



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 13 marca 2017 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Tomasz Słaboszowski
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Elżbieta Gnatowska (<i>spr.</i>)
	<i>Członek GKO:</i>	Marek Gluch
Protokolant:		<i>Anna Jedlińska</i>

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2017 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionej (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 7 października 2016 r., sygn. akt RKO/7100/54/16, którym uniewinniono Obwinioną (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję zastępcy wójta Gminy (...) – od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez to, że w (...) naruszyć miała art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), poprzez udzielenie w toku realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa świetlicy wiejskiej w sołectwie (...) w Gminie (...)” w trybie z wolnej ręki w dniu 9 października 2013 r., zamówienia dodatkowego na roboty budowlane, pomimo braku zaistnienia przesłanek do zastosowania tego typu udzielenia zamówienia; Czas popełnienia czynu jest tożsamy z dniem zawarcia umowy nr RO.272.231.2013.MK, tj. 9 października 2013 r.; Wartość środków finansowych będących przedmiotem naruszenia wynosi 284.191,25 zł brutto (231.049,80 zł netto), co stanowi wartość robót dodatkowych, niespełniających wymogów art. 67 ust. 1 pkt 5

ustawy - Prawo zamówień publicznych, wyliczoną według wartości robót odnotowanych w protokołach konieczności i uzgodnionych w negocjacjach

oraz obciążono Skarb Państwa kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł,

orzeka

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 z późn. zm.) uchyla 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 Katowicach.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 7 października 2016 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach (zwana dalej RKO) uniewinniła Obwinioną - panią (...) – od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej uondfp), polegającego na udzieleniu, w toku realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa świetlicy wiejskiej w sołectwie (...) w Gminie (...)”, zamówienia dodatkowego na roboty budowlane, w trybie zamówienia z wolnej ręki, pomimo niezastnienia przesłanek ustawowych dopuszczających zastosowanie tego trybu, co naruszało art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. RKO uznała, że w zarzucanym Obwinionej czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych i jako podstawę uniewinnienia wskazała art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 w związku z art. 24 uondfp.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO wskazała następujące okoliczności i powody podjęcia omawianego rozstrzygnięcia.

1. Zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych został oparty przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na ustaleniach dokonanych w trakcie kontroli przeprowadzonej w Gminie (...) w okresie od 21 września 2015 r. do 30 października 2015 r.
2. RKO, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uodfnp, dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w chwili popełnienia zarzucanego czynu ze stanem obowiązującym w chwili orzekania, w celu stwierdzenia czy nastąpiła zmiana prawa i czy istnieje okoliczność wymagająca zastosowania przepisów względniejszych dla sprawcy.
3. RKO stwierdziła, że zarówno w czasie popełnienia czynu jak i w momencie orzekania opis czynu, sformułowany w art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfnp nie uległ zmianie. Natomiast zasadniczo zmieniły się przepisy art. 67 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, do których odnosi się wspomniany art. 17 ust. 1b pkt 2. Nowelizacja ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonana ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r, o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, uchyliła obowiązywanie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a więc – w ocenie RKO – „w chwili orzekania nie obowiązuje już przepis, który p. (...) miała naruszyć”.
4. RKO uznała, że „*że sam przepis art. 10 ust. 2 Pzp, jako norma ogólna, nie definiująca konkretnego, związanego z zarzutem działania nieprawidłowego [...] - nie może być wystarczająca do rozważania ewentualnej odpowiedzialności za popełnienie przez Panią (...) czynu zabronionego wskazanego we wniosku Rzecznika*”.
5. W ocenie RKO „*uchylając przepis uprawniający zamawiającego do udzielenia zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy, ustawodawca umożliwił obecnie łatwiejsze rozszerzenie przedmiotu zamówienia w drodze aneksu do umowy przy podobnych jak dla poprzedniego stanu prawnego warunkach*”.

Jednocześnie RKO podkreśliła, iż nie wypowiedziała się w kwestii zgodności decyzji podjętej przez Obwinioną – o udzieleniu zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki - z przepisami prawa, bowiem zastosowała wyrażony w art. 24 uodfnp, priorytet nowej ustawy nad przepisami obowiązującymi w dniu popełnienia czynu (chyba, że te są względniejsze dla sprawcy).

Od orzeczenia z dnia 7 października 2016 r. odwołanie, na niekorzyść Obwinionej, wniósł – dnia 8 listopada 2016 r. - Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą przy Regionalnej Izbie

Obrachunkowej w Katowicach (zwany dalej Rzecznikiem). Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

- naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 24 ust. 1 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, poprzez przyjęcie, że ustawa obowiązująca w chwili popełnienia czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych nie jest względniejsza dla Obwinionej i zastosowanie ustawy obowiązującej w chwili orzekania;
- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, obowiązującej w chwili popełnienia czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych, poprzez jego niezastosowanie.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Rzecznik podniósł m.in., że:

- Zamawiający udzielając w 2013 r., w trybie zamówienia z wolnej ręki, dotychczasowemu wykonawcy, zamówienia dodatkowego na roboty budowlane, pomimo braku zaistnienia przesłanek do zastosowania tego trybu, dopuścił się naruszenia obowiązującego wówczas art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp;
- wskazanie (...), jako osoby odpowiedzialnej naruszenia dyscypliny finansów publicznych wynika z faktu, że będąc Zastępcą Wójta Gminy udzieliła zamówienia na roboty dodatkowe, podpisując umowę z dnia 9 października 2013 r.;
- nie można zgodzić się z interpretacją przepisów dokonaną przez RKO, zaprezentowaną w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Wprawdzie bezsporne jest, że nowelizacja ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonana ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020) uchyliła (z dniem 28 lipca 2016 r.) regulację art. 67 ust. 1 pkt 5, jednak RKO wyciągnęła z tego faktu błędne wnioski. Nie sposób bowiem zgodzić się z wnioskiem, że *„uchylając przepis uprawniający zamawiającego do udzielenia zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy, ustawodawca umożliwił obecnie łatwiejsze rozszerzenie przedmiotu zamówienia w drodze aneksu do umowy przy podobnych jak dla poprzedniego stanu prawnego warunkach”*.
- w ocenie Rzecznika stan prawny obowiązujący w chwili orzekania, ze względu na uchylenie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie dopuszcza udzielenia zamówienia z wolnej ręki na roboty dodatkowe, podczas gdy

wg. stanu prawnego na dzień popełnienia czynu Zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej na roboty dodatkowe, jeśli zaistniałyby okoliczności przewidziane w obowiązującym wówczas art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Dlatego RKO powinna zastosować prawo względniejsze dla Obwinionej, tj. przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu;

- uniewinnienie z powodu uchylenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych narusza art. 24 ust. 1 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, ponieważ wg. aktualnego stanu prawnego udzielenie zamówienia z wolnej ręki na roboty dodatkowe, o których była mowa w tym przepisie, jest niezgodne z ustawą – Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Rzecznik wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego orzeczenia z dnia 7 października 2016 r. wydanego przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach i o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO.

Dnia 13 marca 2017 r. odbyła się rozprawa przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (zwaną dalej GKO). W wyniku rozpoznania sprawy GKO uznała, że co do istoty sprawy odwołanie Rzecznika zasługuje na uwzględnienie i orzeczenie pierwszej instancji wydane przez RKO nie może się ostać.

Podstawowym uchybieniem RKO w zakresie rozpoznania sprawy było zaniechanie merytorycznego rozpoznania zarzutów dotyczących braku podstaw do udzielenia przez Obwinioną zamówienia dodatkowego, zarówno w świetle obowiązującego w chwili popełnienia czynu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, jak również w świetle obowiązującego w chwili orzekania art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych po nowelizacji, który przewiduje odmienne od dotychczasowych przesłanki i formę realizacji zamówień dodatkowych.

W ocenie GKO, badając sprawę w pierwszej instancji, RKO słusznie postanowiła ocenić - w oparciu o treść art. 24 ust. 1 uondfp - które przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych są względniejsze dla Obwinionej, dokonała tego jednak w sposób nieprawidłowy.

Przede wszystkim nie można zgodzić się z poglądem, że art. 10 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie może stanowić samodzielnej podstawy orzekania o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfp. Przywołany art. 10 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych ustanawia zasadę, że zamówienia można udzielić (m.in.) w trybie zamówienia z wolnej ręki tylko w okolicznościach szczegółowo unormowanych w ustawie. Udzielenie takiego zamówienia w omawianym trybie - jeżeli ustawa – Prawo zamówień publicznych w ogóle nie przewiduje określonej przesłanki – stanowi więc naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, dotyczących przesłanek stosowania tego trybu, czyli wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfp. Należy zatem przyznać rację Rzecznikowi, że uchylene art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie stwarza stanu prawnego względniejszego dla Obwinionej, a wręcz przeciwnie – co do zasady uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzieleniu zamówienia dodatkowego obejmującego roboty budowlane.

Jednocześnie, jak słusznie zauważyła RKO, uchylając art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, jako podstawę udzielania zamówień dodatkowych w trybie zamówienia z wolnej ręki, ustawodawca dopuścił możliwość rozszerzenia przedmiotu zamówienia w drodze zawarcia aneksu do umowy, na podstawie 144 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.). Nie jest jednak uprawnione twierdzenie RKO, że „*ustawodawca umożliwił obecnie łatwiejsze rozszerzenie przedmiotu zamówienia w drodze aneksu do umowy przy podobnych jak dla poprzedniego stanu prawnego warunkach*” oraz wniosek, że w takich okolicznościach nie jest konieczne badanie prawnych podstaw udzielenia zamówienia dodatkowego. Jest wręcz przeciwnie. Wobec zaistniałych zmian prawnych, istotnie wpływających na kwalifikację czynu Obwinionej, RKO powinna bardzo starannie przeanalizować i ocenić stan faktyczny sprawy (w szczególności możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na roboty budowlane bez przeprowadzania wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym) w świetle obu stanów prawnych ustawy – Prawo zamówień publicznych – tj. obowiązującego w chwili popełnienia czynu, jak również obowiązującego w chwili orzekania.

GKO stoi na stanowisku, że bez względu na formę zlecenia dotychczasowemu Wykonawcy realizacji zamówień dodatkowych (tj. formę zamówienia z wolnej ręki czy formę zmiany umowy rozszerzającej jej zakres), kluczowe jest dokonanie analizy

ustawowych warunków dopuszczalności realizacji zamówień dodatkowych. Zarówno w poprzednim jak i obecnym stanie prawnym ustawa – Prawo zamówień publicznych takie warunki (mimo, że nieco odmiennie) precyzyjnie opisuje i nie jest uprawnione pomijanie ich analizy przy dokonywaniu oceny stanu faktycznego sprawy. Dlatego podczas ponownego rozpatrywania sprawy RKO powinna merytorycznie rozpatrzyć zarzuty stawiane obwinionej i ustalić na podstawie art. 24 ust. 1 uondfp, czy w świetle obowiązujących w chwili orzekania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, Obwiniona mogłaby zlecić dotychczasowemu wykonawcy realizację zamówień dodatkowych na roboty budowlane, przy czym RKO nie jest tu związana granicami art. 67 ustawy – Prawo zamówień publicznych lecz powinna także dokonać oceny przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 pkt 2 tej ustawy. RKO powinna także rozważyć czy względniejsza dla Obwinionej nie jest regulacja ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązująca w chwili popełnienia czynu.

W przypadku ewentualnego uznania przez RKO - o czym orzeczenie wydane przez GKO nie może przesądzać – że ustalony stan faktyczny sprawy nie wyczerpuje ustawowych przesłanek dopuszczających możliwość zlecenia dotychczasowemu wykonawcy wykonania zamówień dodatkowych, ani na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązującej w chwili popełnienia czynu, ani na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązującej w chwili orzekania, RKO powinna orzec na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązującej w chwili orzekania, kierując się treścią art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, GKO rozstrzygnęła jak w sentencji.