania podatkowego, zatem obsługa prawna nie polegała na zastępstwie procesowym, tylko na doradztwie i bieżącej obsłudze prawnej, która nie podlegała zamówieniu z wolnej ręki. Tymczasem biorąc pod uwagę przedstawione przez Wójta Gminy w zastrzeżeniach argumenty, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu przyjęło, że będąca przedmiotem kwestionowanego zamówienia usługa prawnicza miała charakter zastępstwa procesowego przed innymi organami orzekającymi oraz obejmowała doradztwo w zakresie zastępstwa procesowego. Tym samym w przedmiotowej sprawie spełnione zostały przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, określone w art. 5 ust. 1b ustawy prawo zamówień publicznych i tym samym uwzględniono zastrzeżenia Wójta Gminy (...). To ostatnie stanowisko było zgodne ze stanowiskiem prezentowanym również przez organy kontroli skarbowej w odniesieniu do kontroli prowadzonej w stosunku do Gminy (...) w zakresie prawidłowości gospodarowania środkami publicznymi.

W związku z powyższym - zdaniem Obwinionej - za błędne należy uznać Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu, która uznała (...) winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Na dzień 12 października 2015 r. została wyznaczona rozprawa, na którą nie stawiała się (...) prawidłowo powiadomiona o terminie rozprawy. Na rozprawę stawiał się natomiast Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Robert Wydra, który po przeprowadzeniu postępowania dowodowego wniósł o utrzymanie orzeczenia I instancji w mocy.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej zwany: „składem orzekającym GKO”, zważył co następuje.

Orzeczenie I instancji nie może się ostać.

W zarzuconym i przypisanym czynie ustalono bowiem brak wykazania istnienia znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy. Skład orzekający GKO nie dostrzega bowiem wykazania niewątpliwie istniejącego związku przyczynowo-skutkowego (wpływu) pomiędzy wadliwym ustaleniem wartości zamówienia publicznego, a obowiązkiem stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo zastosowaniem przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości w tej konkretnej sprawie, z uwagi na to, że nie sprecyzowano na czym polegało naruszenie stosownych obowiązków. Komisja I instancji w przypisanym czynie ogranicza się wyłącznie do lakonicznego stwierdzenia, że zastosowano przepisy dotyczące zamówienia publicznego o niższej wartości, nie wskazując równocześnie: czy skutek ten polegał na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, czy też na naruszeniu przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki, czy też na innej nieprawidłowości. Skoro Obwiniona powołuje się na treść art. 5

ust. 1b jako przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki, a Komisja I instancji podejmuje w tym zakresie w uzasadnieniu polemikę merytoryczną, odwołując się do obowiązku stosowania podstawowych trybów (to jest przetargu nieograniczonego i ograniczonego), to w przypisanym czynie należało wykazać konkretny wpływ wadliwego ustalenia wartości zamówienia publicznego na stosowanie przez Zamawiającego określonych obowiązków wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z jakich przepisów to wynika.

Skład orzekający GKO zwraca ponadto uwagę, że szacowanie wartości zamówienia publicznego z grudnia 2012 r. odnosiło się wyłącznie do inwestycji pn "Budowa ogólnodostępnej hali sportowej ze świetlicą w (...)" za lata 2009-2012, tymczasem końcowa wartość zamówienia wynika również z aneksu do umowy z dnia 18 lutego 2013 r., którym rozszerzono zakres zamówienia publicznego. W tym zakresie więc decyzje podejmowano później.

Okoliczności powyższe wskazują, że samo wadliwe ustalenie wartości zamówienia publicznego pozostawało zatem bez zasadniczego wpływu na sposób udzielania zamówienia publicznego lub zamówień publicznych w roku 2013, a w konsekwencji na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, gdyż istotą nieprawidłowości w niniejszej sprawie jest to, że albo udzielono zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych albo udzielono zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących trybu z wolnej ręki, jeżeli taki tryb zastosowano, a art. 5 ust. 1 b ustawy Prawo zamówień publicznych nie tworzył podstawy do jego zastosowania. Sprawcą czynu co do zasady będzie, zatem osoba podpisująca umowy i aneksu do umów.

W związku z powyższym w zależności od ustalonych okoliczności faktycznych należałoby dalej ewentualnie badać sprawę w kierunku popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych wypełniającego znamiona art. 17 ust. 1b pkt 1 lub pkt 2 ustawy, w tym z możliwością popełnienia dwóch odrębnych czynów poprzez podpisanie umowy i aneksu do niej. Nie może takiego działania podjąć się jednak Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, jak również Komisja Orzekająca I instancji, gdyż wiązałoby się to nie tylko ze zmianą kwalifikacji prawnej naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Konieczne byłoby także przekroczenie granic wniosku o ukaranie i ocena, czy w sprawie wystąpił ewentualnie inny czyn, popełniony w innym terminie. Dlatego dalsze procedowanie naruszałoby art. 131 ust. 1 ustawy.

Z uwagi na ustalenie braku znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zarzucanym czynie skład orzekający GKO odstępuje od analizy pozostałych zarzutów odwołania; w zaistniałej sytuacji stały się one bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.