



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

Warszawa, dnia 19 listopada 2015 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Tomasz Słaboszowski</i></b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Teresa Warszawska</i></b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Paweł Kryczko (spr.)</i></b>
Protokolant:		<b><i>Dorota Machnicka</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 19 listopada 2015 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionych:

(1) - pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu Sp. z o. o.,

(2) - pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję członka Zarządu Sp. z o. o., od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt: BDF3/MKO/4901/13/2014, którym

Międzyresortowa Komisja Orzekająca uznała Obwinionego (1) oraz Obwinionego (2) winnymi naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 (a według stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z art. 4 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, polegającego na udzieleniu w dniu 26 stycznia 2012 r. firmie Sp. z o.o. zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki o wartości szacunkowej 2 439 024, 39 zł na opracowanie scenariusza i organizację imprezy Otwarcia Stadionu, podczas gdy nie zachodziły przesłanki dotyczące możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę wynikające z ochrony praw wyłącznych oraz działalności twórczej lub artystycznej; powyższe stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.),

oraz odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionym i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości po 291,71zł,

**1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) zwanej dalej ustawą uchyla orzeczenie w zaskarżonej części i uniewinnia Pana (1) oraz Pana (2) od zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy,**

**2) na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, 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**

Rozpatrując sprawę GKO ustaliła, co następuje.

Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Finansów w wyniku rozpoznania na rozprawie w dniu 5 listopada 2014 r. i 25 marca 2015 r., zarzutów zawartych w złożonym wniosku o ukaranie z dnia 28 lutego 2014 r. i 21 czerwca 2014 r. wydała orzeczenie, którym:

I. na podstawie art. 78 ust. 3 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) zwanej dalej ustawą, uniewinniła Pana (1), od popełnienia zarzucanego im czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c (art. 17 ust. 1 pkt 4 w brzmieniu obowiązującym w dacie przeprowadzenia postępowania) ustawy, tj. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, z innym niż wymienione w pkt 1-3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a polegającym na naruszeniu art. 26 ust. 3 oraz art. 51 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez skorzystanie z dokumentów uzupełnionych przez wykonawcę w sposób wykraczający ponad konieczność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie Zintegrowanego Systemu Zarządzania Stadionem oraz Systemu kontroli dostępu wraz z montażem kołowrotów,

II. na podstawie art. 78 ust. 3 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy uniewinniła Pana (1), Pana (2), od popełnienia zarzucanego im czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 (w czasie popełnienia naruszenia - art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy) oraz art. 17 ust. 1 pkt 6 (w czasie popełnienia naruszenia - art. 17 ust. 1

pkt 2 lit. c ustawy), tj. udzielnie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę oraz obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszenie polegało na udzieleniu ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 2 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu,

III. na podstawie art. 78 ust. 3 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy uniewinniła Pana (2), od popełnienia zarzucanego im czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 (a według stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy), polegającego na udzieleniu w dniu 28 grudnia 2011 r. przedsiębiorstwom: S.A. zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na wykonanie dodatkowych robót budowlano instalacyjnych związanych z realizacją Stadionu, podczas gdy nie zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego. Powyższe stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

IV. uznała Pana (1), Pana (2) za odpowiedzialnych - na zasadach określonych w art. 19 ust. 1 i 2 zd. 1 ustawy - winnymi naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 (a według stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy w związku z art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy, polegającego na udzieleniu w dniu 26 stycznia 2012 r. firmie Sp. z o.o. zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki o wartości szacunkowej 2.439.024,39 zł na opracowanie scenariusza i organizację imprezy Otwarcia Stadionu, podczas gdy nie zachodziły przesłanki dotyczące możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę wynikające z ochrony praw wyłącznych oraz działalności twórczej lub artystycznej. Powyższe stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

V. na podstawie art. 33, art. 36 ust. 1 ustawy odstąpiła od wymierzenia Obwinionym kary,

VI. na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy, obciążyła Pana (1) oraz Pana (2) obowiązkiem uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości po 291,71 zł.

Powyższe orzeczenie zostało zaskarżone w części, tj. w zakresie przypisania Obwinionym naruszenia dyscypliny finansów publicznych i obciążenia ich kosztami postępowania (pkt IV i VI orzeczenia). Wydaje się jednak, że intencją obrońcy Obwinionych było zaskarżenie także pkt V orzeczenia. Skoro bowiem Obwinieni domagają się uniewinnienia Obwinionych to tym samym kwestionują orzeczenie w części dotyczącym odstąpienia od wymierzenia kary. Mając na uwadze powyższe zasadnym było rozpoznanie sprawy wyłącznie w zakresie pkt IV, V i VI zaskarżonego orzeczenia. Tylko w takim bowiem zakresie GKO ma możliwość orzekania.

Rzecznik we wniosku o ukaranie wniósł o uznanie Obwinionych winnymi popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 (a według stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy w związku z art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy, polegającego na udzieleniu w dniu 26 stycznia 2012 r. firmie Sp. z o. o. zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki o wartości szacunkowej 2.439.024,39 zł na opracowanie scenariusza i organizację imprezy Otwarcia Stadionu,

podczas gdy nie zachodziły przesłanki dotyczące możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę wynikające z ochrony praw wyłącznych oraz działalności twórczej lub artystycznej. Rzecznik ustalił, że Sp. z o.o., działając w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa, prowadziło w latach 2010-2012 działania mające na celu oddanie do użytku Stadionu, w ramach realizacji zadań związanych z przygotowaniem i wykonaniem przedsięwzięcia Euro 2012.

Organy prowadzące postępowanie ustaliły, że w dniu 6 października 2010 r. Sp. z o.o. ogłosiła w trybie przepisów Prawa zamówień publicznych konkurs na opracowanie koncepcji artystycznej uroczystego otwarcia Stadionu. Zgodnie z Regulaminem konkursu, uczestnik, którego praca zostanie nagrodzona, przenosi autorskie prawa majątkowe do koncepcji na rzecz Sp. z o.o. jako organizatora konkursu w zamian za nagrodę pieniężną. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie należało dołączyć dwa egzemplarze podpisanej umowy o przeniesienie praw autorskich, stanowiącej załącznik do Regulaminu. W Regulaminie określono także, iż otwarcie Stadionu będzie wydarzeniem jednodniowym, trwającym od 2 do 2,5 godz., pomiędzy 29 sierpnia a 3 września 2011 r. a do obowiązków autora w ramach wyprodukowania uroczystego otwarcia będzie należało, w szczególności zawarcie i wyegzekwowanie wszystkich umów z wykonawcami usług, których realizacja jest niezbędna do przeprowadzenia uroczystości na podstawie koncepcji i zgodnie z obowiązującymi przepisami, a także uzyskanie wszelkich wymaganych prawem zgód i uzgodnień. Ponadto, w Regulaminie konkursu zapisano, iż autorowi koncepcji artystycznej wyłonionej w wyniku konkursu, zostanie zlecone w ramach zamówienia z wolnej ręki jej wyprodukowanie, a zasady realizacji zadania zostaną ostatecznie ustalone w trakcie negocjacji warunków umowy. Do konkursu przystąpiło 20 podmiotów, w tym 6 z zagranicy. W wyniku rozstrzygnięcia konkursu, którego wyniki ogłoszono w dniu 22 grudnia 2010 r. Panowie (1) i (2), po przeprowadzeniu negocjacji zawarli w dniu 19 kwietnia 2011 r. umowę z firmą Sp. z o.o. w sprawie organizacja imprezy masowej artystyczno- rozrywkowej - uroczystego otwarcia Stadionu. Umowa z dnia 19 kwietnia 2011 r. nie weszła w życie i nie doszło do jej realizacji. Nie została też zawarta umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych między firmą Sp. z o.o. a (...) według wzoru stanowiącego załącznik do Regulaminu konkursu. W dniu 25 listopada 2011 r. wszczęto postępowanie w trybie z wolnej ręki w sprawie zamówienia publicznego na opracowanie scenariusza i organizację imprezy Otwarcia Stadionu, zapraszając do negocjacji firmę Sp. z o.o. Jako uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazano posiadanie wyłącznych praw autorskich przez wykonawcę, który przedstawił koncepcję wydarzenia artystycznego będącego przedmiotem zamówienia. O wszczęciu postępowania Sp. z o.o. zawiadomiła Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 28 listopada 2011 r. Po przeprowadzonych negocjacjach, w dniu 26 stycznia 2012 r. Panowie, reprezentujący Sp. z o.o., zawarli z firmą Sp. z o.o. umowę na organizację imprezy masowej artystyczno- rozrywkowej – uroczystego Otwarcia Stadionu w dniu 29 stycznia 2012 r.

Komisja Orzekająca I instancji uznała, iż Panowie winni są zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie opisanego powyżej czynu. Powoływanie się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c jako postawę do zastosowania trybu z wolnej ręki przy zamówieniu będącym przedmiotem wniosku, nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego. Co do pierwszej z przesłanek, należy wskazać, że okoliczność, iż Sp. z o.o. zamierzał nabyć usługę, która jest objęta ochroną wynikającą z praw wyłącznych nie jest wystarczające. Konieczne jest również wykazanie, że na rynku nie ma dostępnego ekwiwalentu takiej usługi. Do konkursu przeprowadzonego przez Sp. z o.o. w roku 2010

zgłosiło się 20 potencjalnych wykonawców i trudno uznać, że firma, której udzielono zamówienia w dniu 26 stycznia 2012 r. była jedynym możliwym wykonawcą koncepcji i realizacji uroczystości otwarcia Stadionu, mimo iż była zwycięzcą ww. konkursu. Również co do drugiej z przywołanych przez Sp. z o.o. przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki przy udzieleniu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, wskazano, że zamówienie zawierało także usługi o charakterze technicznym i organizacyjnym, których nie można zaliczyć do działalności twórczej (m.in. dostawa identyfikatorów, zapewnienie biura produkcji z pełnym wyposażeniem, zapewnienie wyżywienia osób biorących udział w organizacji otwarcia, zapewnienie dźwigów i podnośników do montażu i demontażu sprzętu oświetleniowego, nagłośnieniowego, multimedialnego i scenograficznego, uzyskanie wszelkich przewidzianych prawem pozwoleń i zgód w związku z organizacją imprezy masowej, wygrodzenia w razie potrzeby - terenu otwarcia, w tym sceny, zaplecza sceny, wież oświetleniowych nagłośnieniowych, agregatów oraz oznaczenie terenu imprezy masowej, zapewnienie wyposażenia garderób artystów, zapewnienie łączności w trakcie otwarcia, zapewnienie materiałów scenicznych i biurowych, ubezpieczenie otwarcia, osób pracujących przy otwarciu i artystów, które zgodnie z kosztorysem, będącym załącznikiem do umowy z dnia 26 stycznia 2012 r., stanowiły znaczącą część zamówienia. Na rynku funkcjonuje wiele firm, które świadczą usługi w zakresie przygotowania i obsługi imprez artystycznych i nie można uznać argumentu, iż tylko Sp. z o. o. mogła te prace wykonać będąc właścicielem praw autorskich i koncepcji na scenariusz uroczystości Otwarcia Stadionu. Także argument dotyczący ograniczenia możliwości zastosowania trybów konkurencyjnych ze względu na niedające się przewidzieć opóźnienia w realizacji inwestycji - budowy Stadionu, nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się w sposób nieuprawniony na prawa wyłączne oraz działalność twórczą i artystyczną. W konsekwencji uznano, iż Panowie naruszyli dyscyplinę finansów publicznych udzielając w dniu 26 stycznia 2012 r. zamówienia firmie Sp. z o. o. z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. b i c ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Komisji, względem Obwinionych zaistniała przesłanka odpowiedzialności podmiotowej określona w art. 4 ust. 1 pkt. 4 ustawy. Zgodnie z tym przepisem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Obwinieni, jako osoby umocowane do reprezentowania podlegają odpowiedzialności w zakresie ustawy.

Komisja podkreśliła, że Sp. z o.o. mając świadomość długotrwałości procedur udzielania zamówienia publicznego oraz konieczność realizacji tych usług, pozostawało w bezczynności przez okres ponad pół roku. W ocenie Komisji, w tym okresie można było przeprowadzić postępowanie o zamówienie publicznego w trybach, które pozwoliłyby na zachowanie minimum konkurencji, np. negocjacje bez ogłoszenia.

Mając na uwadze, że zmiana stanu prawnego wchodząca w życie w dniu 12 lutego 2012 r. nie wprowadziła zmian normatywnych do treści przepisów w zakresie będącym przedmiotem postępowania Komisja orzekła według stanu prawnego obowiązującego w dniu orzekania.

W zakresie wymierzenia Obwinionym kary za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja stwierdziła, że jakkolwiek wina Panów jest bezsporna, należy wziąć jednak pod uwagę, że Obwinieni działali pod dużą presją czasu i otoczenia. Ewidentnie jakiegokolwiek istotne i widoczne niedociągnięcia w zakresie przygotowania uroczystości otwarcia

Mistrzostw mogłyby się odbić negatywnie na wizerunku Rzeczypospolitej Polskiej. Komisja postrzega natomiast ten wizerunek jako wartość, swego rodzaju dobro ogólne, które powinno być sposobem szczególnie chronionym. Nie bez znaczenia dla oceny całościowego działania Obwinionych pozostaje stopień złożoności, zarówno na poziomie organizacyjnym, jak i technicznym, kompleksowej realizacji organizacji Mistrzostw. Jednocześnie Komisja wzięła pod uwagę fakt, że zgodnie z twierdzeniem Rzecznika w tym przypadku nie nastąpiło uszczuplenie finansów publicznych. Dlatego też Komisja mając na uwadze rodzaj i okoliczności naruszenia uznała, że względem Obwinionych możliwe jest zastosowanie złagodzenia kary wnioskowanej przez Rzecznika (upomnienie) i odstąpienie od jej wymierzenia. W ocenie Komisji, kara ta będzie karą adekwatną do wagi popełnionego naruszenia w odniesieniu do całości zadań realizowanych przez Obwinionych w zakresie organizacji Mistrzostw oraz odniesie odpowiednie skutki prewencyjne.

Powyższe orzeczenie zostało zaskarżone przez obu Obwinionych odwołaniem z dnia 14 maja 2015 r. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono naruszenie przepisu:

a) art. 137 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez brak wyczerpującego wskazania faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazania, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienia, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych;

b) naruszenie przepisu art. 19 ust. 1 i 2 w zw. z przepisem art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez uznanie, że czyny Obwinionych wypełniały znamiona czynów naruszających dyscyplinę finansów publicznych, podczas gdy czyny Obwinionych nie nosiły takich znamion, co w sposób jednoznaczny zostało wykazane w toku postępowania przed organem I instancji;

c) art. 28 ust. 1- 3 ustawy, poprzez uznanie, iż stopień społecznej szkodliwości zarzucanych Obwinionym czynów jest większy niż znikomy, podczas gdy z dowodów zebranych w postępowaniu wyjaśniającym w sposób jednoznaczny wynika, iż stopień szkodliwości zarzucanych Obwinionym czynów był znikomy;

d) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z przepisem art. 17 ust. 1b pkt 2 lit. a według stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu przepisu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z przepisem art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez uznanie, iż w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, a także, że czyn Obwinionych wypełniał znamiona czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych;

e) art. 4 ust. 2 ustawy poprzez uznanie, że Obwinieni mogą ponosić odpowiedzialność w oparciu o przedmiotowy przepis, podczas gdy brak jest formalnoprawnych podstaw do takiego uznania (działanie w charakterze pełnomocnika, a nie kierownika jednostki sektora finansów publicznych).

Obwinienie wniosli o uchylenie orzeczenia w części objętej pkt IV orzeczenia, tj. dotyczącej uznania winnymi i skazania Obwinionych oraz rozstrzygnięcie co do istoty sprawy poprzez uniewinnienie obu obwinionych, tj. w oparciu o przepis art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy,

względnie o uchylenie orzeczenia w części objętej pkt IV orzeczenia, tj. dotyczącej uznania winnymi i skazania Obwinionych oraz przekazanie sprawy organowi I instancji do ponownego rozpoznania, tj. w oparciu o przepis art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy. Niezależnie od powyższego wniesiono o:

- a) zmianę pkt VI orzeczenia poprzez obciążenie kosztami postępowania Skarb Państwa;
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane;
- c) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy;
- d) wyznaczenie rozprawy celem przeprowadzenia postępowania dowodowego.

W uzasadnieniu podkreślono, że w ocenie Obwinionych, orzeczenie Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów w przedmiotowej sprawie w zakresie w jakim uznaje Obwinionych za winnych zarzucanych im czynów jako zawierające wady materialnoprawne i procesowe nie może się ostać.

W pierwszej kolejności Obwinieni wskazują, iż Komisja ograniczyła się do wskazania w uzasadnieniu, że wina Obwinionych jest bezsporna. Brak jest w przedmiotowym uzasadnieniu wyczerpującego wskazania faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazania, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienia, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione. Jest tylko informacja o samym fakcie złożenia wyjaśnień przez Obwinionych przez ich pełnomocnika, bez szczegółowego odniesienia się do poszczególnych materiałów dowodowych. Powyższe niewątpliwie stanowi naruszenie przepisu art. 137 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 19 ust. 1 i 2 ustawy, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, a jednocześnie można jej przypisać winę.

Stosownie do treści przepisu art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Komisja w żaden sposób nie odniosła się do okoliczności, że Obwinieni nie zasiadali w organie podmiotu (sp. z o.o.), któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne. Spółka za każdoczesną zgodą prowadziła postępowania w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa i zawierała umowy również w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa - Ministerstwa Sportu i Turystyki. Nigdy nie nastąpiło przekazanie Spółce środków publicznych do wykorzystania lub dysponowania. Naruszenie Komisji polega zatem na błędnym ustaleniu, sprzecznym ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, że spółce sp. z o.o., w której zarządzie zasiadali obwinieni, przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, a co za tym idzie na naruszeniu przepisu art. art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy polegającym na jego błędnym zastosowaniu do stanu faktycznego nieobjętego hipotezą tej normy.

Podkreślono, że Dyrektor Generalny Spółki - Pan (1), w kontrakcie menadżerskim zawartym dnia 8 października 2008 roku, w zakresie obowiązków związanych z realizacją przedmiotowego kontraktu miał ustalony zakres, m.in.: reprezentowanie Spółki, składanie i

przyjmowanie oświadczeń woli, podpisywanie w jej imieniu na zasadach określonych we właściwych aktach, w tym bieżące terminowe zgłaszanie do sądu rejestrowego okoliczności podlegających wpisowi do rejestru oraz wszczynanie i prowadzenie spraw niezbędnych do obrony interesów Spółki (§ 4 ust. 4 pkt 3 kontraktu menadżerskiego).

Wśród obowiązków wskazanych w kontrakcie menadżerskim brak jest obowiązków związanych z koniecznością dokonywania analizy zasad udzielania zamówień publicznych - udział w podpisywaniu stosownych aktów miał charakter wyłącznie techniczny, wynikający z konieczności zachowania dwuosobowej reprezentacji Spółki. Jak to już zostało wykazane wcześniej, przeprowadzenie postępowań i przygotowanie stosownych dokumentów leżało w kompetencjach doradców (pracowników), za których działania i zaniechania co prawda członkowie Zarządu Spółki odpowiadali, jednakże nie sposób przypisać im winy w sensie dyscyplinarnym.

Również w przypadku drugiego Obwinionego (2), w kontrakcie menadżerskim zawartym dnia 8 października 2008 roku, w zakresie obowiązków związanych z realizacją przedmiotowego kontraktu nie posiadał ustalonego obowiązku dokonywania analizy zasad udzielania zamówień publicznych. Jak to już zostało wcześniej wskazane, jego zasadniczym zadaniem, stosownie do treści postanowienia § 4 ust. 4 pkt 2 kontraktu menadżerskiego było opracowywanie w porozumieniu z organami Spółki i zgodnie z regulacjami obowiązującymi w Spółce planów działania i realizowanych zadań, planów ekonomiczno-finansowych, budżetów, a także realizację i wykonywanie tych planów.

Rola Pana (2) przy podpisywaniu stosownych aktów związanych z udzieleniem zamówień publicznych przez Spółkę miała charakter czysto techniczny, ponieważ w Spółce obowiązywała dwuosobowa reprezentacja. Wszelkie powyższe znalazły swoje odzwierciedlenie w dokumencie pn. "Regulamin Organizacyjny Spółki Sp. z .o.o. ", w oparciu o który członkowie Zarządu podejmowali czynności.

Obwinieni podtrzymują swoje dotychczasowe stanowisko, iż działalność Spółki miała wieloaspektowy charakter i wiązała się z podejmowaniem szeregu czynności, co do których brak jest podstaw do przyjęcia, że ich przygotowanie, analiza i wreszcie wykonywanie mogło następować wyłącznie poprzez czynności członków Zarządu Spółki. Podpisanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego spółce stanowiło wyłącznie jedynie końcowy element wieloetapowego postępowania udzielenia zamówienia, która była przeprowadzana przez pracowników spółki lub zlecana podmiotom zewnętrznym w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do treści przepisu art. 28 ust. 3 ustawy przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a ustawy - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Należy wskazać, iż w treści uzasadnienia orzeczenia brak jest analizy skutków naruszenia zasady uczciwej konkurencji, co niewątpliwie ma wpływ na kwestię przypisania stopniowania odpowiedzialności Obwinionych w niniejszej sprawie.

Z daleko posuniętej ostrożności wskazano również, iż wbrew twierdzeniom organu I instancji nie można uznać za bezsporne naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.b i c ustawy Prawo



zamówień publicznych w wyniku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki spółce. Należy mieć bowiem na uwadze, iż podstawą zastosowania trybu niekonkurencyjnego są okoliczności o charakterze obiektywnym, niezależne i niezawinione w żaden sposób przez zamawiającego, które to okoliczności w niniejszej sprawie niewątpliwie zaistniały. Co więcej, ochrona praw wyłącznych, wynikająca m.in. z ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawach autorskich i prawach pokrewnych uzasadnia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli są to prawa uniemożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia innym podmiotom, a więc związane z istotą zamówienia, co niewątpliwie ma miejsce w niniejszej sprawie. W przedmiotowym stanie faktycznym stwierdzić należy, iż do takiego naruszenia nie doszło, a specyfika zamówienia polegającego na organizacji wydarzenia artystycznego, biorąc pod uwagę aspekt dysponowania prawami autorskimi w pełni uzasadniała skorzystanie z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Całkowicie nietrafna jest - zdaniem Obwinionych - konstatacja Komisji, że ze względu na techniczny charakter zamówienia, przeważający nad elementami z zakresu działalności artystycznej nie można uznać zasadności przywołania przesłanki z art. 67. ust. 1 pkt 1 lit. b Prawa zamówień publicznych. Jak przyjmuje się w doktrynie zamówień publicznych i zgodnie z art. 69 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, podstawową przesłanką uznania określonej osoby za współtwórcę utworu jest wniesienie wkładu twórczego w jego powstanie, przy czym wkład tej osoby musi spełniać kryteria wynikające z art. 1 ust. 1 tej ustawy (działalność twórcza o indywidualnym charakterze, ustalona w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia). Przepis ten wymienia jako współtwórców (nie jest to katalog zamknięty): reżysera, operatora obrazu, twórcą adaptacji utworu literackiego, twórcą stworzonych dla utworu audiowizualnego utworów muzycznych lub słowno-muzycznych oraz twórcą scenariusza. Ponadto przyjmuje się, że status taki mają także osoby wykonujące np. aranżacje określonych utworów wykorzystywanych w przedstawieniach, jak również realizatorów światła i dźwięku, ale pod warunkiem, że realizator jest jednocześnie autorem twórczego projektu udźwiękowienia lub odpowiednio oświetlenia danego spektaklu. Mając na względzie powyższe zdaniem Obwinionych organizacja koncertu składającego się z szeregu artystycznych wykonań pozwala na uznanie za współtwórców również reżysera, twórców stworzonych utworów muzycznych lub słowno-muzycznych, osoby wykonujące np. aranżacje określonych utworów, jak również realizatorów światła i dźwięku. W tym kontekście nie jest wiadome dlaczego Komisja uznała, że zamówienie ma charakter techniczny.

W zaskarżonym orzeczeniu brak jest szczegółowej i wyczerpującej argumentacji przemawiającej za uznaniem, że brak było podstaw do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b względnie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit c ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Obwinieni wniesli o ich uniewinnienie.

W trakcie rozprawy przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika wniósł o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy, zaś pełnomocnicy Obwinionych wniesli o jego uchylenie i uniewinnienie Obwinionych.

Mając na uwadze powyższe GKO zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie gdyż trafny okazał się zarzut błędnej wykładni i zastosowania przez Komisję Orzekającą I instancji art. 4 ust.1 pkt 4 ustawy. Przepis ten obejmuje zakresem podmiotowej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Nie budzi wątpliwości, że jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie jest jednostką zaliczaną do sektora finansów publicznych. Wynika to wprost z art. 9 pkt 14 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Obwinieni, pełniąc funkcję członków zarządu tej Spółki, są niewątpliwie osobami uprawnionymi do wykonywania określonych czynności, w tym do zaciągania zobowiązań i dokonywania wydatków w imieniu tej Spółki. Jednakże w stanie faktycznym rozpatrywanym w niniejszej sprawie Spółka ta nie występowała przy udzieleniu kwestionowanego zamówienia publicznego we własnym imieniu i na własny rachunek. To nie Sp. z o.o. udzieliła zamówienia publicznego, lecz zamawiającym był Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Sportu i Turystyki. Jak jasno wynika z zawartej umowy – będącej przedmiotem niniejszego postępowania – Sp. z o.o. jest spółką „działającą w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa – Ministra Sportu i Turystyki na podstawie art.17 ust.3 ustawy z dnia 7 września 2007 roku o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw (...) oraz na podstawie umowy z zawarte w dniu 23 grudnia 2008 r. pomiędzy powyższą spółką a Skarbem Państwa (...)” Oznacza to, że nie sposób przyjąć – w realiach niniejszej sprawy - że Obwinieni wykonali w imieniu podmiotu niezaliczonego do sektora finansów publicznych czynność udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b względnie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit c ustawy Prawo zamówień publicznych. Zawarta umowa, na podstawie której udzielono zamówienia publicznego wyraźnie wskazuje, że Obwinieni – reprezentując Sp. z o.o. działali w imieniu i na rzecz organu administracji rządowej (Ministra Sportu i Turystyki). Tym samym nie została spełniona pierwsza z przesłanek określonych w art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy, a mianowicie Obwinieni nie byli – w ustalonym stanie faktycznym - osobami, wykonującymi czynności w imieniu podmiotu niezaliczonego do sektora finansów publicznych.

W niniejszej sprawie nie występuje też druga z przesłanek określona w art.4 ust.1 pkt 4 ustawy kształtująca podmiotowy zakres tego przepisu, a mianowicie Spółce nie przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne. Skoro Spółka ta działała w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa reprezentowanego przez Ministra Sportu i Turystyki to w konsekwencji zamówienia publicznego udzielił ten Organ i w konsekwencji ten Organ został zobowiązany zawartą umową do uregulowania należności za wykonanie zamówienia publicznego. Potwierdza to wprost § 9 ust. 6 umowy z 26 stycznia 2012 r., z którego wynika, że wykonawca zamówienia będzie wystawiał faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia Ministerstwu Sportu i Turystyki. Tym samym żadne środki publiczne – tytułem wykonania udzielonego zamówienia - nie zostały przekazane do wykorzystania lub dysponowania Sp. z o.o. Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie nie było możliwości objęcia Obwinionych zakresem art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy – co przyjął Rzecznik we wniosku o ukaranie i co błędnie potwierdziła Komisja Orzekająca I instancji w zaskarżonym orzeczeniu.

Mając na uwadze powyższe, wobec stwierdzenia, że Komisja Orzekająca I instancji w sposób nieprawidłowy zastosowała w niniejszej sprawie art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy, co doprowadziło Komisję do błędnego przekonania, że Obwinieni są na podstawie wskazanego przepisu objęci podmiotowym zakresem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sytuacji gdy przepis nie pozwala na objęcie Obwinionych zakresem tej odpowiedzialności GKO zmuszona była uniewinnić Obwinionych od przypisanego im zaskarżonym orzeczeniem czynu. Ustalenie, że Obwinieni nie zostali - w oparciu o art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy – objęci podmiotowym zakresem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

spowodowało, że GKO nie miała żadnych podstaw do analizowania strony przedmiotowej zarzucanego im czynu. Stwierdzenie, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przypisano osobie, która nie została objęta zakresem podmiotowym odpowiedzialności zawsze musi prowadzić do uniewinnienia tej osoby.

Mając na uwadze powyższe GKO orzekła, jak w sentencji.