



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 14 października 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Emil Kawa (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Anna Packo
Protokolant:		Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 14 października 2019 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 18 czerwca 2019 r. sygn. akt: DB-0965/16/19, którym Komisja uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta (...), odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, publicznych, określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440), zwanej dalej uondfp, polegające na udzieleniu w dniu (...).12.2014 r., zamówienia publicznego wykonawcy - (...), który nie został wybrany w trybie określonym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez zawarcie umowy (ujętej w rejestrze umów Gminy (...) pod nr (...)) na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy

(...)” na okres od 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r. za wynagrodzeniem ogółem 1.769.932,80 zł netto, tj. 418.928,80 euro (1.923.840 zł brutto), z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1, art. 4 pkt 8, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz.1986 ze zm.).

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 327,81 zł,

orzeka

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

Pouczenie:

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

UZASADNIENIE

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu (dalej: „Komisja”) orzeczeniem z dnia 18 czerwca 2019 r. sygn. akt: DB-0965/16/19, uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta (...) za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, polegającego na udzieleniu, w dniu (...) 12.2014 r., zamówienia publicznego wykonawcy - (...), na *„Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy (...)”* na okres od 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r., co nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1, art. 4 pkt 8, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej także: „Pzp” lub „ustawa Pzp”).

Komisja uznając Obwinionego (...) za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, równocześnie odstąpiła od wymierzenia kary i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa.

Komisja wydając zaskarżone orzeczenie wskazała, że Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych we wniosku o ukaranie podał, że „obwiniony nie miał zamiaru

popęnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale na skutek niezachowania należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, doszło do naruszenia”. Nadto Rzecznik we wniosku wskazał, że „osoby na stanowiskach kierowniczych odpowiedzialne za gospodarkę finansową powinny wykazywać niezbędną wiedzę i orientację prawną w podstawowych uregulowaniach prawnych, które wiążą się z funkcjonowaniem kierowanej przez siebie jednostki, nie tylko przepisów wewnętrznych ale także regulacji ogólnych”. Z uzasadnienia wniosku o ukaranie wynikało, że Obwiniony w dniu (...) 12.2014 r., zawarł w imieniu Gminy (...) umowę z (...) obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy (...) na okres od 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r. za wynagrodzeniem ogółem 1.769.932,80 zł netto, tj. 418 928,80 euro (1.923.840 zł brutto) - nr umowy: (...).

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością „(...)” utworzona została z dniem (...) stycznia 2002 r. W postanowieniu pkt 18: „PKD 38 spółki – podano, że spółka będzie także prowadzić działalność związaną ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów oraz odzysk surowców wtórnych. W kapitale zakładowym Spółki wszystkie udziały objęła Gmina (...).

Komisja wskazała, że przed zawarciem w dniu 23 grudnia 2014 r. umowy na zagospodarowanie odpadów ze spółką (...) sporządzone zostało pismo Gminy (...) z dnia (...)12.2014 r., stanowiące zaproszenie do złożenia oferty cenowej z podaniem wartości szacunkowej zamówienia. W odpowiedzi na to pismo została przesłana oferta (...), wraz z załączonymi dokumentami. Wartość przychodów (...) z tytułu powierzenia realizacji zadań własnych Gminy w ogólnych przychodach spółki za lata 2012-2014 wyniosła średnio 85,58%”.

Komisja dokonując oceny prawnej czynności zamawiającego- Gminy wskazała, że w dacie zawierania umowy, przepisy Pzp stanowiły, że:

„- Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3);

- Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej "zamówieniami", przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych; (art. 3 ust. 1 pkt 1);

- *Ustawy nie stosuje się do: zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro (art. 4 pkt 8);*
- *Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony (art. 10 ust. 1);*
- *Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (art. 40 ust. 1);*
- *Do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio (art. 48 ust. 1)."*

Wskazała też, że „z obowiązującego od dnia 1.01.2017 r. przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wynikało, że cyt.: *Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób;*
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a;*
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego ".*

Komisja podkreśliła także, iż „wartość przychodów (...) z tytułu powierzenia jej realizacji zadań własnych gminy w przychodach ogółem za lata 2012-2014 wyniosła średnio 85,58 %, co oznaczało, iż nie spełniony został wymóg określony w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp”. Tym samym w ocenie Komisji brak było podstaw do powoływania się na ww. regulację jako względniejszą dla Obwinionego, w odniesieniu do oceny przesłanki umorzenia postępowania dotyczącego zawarcia umowy w grudniu 2014 r.

Z treści umowy z dnia (...).12.2014 r. wynikało, że umowa ta zawarta została na podstawie art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w myśl której: *Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:*

- a) *instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;*
- b) *ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz*
- c) *w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.*

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Komisja uznała, że Obwiniony dopuścił się czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp. W świetle powyższych przepisów Obwiniony zobowiązany był do stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień w brzmieniu obowiązującym w czasie zarzucanego czynu i do udzielenia zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy (...) w określonym trybie, tj. w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Podkreślono, że obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez gminę - jednostkę sektora finansów publicznych wynikał także z art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, tym bardziej, że wynagrodzenie określone w umowie z dnia (...) 12.2014 r. przekraczało kwotę określoną w art. 4 pkt 8 tej ustawy (30.000 euro), a ponadto ustawa ta kategorycznie stanowiła w art. 7 ust. 3, że „zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”, zaś „podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony”, (art. 10 ust. 1).

Komisja uznała, że Obwiniony niewątpliwie postąpił sprzecznie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, mimo iż miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tymi przepisami, gdyby dołożył staranności wymaganej od niego jako kierownika zamawiającego. Komisja uznając Obwinionego za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych postanowiła jednakże nie wymierzać kary Obwinionemu, odstępując od jej wymierzenia. Podstawą do takiego uznania było to, że Obwiniony udzielając zamówienia (...) działał w trudnych warunkach kształtowania się gospodarki odpadami komunalnymi, a ponadto działał z pobudek zasługujących na uwzględnienie, tzn. dążył do zapewnienia sprawnego i terminowego odbioru odpadów komunalnych, kierował się chęcią uniknięcia zadłużenia Gminy z tego tytułu oraz troszczył się o bezpieczeństwo epidemiologiczne mieszkańców Gminy (...).

Od tego orzeczenia Komisji Obwiniony złożył odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także: „GKO”), zaskarżając orzeczenie Komisji w całości. Orzeczeniu Komisji zarzucił:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu, że w okresie trzech lat poprzedzających zawarcie przez Gminę (...) umowy z (...) z dnia (...) 12.2014 r. średni przychód Zakładu z usług, dostaw i robót budowlanych zamówionych przez Gminę (...) wyniósł mniej, niż 90% ogółu przychodów Zakładu z zamówień z tego okresu,
- 2) naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów art. 23 ust. 1, 24 ust. 1 lub 28 ust. 1, 1a i ust. 2 pkt 1 uondfp oraz przepisów art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b i art. 67 ust. 9 Pzp, przez błędną jego wykładnię i niezastosowanie tych przepisów, pomimo że zachodziły przesłanki do ich zastosowania.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł, aby Główna Komisja Orzekająca zmieniła zaskarżone orzeczenie i uniewinniła Obwinionego, ewentualnie, umorzyła postępowanie na zasadzie art. 23 ust. 1, 24 ust. 1 lub 28 ust. 1, 1a i ust. 2 pkt 1 uonfp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 uondfp 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. Na powyższy przepis powoływał się Obwiniony w postępowaniu

przed organem I instancji, wskazując, że co prawda w dacie zarzucanego czynu, tj. w dniu (...) 12.2014 r. obowiązywały od dnia 1.07.2013 r. przepisy art. 6c i 6d ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w brzmieniu zgodnie z którym gminy miały obowiązek zorganizować system gospodarki odpadami na swoich obszarach m.in. poprzez organizowanie przetargów na odbieranie lub odbieranie i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości zamieszkałych. Od dnia 1.01.2017 r. weszły jednak w życie zmiany do art. 6d ww. ustawy z dnia 13.09.1996 r. oraz w art. 67 Pzp. Prawo zamówień publicznych dopuszcza w obecnym brzmieniu w art. 67, aby odbieranie, lub odbieranie i zagospodarowanie odpadów po spełnieniu określonych warunków mogło następować na zasadzie zamówienia z wolnej ręki. Oznacza to, że w przypadku udzielenie obecnie przez Gminę (...) zamówienia własnemu Zakładowi na odbieranie odpadów komunalnych na takich warunkach, jak nastąpiło to w dniu (...) 12.2014 r. byłoby zgodne z prawem. W takim stanie prawnym należałoby Obwinionego uniewinnić, ewentualnie postępowanie umorzyć na zasadzie art. 106 ust. 2 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 1 i w związku z art. 24 ust. 1 uoondfp.

W związku ze ścisłą wykładnią tego przepisu, dokonaną przez oskarżyciela oraz przez organ I instancji, Obwiniony wskazał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w obecnym brzmieniu udzielenie zamówienia z wolnej ręki (a tym samym bez przetargu) osobie prawnej przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a jest możliwe, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- „a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a;
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego przy czym zgodnie z art. 67 ust. 8 Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa m.in. w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

W toku postępowania bezsporne było, że strony umowy z dnia (...)12.2014 r., tj. Gmina (...) i (...) Spółka z o.o. spełniały ww. warunki a i c. Jeżeli natomiast chodzi o warunek opisany wyżej w punkcie b - początkowo Główna Księgowa (...) Spółki z o.o. sporządziła wykaz zgodnie z którym udział przychodów powierzonych (...). Spółce z o.o. przez Gminę (...) wynosił: w roku 2011: 63,78%, w roku 2012: 63,87%, w roku 2013: 96,79%, w roku 2014: 96,07% i w roku 2015; 94.84%. Proste przyjęcie wyników wynikających z ww. zestawienia nr 2 oznaczałoby więc, że ww. warunek z punktu b nie został odnośnie umowy zawartej dnia (...)12.2014 r. spełniony, gdyż: $63,78\% + 63,87\% + 96,79\% = 224,44\% : 3 = 74,81\%$. lub: $63,87\% + 96,79\% + 96,07\% = 256,73\% : 3 = 85,57\%$.

Podkreślił, że w związku jednak z faktem, że przepisy obowiązujące w latach 2011 i 2012 były skonstruowane zupełnie nieadekwatnie do obecnej sytuacji, tj. odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości zamieszkałych następowały w tych latach na zasadzie umów zawieranych przez przedsiębiorstwa odbierające odpady z mieszkańcami, a nie z Gminą, co przy obliczeniach procentowych nie uwzględniających powyższej zasadniczej różnicy stanu prawnego dawało wynik zaniżony, zupełnie nieadekwatny do rzeczywistego stanu. W niniejszej sprawie Obwiniony na rozprawach z 7.05 i 18.06.2019 r. oraz w piśmie z dnia 3.06.2019 r. powołał się na powyższe okoliczności oraz przedstawił potwierdzające je zestawienie, nazwanym przez Komisję zbiorczym zestawieniem nr 3, w którym (...) Spółka z o.o. skorygowała poprzednie zestawienie, opatrując je stosownymi objaśnieniami, wyjaśniającymi przyczynę powyższych różnic. Treść tego zestawienia znalazła dalsze potwierdzenie w zestawieniach, dotyczących poszczególnych lat - również opatrzonych stosownymi objaśnieniami. Z ww. zbiorczego zestawienia nr 3, załączonego do pisma Obwinionego z dnia 3.06.2019 r., potwierdzonego ww. zestawieniami rocznymi ewidentnie wynikało, że również warunek, by ponad 90% działalności (...) Spółki z o.o. dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez Gminę w rzeczywistości został spełniony, skoro zgodnie z tym zestawieniem w każdym z lat począwszy od 2011 po 2015 r. udział przychodów z powierzenia przez Gminę zdecydowanie przekraczał 90%. Obwiniony podkreślił, że pomimo przedłożenia ww. zestawień korygujących poprzednie zestawienia, popartych stosownymi objaśnieniami oraz wyjaśnień zawartych w ww. piśmie z dnia 3.06.2019 r., popartych opinią Urzędu Zamówień Publicznych, zawierającą postulat zaliczania do zadań powierzonych samorządowym osobom prawnym przez gminy także zadań realizowanych przez gminne spółki jako zadania własne gminy, Komisja - niezgodnie ze stanem rzeczywistym - przyjęła, że warunek, by średnio ponad 90% przychodów Zakładu

z ostatnich trzech lat przed zawarciem umowy z dnia (...) 12.2019 r. pochodziło z powierzenia zadań przez Gminę, nie został spełniony.

W toku dalszego prezentowania zarzutów wobec orzeczenia Komisji Obwiniony podniósł, że Komisja nie oceniła trafnie czy w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do uniewinnienia Obwinionego lub umorzenia postępowania przy zastosowaniu wskazywanego również przez Obwinionego przepisu art. 23 ust. 1 uondfp z którego wynika, że nieświadomość tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych może wyłączać odpowiedzialność w sytuacji, gdy była usprawiedliwiona.

Zauważył, że nawet oskarżyciel we wniosku o ukaranie wskazywał, że Obwiniony nie miał zamiaru popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a jedynie nie zachował należytej ostrożności. Obwiniony w swoich wyjaśnieniach powoływał się na fakt, iż przy zawieraniu rozpatrywanej umowy z dnia (...) 12.2014 r. kierował się jako podstawą prawną treścią uchwalonej dnia 26.02.2014 r. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Z art. 12 dyrektywy wynikało, że gminy mogą zlecać wykonywanie zamówień publicznych w trybie „*In house*” osobom prawnym nad którymi sprawują kontrole taką, jak nad własnymi jednostkami, o ile ponad 80% działalności takiej jednostki jest prowadzone w ramach powierzenia przez gminę. Podał, że na potrzebę prounijnej wykładni przepisów prawa po wejściu w życie przedmiotowej dyrektywy wskazał Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 lipca 2006 r. C-212/04 w sprawie Adeneler (LEX nr 226725), w którym sąd ten podkreślił: „Ponadto począwszy od daty wejścia w życie dyrektywy sądy państw członkowskich zobowiązane są tak dalece jak jest to możliwe do powstrzymania się od dokonywania wykładni prawa wewnętrznego w sposób, który poważnie zagrażałby - po upływie terminu dla jej transpozycji - osiągnięciu wskazanego w niej rezultatu.” Podkreślił, że dyrektywa ta weszła w życie dnia 17.04.2014 r., a więc przed zawarciem ww. umowy z dnia (...) 12.2014 r.

Wskazał także, że Komisja niezasadnie nie zastosowała w przedmiotowej sprawie powoływanego przez Obwinionego przepisu art. 28 ust. 1 w związku z ust. art. 28 la i ust. 2 pkt 1 uondfp, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy (ust. 1) przy czym przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia (ust. la.), Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych wywołującego skutki

finansowe bierze się pod uwagę w szczególności wysokość skutku finansowego, w tym wysokość uszczuplonych środków publicznych (ust. 2 pkt 1). Tymczasem z niekwestionowanych przez oskarżyciela wyjaśnień Obwinionego - zwłaszcza z dnia 9.01.2017 r. - oraz z przyjętego przez Komisję Orzekającą stanu faktycznego wyniku, że zawarcie przez niego będącej przedmiotem sprawy umowy z dnia (...).12.2014 r. nie uszczupliło w żadnym stopniu środków publicznych, a przeciwnie - zawierając tę umowę Obwiniony skutecznie działał w kierunku uniknięcia wielomilionowego zadłużenia do jakiego doszło w Związku Międzygminnym (...).

Reasumując powyższą argumentację Obwiniony wskazał, że oczekuje, aby GKO dokonała zmiany zaskarżonego orzeczenia i uniewinniła go, ewentualnie orzekła o umorzeniu postępowania w tej sprawie.

Główna Komisja Orzekająca po przeprowadzeniu rozprawy uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i utrzymała w mocy zaskarżone orzeczenie.

Rozprawa przed GKO odbyła się z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych oraz Obwinionego.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO, zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego w czasie popełnienia czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania, wskazać należy bowiem, że jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia to stosuje się ustawę nową z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawy.

W przedmiotowej sprawie poza sporem jest kwestia, że stan prawny na chwilę orzekania zmienił się w sposób zasadniczy od stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu. Niewątpliwie w czasie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu w zakresie odbierania i zagospodarowywania odpadów obowiązywały przepisy ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 ze zm.), dalej w skrócie „ucpg”, oraz ustawy Pzp. Wskazać należy, że obowiązujący w dacie zawarcia umowy art. 6e ucpg, stanowiący o tym, że spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na zlecenie gminy, w

przypadku, gdy zostały wybrane w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ucp, przepis ten został uchylony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 21016 r. poz. 1020). Ponadto nowelizowana ustawa Pzp uchyliła z dniem 1 stycznia 2017 r. art. 6g ucp, z którego treści wynikało, że do przetargów o których mowa w art. 6d ust. 1 ucp w zakresie nieuregulowanym w ustawie ucp stosuje się ustawę Pzp. Nowelizacja ustawy Pzp spowodowała również zmianę wspomnianego art. 6d ust. 1 ucp.

Od 1 stycznia 2017 r. wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c ucp, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, a nie jak było dotychczas, zorganizować przetarg na ww. usługę. Zawarte w tym przepisie określenie „zamówienie publiczne” oznacza, że zamawiający (wójt, burmistrz, prezydent miasta) przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosując przepisy ustawy Pzp, a w tym jeden ze wskazanych w tych przepisach tryb udzielenia zamówienia *in-house*. Regulacja zawarta w art. 6d ust. 1 ucp ma charakter przepisu *lex specialis*, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 r. poz. 573).

Podkreślenia wymaga kwestia, że nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku wprowadziła do polskiego porządku prawnego, poprzez nowelizację art 67 ust. 1 pkt 12 – 15 Pzp, możliwość udzielania zamówień typu *in-house*. Z tej instytucji mogą korzystać podmioty będące podmiotem dominującym dla osoby prawnej w sytuacji, kiedy ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego lub podmioty publiczne sprawującego tę kontrolę. Tym samym z instytucji *in-house* mogą korzystać także Gminy, które udzielają zamówień swoim spółkom komunalnym. Sposób obliczenia procentu działalności został w sposób wiążący ustalony w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. W świetle tego przepisu do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c ustawy Pzp, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Udzielenie zamówienia w trybie *in-house* odnosi się do przedsięwzięcia realizowanego we własnym zakresie, własnymi siłami, w ramach własnego przedsiębiorstwa. W zakresie

zamówień publicznych polega to na tym, że zamawiający zamiast udzielać zamówienia na wolnym rynku, w konkurencyjnych trybach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, zleca wykonanie zadań zależnym od siebie spółkom, w których nie ma udziału kapitał prywatny.

Mając na uwadze powyższe GKO postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dacie orzekania, uznając, że obowiązujące przepisy w dacie popełnienia czynu nie są względniejsze dla Obwinionego.

GKO uwzględniając zebrany materiał dowodowy uznała, że zamawiający był zobowiązany do udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych wyłącznie poprzez tryb procedury przetargowej określonej w art 10 ust. 1 Pzp, a taki tryb przy zawieraniu umowy z dnia (...).12.2014 r. z (...) zamawiający pominął. Należy przy tym podkreślić, że zarzut postawiony Obwinionemu sprowadza się do tego, że udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w (żadnym) trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, zatem nie zastosował nawet trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż w czasie popełnienia czynu przez Obwinionego było oczywiste, że nie mógł zastosować tego trybu. Dodać należy, że – w ocenie GKO - obecnie także zastosowanie trybu z wolnej ręki (którego Obwiniony nie stosował) nie byłoby możliwe. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że w latach 2012-2014 wartość przychodów (...) Sp. z o.o. z tytułu powierzenia realizacji zadań własnych gminy w przychodach ogółem wyniosła średnio 85,58 %. Tym samym warunek wynikający z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dotyczący wykonywania, zadań powierzonych przez zamawiającego własnej spółce w ponad 90% nie został spełniony, co skutkuje tym, że zamawiający nie byłby uprawniony do zawarcia umowy na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z zastosowaniem trybu in-house.

GKO uznała za niezasadne stanowisko Obwinionego zawarte w odwołaniu, że do ustalenia wysokości współczynnika realizacji zadań własnych gminy w przychodach ogółem (...) Sp. z o.o. należało także zaliczyć przychody z tytułu odbierania odpadów od mieszkańców Gminy (...) w oparciu o zawierane indywidualne umowy. Podkreślić należy, że dla możliwości udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych niezbędne jest kumulatywne spełnienie wszystkich trzech warunków wskazanych w przepisie art 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Dla ustalenia współczynnika wykonywanych zadań na rzecz zamawiającego sprawującego kontrolę nad spółką możliwe jest ujęcie tylko tych zadań, które

zostały spółce powierzone przez zamawiającego. Natomiast próba włączenia do obliczenia tego współczynnika kwot z tytułu przychodu spółki z tytułu zawierania indywidualnych umów cywilnych z mieszkańcami Gminy (...) w żaden sposób nie może być uznana za wykonywanie czynności powierzonych przez Gminę. Zawieranie ww. umów z mieszkańcami Gminy oraz rozliczanie należności z tego tytułu odbywało się poza udziałem Gminy, a więc wykonywanie takiej działalności nie można uznać za wykonywanie czynności powierzonych. Próba włączenia do wyliczenia współczynnika 90% z wykonywania zadań powierzonych przez Gminę przez (...) Sp. z o.o. stanowiło zdaniem GKO obejście wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i jako takie było sprzeczne z tą ustawą. Niewątpliwym jest, że możliwość zastosowania jak trybu postępowania – trybu z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasady wskazanej w art. 10 ust.1 Pzp i jako wyjątek nie może podlegać wykładni rozszerzającej.

Analizując powyższą sytuację prawną przez pryzmat wykładni językowej art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp stwierdzić należy, że ustawodawca przy określaniu zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej posłużył się sformułowaniem „dotyczy wykonywania zadań powierzonych”. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy uznać trzeba, że użycie słowa „dotyczy” nie ma charakteru przypadkowego, ale stanowi odzwierciedlenie celowego zamierzenia ustawodawcy. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego słowo dotyczyć oznacza tyle co „odnosić się do kogoś lub do czegoś”. Tak więc biorąc po uwagę wykładnię językową tego przepisu to 90 % działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno odnosić się do wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego, a nie z uwzględnieniem działalności realizowanej na terenie Gminy.

Tym samym GKO uznała brak podstaw prawnych do przyjęcia innej wysokości podanego współczynnika niż ustalony we wniosku Rzecznika tj. 85,58%. Zamawiający udzielając przedmiotowego zamówienia w 2014 r. jako podstawę podjętego działania celem udzielenia zamówienia własnej spółce z pominięciem procedur przetargowych podał, że dnia 16.02.2014 r. Parlament Europejski i Rada wydały Dyrektywę nr 2014/24/UE w której z art. 12 wynika, że „regulowany w tej dyrektywie obowiązek udzielania zamówień publicznych nie dotyczy m. in. sytuacji, gdy zamawiająca gmina, jako właściciel udziałów sprawuje kontrolę nad spółką, która ma wykonywać zadanie, będące przedmiotem zamówienia i wykonuje zlecony przez Gminę odbiór odpadów. (...) Wobec powyższego, kierując się wyższością prawa unijnego nad prawem krajowym, przy jednoczesnym zaistnieniu swobodnego stanu wyższej konieczności, polegającego na znacznych trudnościach z opanowaniem

sytuacji z odbiorem odpadów przez miasto (...) i gminy zrzeszone w związku (...), Gmina (...) postanowiła powierzyć odbiór odpadów własnemu (...), wobec spełniania przez niego wymogów ww. Dyrektywy”. Tym samym zamawiający oparł sposób udzielenia zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów nie na przepisach prawa krajowego, lecz bezpośrednio na przepisach dyrektywy.

Odnosząc się zatem do możliwości bezpośredniego zastosowania przepisów prawa unijnego do oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, że warunkiem koniecznym, który umożliwiłby zastosowanie dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. mogłoby być niewłaściwe jej wprowadzenie przez państwo, bądź brak jej wprowadzenia, mimo upływu wyznaczonego do tego terminu. W czasie, kiedy Obwiniony udzielił kwestionowanego zamówienia tj. w 2014 r. nie upłynął jeszcze czas na transpozycje opisanej wyżej dyrektywy do polskiego porządku prawnego.

Tym samym nie był on uprawniony do takiego działania. Nie do zaakceptowania byłaby bowiem - zdaniem GKO - sytuacja, że w kraju obowiązywałyby dwa porządki prawne, jeden wynikający z uregulowań prawa krajowego, a drugi wprost z uregulowań dyrektyw. Na potwierdzenie tej argumentacji wskazać należy także, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wykształciła się linia orzecznicza ETS (por. np. orzeczenie w sprawie C-425/14), z której można wywieść, iż bezpośrednie stosowanie przepisów dyrektywy przed prawem krajowym może mieć miejsce tylko w sytuacji, kiedy dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do dokonania transpozycji uregulowań dyrektywy do prawa krajowego, a transpozycja taka w określonym terminie nie nastąpiła lub też została wprowadzona niewłaściwie. Tak więc, przepisy dyrektywy w przedmiotowym zakresie nie mogły być źródłem praw podmiotowych dla Obwinionego, co wyłączało możliwość udzielania zamówienia publicznego w oparciu o przepisy dyrektywy.

Co więcej podkreślić należy iż ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę decyzji co do tego, czy zamierzają przenieść wyłączenie z art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. na grunt prawa krajowego. Tym samym zasadne jest twierdzenie, że ustawodawca unijny w dyrektywie odnośnie tzw. zamówień in-house zawarł wyłącznie upoważnienie dla państw członkowskich do wprowadzenia do krajowych porządków prawnych przepisów materialnoprawnych w zakresie zamówień publicznych między podmiotami sektora publicznego. Tym samym brak było możliwości, aby zamawiający do udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów zastosował

wprost przepisy dyrektywy. Przepisy dyrektywy w zakresie tzw. zamówień in-house, nie mają charakteru materialnoprawnego, gdyż nie przyznają instytucjom zamawiającym prawa do skorzystania z przedmiotowego wyłączenia. Adresatem tej normy pozostaje wyłącznie państwo członkowskie, które może, ale nie musi, dokonać transpozycji ww. przepisów dyrektywy do krajowego porządku prawnego. Tak więc, przepisy dyrektywy w przedmiotowym zakresie nie są źródłem praw podmiotowych dla instytucji zamawiających, co wyłącza możliwość udzielania zamówienia publicznego między podmiotami sektora publicznego bezpośrednio w oparciu o przepisy dyrektywy. Ponadto należy wskazać, iż regulacje prawa europejskiego w zakresie zamówień publicznych pozwalają państwom członkowskim na wprowadzenie bardziej restrykcyjnych obwarowań niż regulacje unijne uwzględniając przy tym historyczne, prawne, ekonomiczne czy społeczne sytuacje właściwe dla państw członkowskich (tak też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C 425/14). W związku z powyższym, Rzeczpospolita Polska jako państwo członkowskie Unii Europejskiej skorzystała z ww. uprawnienia i na podstawie przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych wdrożyła do ustawodawca krajowego przepisy odnośnie zamówień in-house, które normują ww. kwestię w sposób bard restrykcyjny niż regulacje ww. dyrektywy (ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotycz zarządzania sprawami tej osoby prawnej).

Podsumowując działanie obwinionego - mając na uwadze powyżej wykazane argumenty w zakresie transpozycji dyrektywy - było tym bardziej niezasadne, albowiem oparł się o przepisy, które mogły nie być transponowane do polskiego porządku prawnego.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołania dotyczącego braku uniewinnienia Obwinionego przez Komisję w oparciu o przepis art 23 ust. 1 uondfp, gdyż działanie Obwinionego wynikało z nieświadomości działania sprzecznego z prawem w sytuacji kiedy sposób działania był usprawiedliwiony dbałością o interes Gminy, wskazać należy, że z oświadczeń Obwinionego wynika, że świadomie wybrał taki a nie inny sposób przeprowadzenia zamówienia publicznego. Nie można zatem mówić o nieświadomości działania sprzecznego z prawem w szczególności wobec powszechnej wiedzy na temat

implementacji prawa Unii Europejskiej do polskiego porządku prawnego. Co więcej skoro zasadą jest stosowanie do zamówień publicznych polskich przepisów, powinien zachować szczególną ostrożność i podjąć dodatkowe kroki w celu upewnienia się czy działanie jego będzie legalne. Odnośnie argumentów obrońcy w tym przedmiocie i powoływanie się na wyrok Sądu Okręgowego z dnia 22 listopada 2018 r. sygn. akt XII C 2242/17, GKO zwraca uwagę, że wyrok ten został zaskarżony a zgodnie z art 45 ust. 2 uodnfp członkowie Głównej Komisji Orzekającej orzekają w granicach określonych ustawą oraz na mocy przekonania opartego na ocenie dowodów, rozstrzygają samodzielnie nasuwające się zagadnienia prawne i nie są związani rozstrzygnięciami innych organów, z wyjątkiem prawomocnego wyroku sądu.

Oceniając powyższe GKO uznała niezasadność stanowiska zamawiającego. W tym zakresie GKO wskazuje na zasadne stanowisko zaprezentowane w orzeczeniu Komisji, która uznała, że Obwiniony postąpił sprzecznie z przepisami ustawy Pzp, mimo, iż miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, gdyby dołożył staranności wymaganej od niego jako kierownika zamawiającego. Dlatego też Obwinionemu można przypisać winę. Obwiniony będąc upoważnionym do zawierania umów w sprawie zamówień publicznych powinien znać i prawidłowo stosować reguły wynikające z przepisów prawa i prawidłowo realizować wykonywane zadania. Dodać należy, że w świetle art. 19 ust. 2 uodnfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie jest, że osobą odpowiedzialną za przeprowadzenie postępowania w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych jest Obwiniony Pan (...) - Wójt Gminy (...), który zawierając ww. umowę naruszył przepisy obowiązującego w tym zakresie prawa.

Komisja pierwszej instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu za przypisane mu naruszenie dyscypliny finansów publicznych. GKO podziela rozstrzygnięcie Komisji w zakresie odstąpienia od wymierzenia Obwinionemu kary. Słusznie wzięto pod uwagę szereg okoliczności łagodzących. GKO nie widzi w tym miejscu potrzeby powielania argumentów Komisji I instancji.

GKO odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego braku zastosowania wobec Obwinionego przepisu art 28 ust.1 w zw. z przepisem art 28 ust.1a i ust. 2 pkt 1 uodnfp, tj. braku uznania, iż zarzucany Obwinionemu czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych

jest znikomo szkodliwy dla finansów publicznych, gdyż w wyniku zawarcia przedmiotowych umów nie nastąpiło uszczuplenie środków publicznych, uznaje powyższy zarzut za niezasadny. Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem zarówno sądów jak i GKO, każde naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest szkodliwe dla finansów publicznych. Ład finansów publicznych jest dobrem podlegającym ochronie niezależnie od faktu, czy w wyniku naruszenia tego ładu dochodzi do uszczuplenia zobowiązań finansowych jednostek gospodarujących tymi środkami.

GKO uznała, że postępowanie Obwinionego powodowało, iż stopień społecznej szkodliwości czynu był wyższy niż znikomy, a to uzasadniało uznanie go za odpowiedzialnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Ponadto brak jest podstaw do stwierdzenia braku uszczuplenia finansów publicznych. GKO wskazuje, że tylko udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym – dokonanie publicznego ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia, może wykazać za jaką cenę podaną w ofertach wykonawcy są zainteresowani podjęciem wykonania zamówienia, a więc jaka cena jest ceną rynkową. Nie można wykluczyć sytuacji, iż przy przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym na rynku byłyby podmioty zainteresowane wykonaniem tego zamówienia i to za cenę niższą niż określona w umowie z (...) sp. z o. o. Tym samym twierdzenie Obwinionego, że nie nastąpiła szkoda w finansach publicznych Gminy jest wyłącznie subiektywnym stanowiskiem Obwinionego. Ponadto należy podkreślić, że ustawodawca wprost wskazał (w art. 28 ust. 3 uondfp), że 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 - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Postępowanie Obwinionego wyłączyło konkurencję, dlatego nie można mówić o znikomej szkodliwości jego czynu.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania, zdaniem GKO, wskazane przez Komisję przepisy prawa materialnego (źródłowego) zostały naruszone, a tym samym zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych i należało oddalić odwołanie Obwinionego i utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie. Mając na uwadze powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji orzeczenia.