



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 16 lipca 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek
	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szelerski (spr.)
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2015 r. odwołania Obwinionej (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 12 marca 2015 r., sygn. akt: RIO.XII.53-47/2014, którym uznano Obwinioną (...)- pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu (...)Agencji (...)- winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że reprezentując (...)Agencję (...)dokonywała w dniach 13 i 26 czerwca, 27 sierpnia i 12 października 2012 r. oraz w dniach 14 lutego, 2 i 13 marca, 8 maja, 4 i 12 czerwca, 6, 13 i 22 sierpnia, 9 września, 4 i 21 października 2013 r. zakupów usług szkoleniowych i doradczych w ramach projektu „(...)” na łączną kwotę 1.541.584,82 zł, czym udzieliła zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w ustawie – Prawo zamówień publicznych, poprzez nie ustalenie przed dokonaniem zakupów wartości zamówienia z należytą starannością stosownie do regulacji art. 32 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych,

co spowodowało niezastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych do zakupów w okresie od 13 czerwca 2012 r. do 21 października 2013 r. o wartości 1.753.204,82 zł, czym naruszyła art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych

oraz wymierzono Obwinionej karę nagany i obciążono kosztami postępowania,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), uchyła zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie.

(...)

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 20 sierpnia 2014 r. Dyrektor Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej Urzędu Zamówień Publicznych, działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, złożyła zawiadomienie o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w (...) Agencji (...) (zwanej dalej także: (...)A). W ocenie zawiadamiającej, (...)A. była zamawiającym w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 pkt. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jako tzw. „podmiot prawa publicznego”.

W dniu 18 grudnia 2014 r. właściwy miejscowo rzecznik dyscypliny finansów publicznych wniósł do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie wniosek o ukaranie osób reprezentujących (...)Agencję (...), w tym o ukaranie Obwinionej (...)– znak pisma: RDFP-53-67/2014.

Podstawą wniosku o ukaranie były złożone przez zawiadamiającego informacje o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w ww. Agencji w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 5 oraz w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o

Sygn. akt BDF1.4800.84.2015

odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej: „ustawą”). Naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegały na dokonaniu w dniach 13.06., 26.06., 27.08., 12.10.2012 r. oraz 14.02., 02.03., 13.03., 08.05., 04.06., 12.06., 06.08., 13.08., 22.08., 09.09., 04.10. i 21.10.2013 r. zakupów usług szkoleniowych i doradczych w ramach projektu „(...)” na łączną kwotę 1.541.584,82 zł. Obwiniona (reprezentując wspólnie z innymi osobami (...).A.) udzielając zamówienia publicznego wykonawcom, którzy z naruszeniem art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [zwanej dalej: Pzp] nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, nie ustalając przed dokonaniem zakupów wartości zamówienia z należytą starannością stosownie do regulacji art. 32 ust. 1 Pzp, w konsekwencji spowodowała niezastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych do zakupów w okresie od 13.06.2012 r. do 21.10.2013 r. o wartości 1.753.204,82 zł.

W dniu 12 marca 2014 roku Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie (zwana dalej także: RKO) orzeczeniem (Sygn. akt: RIO.XII.53-47/2014) uznała Panią (...), pełniącą w czasie popełnienia czynów naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu (...)Agencji (...), za odpowiedzialną naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy, polegającego na tym, że reprezentując (...)Agencję (...)dokonywała w dniach 13 czerwca, 26 czerwca, 27 sierpnia, 12 października 2012 r. oraz w dniach 14 lutego, 02 marca, 13 marca, 08 maja, 04 czerwca, 12 czerwca, 06 sierpnia, 13 sierpnia, 22 sierpnia, 09 września, 04 października, 21 października 2013 r. zakupów usług szkoleniowych i doradczych w ramach projektu „(...)” na łączną kwotę 1.541.584,82 zł, czym udzieliła zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w Pzp, poprzez nieustalenie przed dokonaniem zakupów wartości zamówienia z należytą starannością stosownie do regulacji art. 32 ust. 1 Pzp, co spowodowało niezastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych do zakupów w okresie od 13 czerwca 2012 r. do 21 października 2013 r. o wartości 1.753.204,82 zł, czym naruszyła art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp.

RKO, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2, art. 33, art. 36 ustawy, wymierzyła Pani (...)karę nagany oraz obciążyła Obwinioną kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

Na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie ustalono, że Pani (...)w okresie od 2000 r. do 14 sierpnia 2014 r. była Prezesem Zarządu (...)Agencji (...).

Beneficjent, którego reprezentowała Obwiniona, otrzymał środki publiczne pochodzące ze środków europejskich i dotację celową z budżetu na dofinansowanie projektu „(...)” w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki.

Stan faktyczny ustalony przez Rzecznika w toku postępowania wyjaśniającego nie budził wątpliwości RKO. Zgromadzone dokumenty potwierdzały, iż Obwiniona reprezentując (...)A. w dniach 13 czerwca, 26 czerwca, 27 sierpnia, 12 października 2012 r., 14 lutego, 02 marzec, 13 marca, 08 maja, 04 czerwca, 12 czerwca, 06 sierpnia, 13 sierpnia, 22 sierpnia, 09 września, 04 października, 21 października 2013 r. dokonała zakupów usług szkoleniowych i doradczych w ramach projektu „(...)”, udzielając zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji – powołując się na art. 24 ustawy – wskazała, że stosuje przepisy obowiązujące w czasie orzekania, ponieważ przepisy obowiązujące w czasie popełnienia czynów nie są względniejsze dla Obwinionej. Regionalna Komisja Orzekająca dokonała analizy sytuacji prawnej Agencji, jako zamawiającego na gruncie Pzp. Zdaniem RKO, obowiązek stosowania przez (...)A. Pzp wynikał z art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Komisja wykazała, że Obwiniona reprezentowała tzw. „podmiot prawa publicznego”, gdyż spełnione zostały warunki niezbędne:

- po pierwsze – posiadanie osobowości prawnej przez (...)A.,
- po drugie – szczególny cel działalności,
- oraz jeden z warunków określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit a-d. Pzp (93,63% akcji należało do Samorządu (...)).

Komisja zaaprobowała argumentację Rzecznika, że do instytucji prawa publicznego zalicza się *„agencje rozwoju regionalnego lub lokalnego, na które dominujący wpływ wywierają władze samorządowe, a powołane w celu realizacji zadań związanych z zaspokajaniem potrzeb lokalnej społeczności. Można w takich wypadkach uznać, że za pośrednictwem takich podmiotów państwo realizuje część swoich zadań. Tym samym, przy udzielaniu zamówień służących realizacji ich celów statutowych, podmioty takie zobowiązane są do stosowania przepisów Pzp.”* (Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Wydanie drugie, Warszawa 2006 r.).

Komisja przyjęła – w ślad za orzecznictwem przywołanym we wniosku o ukaranie – że nie ma znaczenia dla stosowania przepisów, czy jedynym celem prowadzenia działalności

przez podmiot jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, czy też towarzyszy temu prowadzenie działalności o charakterze komercyjnym. RKO podzieliła pogląd, zaprezentowany przez Rzecznika we wniosku o ukaranie, że (...)A. w przedmiotowej sprawie nie zastosowała przepisów o zamówieniach publicznych.

Stosownie do 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. Określony tym przepisem krąg podmiotów obejmuje osoby fizyczne, które podejmują czynności z zakresu wykorzystania lub dysponowania środkami publicznymi w imieniu osoby prawnej. Na gruncie przedmiotowej sprawy Komisja Orzekająca ustaliła, że Obwiniona posiadała właściwe umocowanie do wykonywania w imieniu Agencji czynności objętych postawionym zarzutem.

Komisja Orzekająca nie podzieliła również stanowiska obrony, tak w zakresie braku statusu podmiotu prawa publicznego, jak i faktu, że Agencja jako beneficjent zobowiązana była na podstawie umowy o dofinansowanie do stosowania jedynie zasady konkurencyjności w ramach nabywania towarów i usług. W ocenie Komisji obowiązek wynikający z ustawy ma pierwszeństwo przed zapisami umowy.

Odwołanie złożył obrońca, zaskarżając orzeczenie Komisji I Instancji w całości (na korzyść Obwinionej) – pismo z dnia 15 maja 2015 r. Skarżący wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego orzeczenia oraz uniewinnienie Obwinionej, ewentualnie przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania..

Odwołujący zarzucił RKO nieprawidłową ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz dokonanie nieprawidłowej analizy sytuacji prawnej Agencji jako zamawiającego na gruncie Pzp. Ponadto podniósł, iż Komisja I instancji całkowicie nieprawidłowo przyjęła podstawę prawną odpowiedzialności podmiotowej Obwinionej, wskazując na art. 4 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy. Jego zdaniem – błędnie interpretując art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielenia zamówienia (tj. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759) – mimo literalnego brzmienia tego przepisu – Komisja Orzekająca I instancji uznała, że może on znaleźć zastosowanie wobec podmiotu, który nie został

utworzony przez jednostki sektora finansów publicznych w celu wykonywania zadań założycieli lub podmiotów, któremu nigdy – również w okresie późniejszym, niż przy utworzeniu – nie powierzono wykonywania zadań publicznych.

W uzasadnieniu odwołania wskazał między innymi, że zakwestionowany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zakup usług szkoleniowych i doradczych nastąpił w ramach realizacji projektu „(...)” współfinansowanego z udziałem środków unijnych. (...)A. jako Beneficjent uzyskała dofinansowanie w wyniku rozstrzygnięcia konkursu, w którym uczestniczyła obok innych komercyjnych podmiotów. Tym samym zaliczenie Obwinionej do osób wykonujących w imieniu podmiotu niezaliczonego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem – na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy, jest nieprawidłowe.

W toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (zwanej dalej także GKO), w dniu 16 lipca 2015 r., Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wskazał, że widzi podstawy do uchylenia orzeczenia I instancji. Orzeczenie to nie zawiera bowiem określenia naruszenia dyscypliny finansów publicznych przypisanego Obwinionej, wraz z podaniem sposobu i czasu jego popełnienia, wskazaniem naruszonego przepisu prawa oraz przepisu ustawy określającego to naruszenie.

Obrona podtrzymała stanowisko zawarte w odwołaniu oraz przedstawiła argumentację na to, że Komisja I instancji nieprawidłowo przypisała Obwinionej odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nienależycie rozważyła zebrane dowody a ponadto dokonała błędnej wykładni art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, GKO doszła do wniosku, że orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie nie może się ostać, jednakże nie z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Główna Komisja Orzekająca za w pełni uzasadnione uznała argumenty podniesione przez Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych i uznała, że zaskarżone orzeczenie nie odpowiada przepisom ustawy. Zgodnie z art. 135 ust. 3 pkt. 1

ustawy w przypadku przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych orzeczenie powinno zawierać dodatkowo (ponad to co opisano w ust. 2 tego artykułu) określenie naruszenia dyscypliny finansów publicznych przypisanego obwinionemu, wraz z podaniem sposobu i czasu jego popełnienia, wskazaniem naruszonego przepisu prawa oraz przepisu ustawy określającego to naruszenie. Jakkolwiek w orzeczeniu pierwszoinstancyjnym zostały wymienione daty, w jakich dokonywano zakupu szkoleń i usług doradczych oraz podana jest łączna wartość udzielonych zamówień, to jest to wadliwe opisanie czynów, gdyż na tej podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie, czy każda z umów podlegała reżimowi ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w zakresie ustawowego progu 30.000 euro. Nie można szczegółowo sprawdzić, czy wartość tych umów została prawidłowo zsumowana; czy umowy te podlegały zsumowaniu w rozumieniu art. 32 ust. 4 Pzp.

Rozpoznając merytoryczną poprawność orzeczenia wydanego przez RKO, skład orzekający GKO stwierdza, iż czyny zarzucane Obwinionej zostały dokonane w okresie od 13 czerwca 2012 r. do 21 października 2013 r., a więc po dniu 11 lutego 2012 r., z którym wiąże się zmiana brzmienia przepisu art. 4 ustawy. Z dniem 11 lutego 2012 r. art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy, obejmował zakresem podmiotowym osoby wchodzące 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. Główna Komisja Orzekająca wskazuje, że w analizowanym przypadku prawidłowo została pociągnięta do odpowiedzialności osoba spoza sektora finansów publicznych, która w ramach przewidzianych przez ustawę o finansach publicznych konstrukcji otrzymała do wykorzystania środki publiczne i miała wpływ na sposób gospodarowania tymi zasobami.

Główna Komisja Orzekająca wskazuje, że zakres podmiotowy stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych został określony art. 3 ust. 1. Stosownie do treści art. 3 ust. 1 pkt. 3 Pzp (który nie był zmieniany od uchwalenia Pzp), Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż jednostki sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz jednostki sektora finansów publicznych i inne niż jednostki sektora

finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50%, lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Dyspozycja przepisu art. 3 ust. 1 pkt. 3 Pzp przenosi na grunt polskiego prawa „instytucje prawa publicznego” („podmiot prawa publicznego”) wprowadzoną artykułem 1 b) każdej z trzech dyrektyw klasycznych prawa wspólnotowego: Dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy - Dz.U. WE nr L 199 z 9.08.1993 r., Dyrektywy Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi – Dz.U. WE nr L 209 z 9.07.1992 r., Dyrektywy Rady 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – Dz.U. WE nr L 199 z 9.08.1993 r.

Nie można zatem zgodzić się z tezą zawartą w odwołaniu, że przepis art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi transpozycję przepisu art. 1 ust. 9 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30. 04. 2004 r, s 114), co wynika wprost z kolejności uchwalania poszczególnych aktów prawnych. Prawo zamówień publicznych jest aktem wcześniejszym niż Dyrektywa 2004/18/WE.

Zgodnie z cytowanymi wyżej dyrektywami, dla uznania danego podmiotu za podmiot prawa publicznego konieczne jest łączne spełnienie warunków:

1. ustanowienie w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego;
 2. posiadanie osobowości prawnej;
- oraz
3. - finansowanie, w całości lub w przeważającej części, przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego,
 - nadzorowanie zarządu instytucji przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego,

- gdy ponad połowę składu jej organu kierowniczego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego.

Główna Komisja Orzekająca przychyliła się także do poglądu wyrażonego przez Mariana Lemkego we Wprowadzeniu do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy lub roboty budowlane, wyd. UZP, 2001 r.), który formułuje definicję instytucji prawa publicznego jako instytucji:

1. nienastawionej na zysk w swojej podstawowej działalności, zazwyczaj nie napotykającej na konkurencję ze strony innych podmiotów na wolnym rynku, działającej w celu zaspokajania potrzeb ogólnych, których nie zaspokajają komercyjne przedsiębiorstwa prywatne, albo takich potrzeb ogólnych, na zaspokajanie których państwo chce mieć wyłączność, czy szczególny wpływ,
2. posiadającej osobowość prawną,
3. pozostającej pod wpływem państwa lub innych podmiotów zamawiających, albowiem finansowanej w znacznej części (w ponad 50%) lub zarządzanej lub nadzorowanej przez organy państwowe lub samorządowe.

Odpowiedź na pytanie, czy dany podmiot mieści się w zakresie definicji „podmiotu prawa publicznego” wymaga przede wszystkim ustalenia celu, w jakim został on utworzony – jeżeli nie jest to zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, to dalsza analiza jest bezprzedmiotowa. Jeżeli natomiast celem jest zaspokajanie takich potrzeb, konieczne staje się ustalenie, czy potrzeby, dla zaspokajania których został on powołany, nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. Negatywna odpowiedź na drugie pytanie pozwala przyjąć, że dany podmiot może być uznany za zamawiającego, spełniającego kryteria określone dla instytucji prawa publicznego.

Pojęcie „potrzeb o charakterze powszechnym” nie zostało w prawie wspólnotowym zdefiniowane w żadnym akcie prawnym. Podjęcie próby określenia znaczenia tego pojęcia może nastąpić w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS). W sprawie C-360/96, „Arnhem”, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonał interpretacji pojęcia „potrzeby o charakterze powszechnym”. Trybunał stwierdził, że z potrzebami tego typu mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo (w szerokim rozumieniu, a więc także i samorząd terytorialny)

zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ. Tak więc, przyjmując interpretację Trybunału, tworząc podmiot prawa publicznego państwo decyduje się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajać samo, lub mieć decydujący wpływ na sposób zaspokajania tych potrzeb. Instytucja prawa publicznego zaspokajająca potrzeby o charakterze powszechnym niemające charakteru handlowego lub przemysłowego może kierować się względami innymi niż ekonomiczne.

W sytuacji, gdy podmiot wykonuje również inne zadania niż publiczne, rozstrzygające znaczenie ma ocena pierwotnego celu jego utworzenia. Jeżeli instytucja została utworzona w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, a zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status podmiotu prawa publicznego nawet, jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową (Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001 rok, s. 33-34). Europejski Trybunał Sprawiedliwości zajął się wykładnią definicji osoby prawa publicznego w sprawie C-44/96 („Mannesmann”). Odnośnie zagadnienia zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, Trybunał zauważył, że jeżeli instytucja, której dotyczył spór (drukarnia państwowa przekształcona w spółkę) została powołana w celu wytwarzania określonych dokumentów, które były ściśle powiązane z zamówieniami publicznymi i instytucjonalną działalnością państwa, zatem została ona powołana w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Ustosunkowując się do uwagi rządu austriackiego, że przedmiotowa działalność stanowi tylko niewielki procent działalności drukarni, Trybunał uznał, że argument taki jest bez znaczenia tak długo, jak długo będzie ona zaspokajać potrzeby o charakterze powszechnym. Z zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej wywodzi się powszechny charakter działania (...)A. – krąg potencjalnych beneficjentów rozwoju regionalnego (...)nieograniczony.

Wśród potrzeb o charakterze powszechnym znajdują się takie, które mają charakter potrzeb zbiorowych, a ich zaspokojenie następuje w drodze świadczenia usług o charakterze powszechnym poprzez bieżące i nieprzerwane świadczenie tych usług na rzecz ogółu społeczeństwa. Wykładni pojęcia działalności o charakterze użyteczności publicznej służącej zaspokojeniu powyższych potrzeb dokonuje Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12

Sygn. akt BDF1.4800.84.2015

marca 1997 r., sygn. akt. W8/96, w sprawie ustalenia powszechnie obowiązującej wykładni art. 2 pkt 7 i art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 344 ze zm.). Trybunał Konstytucyjny stwierdził w niej, że przez państwowe oraz komunalne jednostki organizacyjne wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej należy rozumieć jednostki państwowe oraz komunalne utworzone w celu wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej, polegające na zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze ogólnym, których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku. Zdaniem Trybunału, zadania o charakterze „użyteczności publicznej” należy rozumieć możliwie najszerzej i winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa. Choć od 17 października 1997 r. wykładnia Trybunału Konstytucyjnego straciła charakter powszechnie obowiązującej wykładni prawa, to w dalszym ciągu stanowi ona cenną wskazówkę przy ustalaniu znaczenia treści przepisów prawa.

Brak nastawienia na maksymalizację zysku oznacza, iż maksymalizacja zysku nie jest wyłącznym celem działania jednostek organizacyjnych powołanych do wykonywania zadań o charakterze użyteczności publicznej, albowiem istnieją one przede wszystkim dla wykonywania tych zadań, niezależnie od osiągniętego wyniku gospodarczego.

W uzasadnieniu uchwały czytamy: „Istotne natomiast jest to, że jednostki organizacyjne realizujące zadania tego typu [zadania o charakterze użyteczności publicznej – przyp. GKO] wykonują je niezależnie od tego, czy są w stanie pokrywać związane z tym wydatki z własnych dochodów. W związku z tym ich działalność nie może być nastawiona na maksymalizację zysku i najczęściej jest dofinansowana ze środków publicznych”. Z powyższego nie wynika więc, by Trybunał przeciwstawił działalność ze sfery użyteczności publicznej działalności zarobkowej. Podobny pogląd zaprezentował w cytowanych wyżej orzeczeniach Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania oraz okoliczności przywołane w zgromadzonym materiale dowodowym bez problemu można ustalić, że (...)A. jest osobą prawną. Potwierdza to tylko – znany GKO z urzędu – wpis do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000014479.

Dla udzielenia odpowiedzi, czy (...)A. spełnia przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt. 3 Pzp, a tym samym, czy mieści się ona w grupie podmiotów zobowiązanych do stosowania tej ustawy przy wydatkowaniu środków publicznych, konieczne jest dokonanie m.in. analizy celu utworzenia tego podmiotu, jakim było zaspokajanie potrzeb z zakresu rozwoju lokalnego rynku przedsiębiorców oraz rynku pracy, co samo w sobie jest działaniem o charakterze powszechnym nie mającym charakteru przemysłowego ani handlowego.

Rozpatrując powyższe zagadnienie należy zwrócić uwagę na to, że spółka miała zorganizować Centrum Rozwoju Biznesu, wspierające rozwój gospodarczy, w tym przedsiębiorczość w województwie. GKO podkreśla, że RKO na podstawie statutu prawidłowo oceniała cele spółki (s. 21-22 uzasadnienia orzeczenia).

Zarówno powołane wyżej cele działalności, jak i zadania wykonywane przez (...)A., wskazują na szczególną pozycję tego podmiotu, poprzez który jednostki samorządu terytorialnego, w zakresie swojej instytucjonalnej działalności, decydują się wpływać na realizację programów rozwoju samorządności lokalnej i rozwoju regionalnego, adresowanych wprawdzie do określonych grup społeczeństwa, ale ze względu na otwarty charakter tych grup oraz dalsze skutki społeczne udzielanej pomocy, realizowanych w interesie ogółu społeczeństwa.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy przyjąć, iż samorząd lokalny zdecydował się utworzyć (...)A. z przyczyn związanych z interesem publicznym, a następnie zachować decydujący wpływ na świadczenie przez ten podmiot określonych usług. Tym samym można uznać, że cel utworzenia tej instytucji był szczególny i ostatecznie służył zaspokojeniu potrzeb o charakterze powszechnym.

Należy podkreślić, iż wykonywanie również innych zadań niż publiczne, nie przesądza o charakterze przemysłowym, czy handlowym potrzeb zaspokajanych dzięki działalności spółki. W sytuacji, gdy (...)A., obok działalności służącej celom publicznym – zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze niekomercyjnym, świadczy również usługi ukierunkowane na osiągnięcie zysku, rozstrzygające znaczenie ma ocena pierwotnego celu jego utworzenia.

Ponieważ w utworzeniu spółki uczestniczyły gminy – w owym czasie jedyne jednostki samorządu – to (...)A. należy przypisać status podmiotu prawa publicznego. Sytuację w tym zakresie potwierdził fakt, że Samorząd (...)nabył nieodpłatnie od Skarbu Państwa akcje

(...)A. na podstawie umowy zawartej w dniu 12 czerwca 2000 r. Podstawą nabycia tych akcji był art. 6 ust 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną. Następnie w latach 2004-2013 województwo nabyło akcje o łącznej wartości 5.114,0 tys. zł, w tym w latach: 2004-2006 — akcje o wartości 4.983,0 tys. zł, na pokrycie których wniosło aporty rzeczowe (dwie nieruchomości w (...)). Uprawnienia samorządu województwa do tworzenia spółek prawa handlowego oraz do przystępowania do takich spółek zawarte są w ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa oraz w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej.

Tym samym, należy uznać, iż jednostki samorządu terytorialnego, które ustawa o finansach publicznych (art. 9 pkt. 2) zalicza do jednostek sektora finansów publicznych, posiadają w (...)A. większościowy pakiet akcji (93,6% kapitału akcyjnego spółki), przez co zostaje wypełniona przesłanka z art. 3 ust. 1 pkt. 3 lit. b Pzp.

Wymaga podkreślenia, że dla stwierdzenia faktu zaspokajania przez spółkę potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego, ani handlowego nie jest istotny fakt, że podmiot ten ma możliwość prowadzenia, oprócz wyznaczonych zadań, także innej działalności. Jeżeli (...)A. w dalszym ciągu realizuje potrzeby, które ze względu na cel utworzenia ma obowiązek zaspokajać, nie ma znaczenia fakt, że realizacja potrzeb o charakterze powszechnym stanowi pewien procent działalności przez niego prowadzonej. Utworzenie osoby prawnej w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, stosownie do treści art. 3 ust. 1 pkt. 3 Pzp oznacza, iż podstawowym celem działania podmiotu nie jest zysk (interes ekonomiczny), ale ochrona dobra służącego ogółowi społeczności, oraz, iż brak jest w zakresie prowadzenia tej działalności ryzyka gospodarczego, a często także brak jest konkurencji.

Powyższa analiza prowadzi do konkluzji, iż (...)A. spełnia przesłanki wymienione w art. 3 ust. 1 pkt. 3 Pzp, co uzasadnia stosowanie tej ustawy przez (...)A. na zasadach ogólnych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Główna Komisja Orzekająca uznała, że ustalenia Komisji I Instancji, co do zarzucanych Obwinionej czynów,

odnoszące się do obowiązku stosowania Pzp, są prawidłowe; (...)A. jako zamawiający miał obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

GKO nie podzieliła argumentacji zawartej w odwołaniu i popartej przez obrońcę na rozprawie a dotyczącej tego, że (...)A. jest spółką prawa handlowego, której ani przy utworzeniu, ani w okresie późniejszym, niż przy jej utworzeniu, nie powierzono wykonywania zadań publicznych. Zaznaczyć bowiem należy, że nieuprawnione jest utożsamianie „zadań publicznych” i „zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym”, o którym jest mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Należy także odrzucić zarzut zawarty w odwołaniu, że działalność spółki nie była i nie jest powszechna. Stanowisko obrony dotyczącego tego, że (...)A. nie jest finansowana ze środków samorządu, więc nie jest zamawiającym, w ocenie GKO jest nieprawidłowe. Jest to bowiem tylko jedna z przesłanek, które mają charakter rozłączny, a zatem nie zwalnia to z obowiązku stosowania Pzp. Jak zostało bowiem wykazane, sam fakt posiadania pakietu większościowego - 93,6% kapitału akcyjnego spółki - przesądza o obowiązku stosowania ustawy Pzp.

Stosownie do art. 145 ust. 1 ustawy Główna Komisja Orzekająca rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania. Tylko w wyjątkowych przypadkach możliwe jest przeprowadzenie postępowania dowodowego (art. 145 ust. 2). Na podstawie materiału dowodowego, jaki jest w dyspozycji Głównej Komisji Orzekającej, nie można ustalić, czy w stosunku do każdej zawartej umowy w sprawie wyżej wymienionych zamówień publicznych istniał obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz tego czy obowiązek ten wynika z łącznej wartości zamówienia udzielanego w częściach (art. 32 ust. 4 Pzp).

Regionalna Komisja Orzekająca powinna ustalić, czy działanie zamawiającego było zgodne z przepisami art. 32 ust. 1-4 ustawy Pzp. RKO ustali, czy zamawiający powinien był każde z wyżej wymienionych postępowań przeprowadzić zgodnie z Prawem zamówień publicznych tak, jakby wartość szacunkowa każdego z zamówień przekraczała wartość 30.000 lub 211.000 euro. Bardziej szczegółowa analiza prawna w tym zakresie, którą GKO ma na względzie, została zaprezentowana przez Urząd Zamówień Publicznych w jednej z opinii dostępnych w serwisie internetowym tegoż urzędu. Główna Komisja Orzekająca przekazując sprawę do I Instancji wskazuje na konieczność zapoznania się przez Komisję

Orzekającą z wyżej wymienioną opinią pt. „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”.

Główna Komisja Orzekająca zwracając uwagę na braki orzeczenia I instancji, wskazuje na konieczność zapoznania się przez Komisję Orzekającą I instancji z wyżej wymienionymi wywodami przy ponownym rozpatrzeniu sprawy. Regionalna Komisja Orzekająca zobowiązana jest przeprowadzić ocenę corpus delicti, tj. każdej umowy w sprawie zamówień publicznych, która była objęta wnioskiem o ukaranie a także uzupełnić w tym zakresie sentencję i uzasadnienie orzeczenia. Uznanie, że doszło do naruszenia obowiązujących przepisów będzie wiązało się z koniecznością odniesienia się do innych wymaganych ustawą kwestii, w szczególności winy i kary.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.