



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

Warszawa, dnia 21 maja 2018 r.

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Anna Packo</b> ( <i>spr.</i> )
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Paweł Adam Trojan</b>
	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	<b>Wojciech Robaczyński</b>
Protokolant:		<b>Anna Jedlińska</b>

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 29 marca i 21 maja 2018 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Międzyresortową Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw finansów publicznych na niekorzyść Obwinionego (...), oraz z odwołania obrońcy wniesionego w imieniu Obwinionego na jego korzyść, od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw finansów publicznych z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt: BDF3.4801.27.2017, pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...), w zakresie, w którym umorzono postępowanie wobec (...) w sprawie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na zawarciu w dniu 7 sierpnia 2014 r. w formie aktu notarialnego umowy najmu między firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „(...)”(...), a Gminą (...), w której imieniu umowę podpisał, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 sierpnia 2014 r. (nr Rep. A 3699/2014)

udzielonego przez Prezydenta Miasta (...) - Pana (...), Pan (Y), pełniący w chwili popełnienia czynu funkcję Sekretarza Miasta (...),

oraz orzeczono, że koszty postępowania poniesie Skarb Państwa,

**orzeka**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311), utrzymuje w mocy orzeczenie w zaskarżonym zakresie.**

**Pouczenie:**

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

### **Uzasadnienie**

Orzeczeniem z 13 grudnia 2017 r., sygn. akt BDF3.4801.27.2017, Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw finansów publicznych, zwana dalej „MKO”, po rozpoznaniu sprawy z wniosku o ukaranie, z 15 marca 2016 r., złożonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...), w sprawie przeciwko (...), zwanemu dalej „Obwinionym” – w czasie popełnienia zarzucanych naruszeń dyscypliny finansów publicznych pełniącemu funkcję Prezydenta Miasta (...), orzekając, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1311 z późn. zm.), zwanej dalej „uondfp” umorzyła postępowanie wobec Obwinionego w sprawie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp oraz, na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp kosztami postępowania obciążyła Skarb Państwa.

W uzasadnieniu swojego orzeczenia MKO wskazała, że Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...), zwana dalej „RKO”, uniewinniła Obwinionego (oraz drugiego z obwinionych – Sekretarza Miasta (...)) od zarzutu zawarcia 7 sierpnia 2014 r. umowy

## Sygn. akt BDF1.4800.7.2018

najmu między (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe (...) a Gminą (...), czym, zdaniem Rzecznika, naruszono art. 7 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.), zwanej dalej „uPzp”, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę legalizmu, o której mowa w art. 7 ust. 3 uPzp w związku z art. 40 ust. 3, w tym w związku z art. 48 ust. 1 uPzp, bowiem umowa zawierała konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane, co wypełnia znamiona czynów określonych w art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 1 uodfp. Komisja uznała, że ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy doszło do zawarcia umowy najmu rzeczy przyszłej – mającego powstać w przyszłości obiektu budowlanego, a nie umowy o roboty budowlane.

Od powyższego orzeczenia Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Międzyresortową Komisję Orzekającą przy ministrze właściwym do spraw finansów publicznych wniósł odwołanie na niekorzyść obwinionych. Główna Komisja Orzekająca, dalej zwana „GKO”, orzeczeniem z 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt BDF1.4800.79.2016, uchyliła zaskarżone orzeczenie w całości i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania przez RKO.

GKO zaleciła Komisji I instancji dokonanie zmiany oceny prawnej zawartej umowy z umowy najmu na umowę o roboty budowlane oraz uznanie, iż, w świetle ustalonego stanu faktycznego oraz obowiązującego stanu prawnego, doszło do popełnienia czynu opisanego w treści wniosku o ukaranie w rozumieniu przedmiotowych znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zarówno w świetle przepisów obowiązujących w chwili popełnienia czynu, jak i chwili orzekania. Równocześnie GKO zwróciła uwagę na istotne wątpliwości co do aspektów podmiotowych niniejszej sprawy. We wniosku o ukaranie wskazano dwóch sprawców czynu, umowę natomiast podpisał tylko jeden z nich, należy zatem wyjaśnić, kto jest sprawcą czynu i na jakiej podstawie, w tym ze szczególnym uwzględnieniem treści art. 4 ust. 1 pkt 1 i 3 oraz art. 19 uodfp. GKO nie wykluczyła, że obydwaj obwinieni mogą być ewentualnie pociągnięci do odpowiedzialności, ale należy powyższe kwestie wyjaśnić i doprecyzować, a przede wszystkim przeanalizować wnikliwie treść udzielonego pełnomocnictwa.

Pismem z 1 czerwca 2017 r. Przewodniczący RKO zwrócił się z prośbą o wyznaczenie innej komisji orzekającej z uwagi na wyłączenie od udziału w sprawie 8 z 10 członków RKO oraz z powodu kończącej się 31 lipca 2017 r. kadencji regionalnych komisji orzekających.

## Sygn. akt BDF1.4800.7.2018

Postanowieniem z 20 czerwca 2017 r., nr BDF1.4800.58.2017, Przewodniczący GKO wyznaczył MKO do rozpatrzenia przedmiotowej sprawy.

MKO zważyła, co następuje. Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna, niż w czasie popełnienia zarzucanego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. W rozpatrywanej sprawie zarzucany obwinionym czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego przez ustawę w czasie jego popełnienia. Czyn ten stanowi również naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu ustawy obowiązującej w czasie orzekania. W takiej sytuacji MKO zastosowała przepisy obowiązujące w dacie orzekania.

MKO wskazała, że zgodnie z art. 150 uondfp, komisja orzekająca, której sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania, orzeka w granicach, w jakich nastąpiło przekazanie, a wskazania GKO co do dalszego postępowania są dla niej wiążące, zatem poza zakresem ustaleń pozostawiła kwestię popełnienia czynu opisanego w treści wniosku o ukaranie, ponieważ ten aspekt odpowiedzialności został rozstrzygnięty w sposób wiążący.

MKO wskazała, że odpowiedzialność z tytułu dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która dopuściła się nieprawidłowości, pod warunkiem skutecznego powierzenia jej czynności w trybie określonym przepisami. Powierzenie to ma swoje umocowanie w szczególności w art. 53 ust. 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U z 2017, poz. 2077 z późn. zm.) zwanej dalej „ufp”.

W świetle art. 4 pkt 3 undfp, w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie orzekania, odpowiedzialność tę ponoszą m. in. pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej. Z kolei art. 53 ust. 2 ufp stanowi, że określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej może powierzyć pracownikom, w formie imiennego upoważnienia lub wskazania w regulaminie organizacyjnym, kierownik jednostki sektora finansów publicznych. Przyjęcie obowiązków przez te osoby powinno być potwierdzone dokumentem w formie odrębnego imiennego upoważnienia albo wskazania w regulaminie organizacyjnym tej jednostki. Powierzenie obowiązków w zakresie gospodarki finansowej ma więc na celu uświadomienie pracownikowi, że za ewentualne nieprawidłowości w zakresie mu powierzonym będzie on ponosił odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych tak, jakby był

kierownikiem tej jednostki. Powierzenie obowiązków w zakresie gospodarki finansowej wymaga spełnienia szeregu warunków, z których do istotniejszych należą:

- 1) powierzone obowiązki muszą mieścić się w pojęciu „gospodarka finansowa”,
- 2) powierzone obowiązki muszą być wyraźnie określone,
- 3) powierzenia obowiązków może dokonać wyłącznie kierownik,
- 4) obowiązki muszą zostać powierzone w dokumencie o określonej formie, tj. w odrębnym imiennym upoważnieniu lub w regulaminie organizacyjnym jednostki.

Żaden z wyżej wymienionych warunków skutecznego powierzenia obowiązków w zakresie gospodarki finansowej nie został spełniony w stosunku do Sekretarza Miasta (...), gdyż analiza regulaminu organizacyjnego oraz przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazały, aby Sekretarzowi Miasta w zakresie zarzucanego czynu zostało powierzone prowadzenie gospodarki finansowej. Zawarcie umowy na podstawie pełnomocnictwa z 5 sierpnia 2014 r., udzielonego przez Prezydenta Miasta (...) w formie aktu notarialnego do dokonania konkretnie wymienionej czynności cywilnoprawnej, nie rodzi odpowiedzialności w zakresie dyscypliny finansów publicznych, pełnomocnik bowiem działa w imieniu udzielającego upoważnienia i ze skutkami dla niego.

W związku z powyższym MKO uznała, że Sekretarz Miasta nie jest objęty zakresem podmiotowym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonym w art. 4 pkt 3 uondfp i uniewinniła go od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

MKO wskazała również, że zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określony w art. 4 pkt 2 uondfp, zgodnie z którym odpowiedzialność tę ponoszą kierownicy jednostek sektora finansów publicznych, wskazuje, że podmiotowa przesłanka odpowiedzialności zachodzi wobec Obwinionego, pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...). Obwiniony był bowiem kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych odpowiedzialnym za całość gospodarki finansowej stosownie do dyspozycji art. 53 ust. 1 ufp. Ponościł on odpowiedzialność również na podstawie art. 18 ust. 1 uPzp, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.

Wobec ustalenia, że w stosunku do Obwinionego zachodzą przesłanki podmiotowe i przedmiotowe odpowiedzialności w zakresie zarzucanych mu czynów, w dalszej kolejności MKO rozważyła, czy w sprawie będzie miał zastosowanie art. 28 ust. 1 uondfp, zgodnie z którym nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,

którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. W związku z powyższym MKO przeprowadziła ocenę stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych w oparciu o kryteria wymienione w art. 28 ust. 1a – ust. 3 uondfp.

Zgodnie z art. 28 ust. 1a uondfp przy ocenie ww. stopnia szkodliwości uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia.

W rozpatrywanej sprawie wskazówką jest art. 28 ust. 3 uondfp *in fine*. Zgodnie z tym przepisem przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i art. 17a uondfp, konieczne jest uwzględnienie sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

Niezastosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający, który nie stosuje zasad i trybów określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, pozbawia się możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty. Przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji w warunkach gry wolnorynkowej przynosi korzyści zarówno pojedynczej jednostce sektora finansów publicznych, jak i finansom publicznym.

W niniejszej sprawie zakwalifikowanie umowy z 7 sierpnia 2014 r. jako umowy najmu, czego skutkiem było niezastosowanie trybów przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie spowodowało odstąpienia od wyłonienia kontrahenta z poszanowaniem zasad konkurencyjności. Przeprowadzono bowiem konkurs ofert po uprzednim ogłoszeniu zaproszenia do ich składania w lokalnej prasie – zagwarantowano zatem równy dostęp wszystkich uczestników do wszelkich informacji dotyczących przyszłej umowy. Sposób wyboru ofert gwarantował również ich wybór na równych zasadach, z zachowaniem tożsamyh kryteriów wobec wszystkich.

MKO podkreśliła, że po zajęciu stanowiska przez Urząd Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21 września 2015 r., znak UZP/DKD/KND/1/15 oraz w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 15 października 2015 r., stanowiącym odpowiedź na zastrzeżenia zgłoszone do wyniku kontroli doraźnej, że zawarta umowa posiadała konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane, w listopadzie 2015 r. rozwiązano ją za porozumieniem stron. Powyższe rozwiązanie umowy nie spowodowało obciążenia Miasta (...) żadnymi kosztami i otworzyło możliwość zastosowania trybów przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wycofanie z obrotu prawnego umowy najmu skutkowało również tym, że nie dokonano żadnego

wydatku. Brak wydatku zaś powoduje, że skutki naruszenia są znikome, bowiem w tej sytuacji nie można mówić o naruszeniu zasady równego dostępu do środków jednostki finansów publicznych.

Zdaniem MKO, oceniając sposób i okoliczności naruszenia obowiązków nie można tracić z pola widzenia, że w zawartej umowie znajdowały się elementy charakterystyczne dla najmu, co dawało również podstawę do interpretacji, że jest to umowa niepodlegająca przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszystkie powyższe okoliczności uzasadniały przyjęcie, że stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinionego był znikomy, co skutkowało umorzeniem postępowania.

Od powyższego orzeczenia Rzecznik – na niekorzyść Obwinionego – oraz obrońca Obwinionego – na korzyść Obwinionego – wnieśli odwołania do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych.

Rzecznik zaskarżonemu orzeczeniu MKO zarzucił:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na dokonaniu przez MKO dowolnej oceny ujawnionego w czasie rozprawy materiału dowodowego i uznaniu, wbrew zgromadzonemu materiałowi dowodowemu, iż Obwiniony, zawierając poprzez pełnomocnika, bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, umowę najmu rzeczy przyszłej będącą *de facto* umową o roboty budowlane – mającego powstać w przyszłości obiektu budowlanego, a następnie w wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zakończonej 21 września 2015 r. oraz pisma Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 15 października 2015 r., rozwiązując w listopadzie 2015 r. ww. umowę za porozumieniem stron, co nie spowodowało obciążenia Miasta (...) żadnymi kosztami i otworzyło możliwość zastosowania trybów przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a wycofanie z obrotu prawnego umowy najmu skutkowało również tym, że nie dokonano żadnego wydatku, naruszył w stopniu znikomym dyscyplinę finansów publicznych, podczas gdy zebrany materiał dowodowy wskazuje jednoznacznie, iż zachowanie Obwinionego faktycznie i realnie szkodziło łaadowi finansów publicznych w związku z czym stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych był więcej niż znikomy;
- 2) obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 134 ust. 1 uondfp poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i logicznego

wnioskowania polegającą na dowolnym przyjęciu, że stopień szkodliwości czynów popełnionych przez Obwinionego jest znikomy.

Rzecznik wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej Obwinionego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania komisji orzekającej.

W ocenie Rzecznika nie sposób się zgodzić z orzeczeniem MKO, gdyż zgodnie z art. 28 ust. 3 uondfp 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 uondfp, sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W niniejszej sprawie Obwiniony podpisał poprzez pełnomocnika umowę, nazwaną umową najmu, w dacie kiedy budynek jeszcze nie istniał, zatem *de facto* była to umowa o roboty budowlane. Zatem była to umowa o roboty budowlane, która powinna zostać zawarta w jednym z konkurencyjnych trybów przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, a tym samym zamówienie potencjalnie mogłoby dotyczyć innego kręgu oferentów niż ci, którzy zgłosili swoje oferty w omawianym przypadku, co w opinii Rzecznika miało istotny wpływ na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Przy ocenie stopnia szkodliwości naruszenia MKO, w ocenie Rzecznika, nie uwzględniła również, że przedmiotowa umowa była w obrocie prawnym przez okres 15 miesięcy, zatem należy uznać, że było to długotrwałe naruszenie ładu finansów publicznych. W konsekwencji fakt nieponiesienia skutków finansowych przez Miasto (...) nie powinien przesądzać o uznaniu działania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy.

Mając powyższe na względzie, zdaniem Rzecznika, wbrew stanowisku MKO, która w świetle powyższych rozważań nie rozpatrzyła w stopniu wyczerpującym i wszechstronnym stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, nie można uznać działania Obwinionego w świetle art. 28 ust. 1 uondfp za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy i umorzyć postępowania na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 uondfp.

Podczas rozprawy przed GKO, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych (ZGRDFP) wskazał, że zarówno w opisie czynu zarzucanego, jak i przypisanego Obwinionemu, wskazano dwa różne czyny, tj. czyn określony w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp i czyn określony w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp. Według ZGRDFP te dwa czyny są różne



i nie powinny zostać połączone w jeden czyn, zwłaszcza, że z opisu czynu wynika, że przedmiotem zarzutu nie jest nieopublikowanie czy nieprzekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tylko udzielenie zamówienia z pominięciem procedury wymaganej prawem, tj. zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem ZGRDFP należałoby zmodyfikować opis czynu przypisanego Obwinionemu. ZGRDFP uznał też, że argumentacja przedstawiona przez Rzecznika we wniesionym odwołaniu odnośnie art. 28 uondfp jest nieprzekonująca, sam próbował przeanalizować sprawę pod tym kątem, ale nie znalazł podstaw aby uznać, że ta sprawa miała szkodliwość wyższą niż wskazana w tym przepisie. Dlatego jego zdaniem orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w tym zakresie jest prawidłowe.

W związku z powyższym wniósł o korektę opisu czynu przypisanego Obwinionemu poprzez usunięcie z opisu czynu art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp i pozostawienie w mocy orzeczenia MKO o umorzeniu postępowania wobec Obwinionego.

Odwołanie od orzeczenia – na korzyść Obwinionego – złożył także obrońca Obwinionego wnosząc o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz uniewinnienie Obwinionego od zarzucanego mu czynu.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że na mocy zaskarżonego orzeczenia umorzono postępowanie wobec Obwinionego oraz uniewinniono drugiego z obwinionych, jednak zgromadzony materiał dowodowy pozwalał w pełni także na uniewinnienie Obwinionego.

Zgodnie z art. 19 ust. 2 uondfp, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć, mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Aby ponieść odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, sprawca czynu nie tylko musi wypełnić obiektywne znamiona czynu zabronionego, ale również jego działanie lub zaniechanie musi posiadać przedmiotowe znamię zawinienia, to jest być czynem zawinionym (orzeczenie GKO z 25 maja 2017 r., sygn. BDF1.4800.101.2016). Ustalenie winy w momencie popełnienia czynu ma podstawowe znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stanowi bowiem warunek tej odpowiedzialności. Wina warunkuje bowiem istnienie samego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Brak winy prowadzi natomiast do stwierdzenia, iż nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a tym samym nie można

## Sygn. akt BDF1.4800.7.2018

pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności (orzeczenie GKO z 14 czerwca 2012 r., sygn. BDF1/4900/49/48/12/1338). Brak możliwości jednoznacznego ustalenia winy uwalnia od odpowiedzialności nawet wówczas, gdy od strony formalnej wypełnione zostały przesłanki czynu zdefiniowanego ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (orzeczenie GKO z 20 stycznia 2014 r., sygn. BDF1/4900/93/98/13/RWPD-95446). Przypisanie obwinionemu winy w rozumieniu art. 19 ust. 2 uodnfp wymaga wskazania, że obwiniony mógł zachować się w sposób zgodny z ustaloną dyrektywą postępowania (orzeczenie GKO z 17 listopada 2014 r., sygn. BDF1/4900/86/87/14). Zgodnie z zasadą obowiązującą w procedurze dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie dających się usunąć wątpliwości nie należy rozstrzygać na niekorzyść Obwinionego.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, należy wskazać, iż Obwiniony nie zawarł umowy najmu nieruchomości z 7 sierpnia 2014 r. W udzielonym pełnomocnictwie była mowa o upoważnieniu do zawarcia umowy najmu i tylko do zawarcia takiej umowy zostało udzielone pełnomocnictwo. Obwiniony działał z przekonaniem, iż będzie to umowa najmu nieruchomości, a zatem nie podlega ona przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Za kluczowe dla sprawy należy uznać dwa zagadnienia, tj. czy dokonana kwalifikacja umowy jako umowy najmu była prawidłowa oraz czy przekonanie Obwinionego, iż ma do czynienia z umową najmu było, w świetle obiektywnych okoliczności, uzasadnione.

W wyroku z 10 lipca 2014 r., sygn. C-213/13 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) przypomniał zasadę, iż w wypadku, gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań prawa Unii, podobnie wyroki sygn. C-220/05, C-412/04. Dla uznania, iż występuje zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy, konieczne jest również, aby budowa planowanego obiektu spełniała wymogi określone przez instytucję zamawiającą. Umowa, której głównym przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane i nie jest objęta wyłączeniem, nawet jeśli obejmuje ona zobowiązanie do wynajmu odnośnego obiektu budowlanego. Jest tak w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca podjęła kroki mające na celu zdefiniowanie cech obiektu budowlanego albo przynajmniej wywarcie decydującego wpływu na jego projektowanie (podobnie wyrok C- 451/08).

W orzeczeniu z 29 października 2009 r., sygn. C-356/07 TSUE stwierdził, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w wypadku, gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań wspólnotowych. Jeżeli zatem dana umowa zawiera elementy charakterystyczne zarówno dla umowy najmu, jak i umowy o roboty budowlane, to o kwalifikacji takiej umowy decyduje jej główny przedmiot. Żeby mówić o występowaniu elementów charakterystycznych dla umowy o roboty budowlane, konieczne jest zawarcie przez zamawiającego wymogów odnośnie budowy planowanego obiektu.

Natomiast umowa z 7 sierpnia 2014 r. zawiera w zasadzie wyłącznie elementy charakterystyczne dla umowy najmu zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego. W umowie brak jest postanowień zawierających wymogi zamawiającego odnośnie planowanego budynku. Koncepcja architektoniczno-urbanistyczna dla tego budynku została bowiem opracowana dla wynajmującego i została ona złożona w ramach oferty. Wprawdzie w umowie został zawarty zapis odnośnie oddelegowania jednego z pracowników zamawiającego do dokonywania wiążących uzgodnień w formie protokołu uzgodnień z pracownią projektową (§ 9), ale ma on na celu jedynie dostosowanie przedmiotu najmu do potrzeb najemcy, co nie jest wystarczające dla uznania, iż mamy do czynienia z określeniem przez zamawiającego wymogów odnośnie planowanego obiektu budowlanego. Jednakże, nawet jeśliby uznać, iż ww. postanowienie umowne stanowi element charakterystyczny dla umowy o roboty budowlane, to w dalszym ciągu nie sposób uznać, iż głównym przedmiotem umowy z 7 sierpnia 2014 r. jest budowa obiektu budowlanego. Prawie wszystkie postanowienia, jakie zostały zawarte w przedmiotowej umowie, odnoszą się bowiem do uprawnień i obowiązków stron charakterystycznych dla umowy najmu. Jak natomiast wynika z przywołanego powyżej orzecznictwa TSUE, dopiero w sytuacji, w której głównym przedmiotem umowy mieszanej jest budowa obiektu budowlanego, umowę taką możemy zaliczyć do umów o roboty budowlane. Nie może stać się tak wtedy, gdy elementy charakterystyczne dla umowy o roboty budowlane stanowią tylko dodatkowe postanowienia danej umowy.

W związku z powyższym należy uznać, iż umowa z 7 sierpnia 2014 r. powinna zostać zakwalifikowana jako umowa najmu, a w konsekwencji umowa ta – w stanie prawnym obowiązującym w dniu jej zawarcia – podlegała wyłączeniu ze stosowania procedur udzielania zamówień publicznych na podstawie przepisu art. 4 pkt 3 lit. i) uPzp.

Podobnej oceny dokonał Sąd Okręgowy w (...) w postanowieniu z 14 listopada 2014 r., sygn. VII Po 19/14, wydanym w trybie art. 111 Kodeksu wyborczego, wykluczając uznanie przedmiotowej umowy za umowę mieszaną. W uzasadnieniu Sąd wskazał, że istotne jest, że przedmiotowa umowa obejmuje najem rzeczy przyszłej, tj. ma charakter warunkowy, albowiem dotyczy powierzchni budynku, którą wynajmujący dopiero wybuduje. Wprawdzie w § 2 wynajmujący oświadczył, że „zobowiązuje się wybudować budynek”, niemniej ten zapis nie daje podstaw do stwierdzenia, że przedmiotowa umowa ma charakter mieszany i stanowi w istocie również umowę o roboty budowlane, do której określony w ustawie Prawo zamówień publicznych reżim miałby zastosowanie. Cytowany zapis zawiera się nie w części dyspozytywnej normy, lecz w ramach oświadczeń wiedzy stron, a w jej pozostałej treści brak jest jakichkolwiek zobowiązań przedsiębiorcy i odpowiadających im uprawnień związanych z nadzorem nad procesem budowlanym, które w istocie kreowałyby jej pozycję jako inwestora. Ww. postanowienie zostało wprawdzie wydane w trybie art. 111 Kodeksu wyborczego, jednakże nie pozbawia go to mocy prawnej na równi z innymi postanowieniami wydawanymi przez sądy w postępowaniu nieprocesowym, na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. W związku z tym do ww. postanowienia zastosowanie winno znaleźć m.in. uregulowanie art. 365 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z tym przepisem orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych, także inne osoby. Jednocześnie należy zauważyć, iż skoro sąd uznał, iż umowa z 7 sierpnia 2014 r. jest umową najmu, a nie umową o roboty budowlane, to nie można Obwinionemu stawiać zarzutu, iż dokonał takiej samej oceny, jakiej dokonał następnie sąd powszechny. Ocenę taką, w związku z wydanym przez sąd rozstrzygnięciem, należy uznać za uzasadnioną i usprawiedliwioną.

Obwiniony, udzielając pełnomocnictwa do zawarcia umowy najmu, działał z należytą starannością i w zaufaniu do organów właściwych. Nie może więc ponosić negatywnych konsekwencji zmiany poglądów organu Państwa (kontrolnego organu administracji) w stosunku do poglądów Trybunału stanowiących o wykładni prawa. Zgodne z utrwalonym orzecznictwem TSUE zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań zalicza się do podstawowych zasad UE. Trybunał uznaje, że zasada ta wymaga, by działania władzy publicznej były jasne, jednoznaczne i przewidywalne. Prawo do powoływania się na taką zasadę przysługuje każdemu podmiotowi, w którym organ Państwa wzbudził uzasadnione oczekiwania poprzez przekazywane informacje (wyrok TSUE z 15 lutego 1996 w sprawie C-63/93). Negatywnych konsekwencji działań organów państwa lub zmiany poglądów

w wykładni prawa przez te podmioty nie może ponosić podmiot wskazujący, że swoje decyzje opierał na poglądach wyrażanych publicznie przez organy władzy publicznej i zgodnie z tymi poglądami. Oznacza to, że za „naruszenia”, które w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej są czynnościami niezgodnymi z prawem, Obwiniony nie może być ukarany. Naruszałoby to zasadę działania w sposób zgodny z działaniami wskazywanymi za właściwe przez władze publiczne, tj. Trybunał Sprawiedliwości, a następnie potwierdzone przez sąd krajowy. W konsekwencji nie sposób Obwinionemu przypisać winy, skoro przyjęty przez niego sposób postępowania opierał się na dotychczasowych poglądach Trybunału Sprawiedliwości i został uznany przez sąd za prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami.

Dla oceny sprawy kluczowe jest to, iż Obwiniony nie podpisywał przedmiotowej umowy i pomimo iż jest kierownikiem urzędu, nie nadzoruje bezpośrednio spraw związanych z zabezpieczeniem potrzeb lokalowych Urzędu Miasta (...) (zawieraniem umów w tym zakresie). Wynika to wprost z regulaminów organizacyjnych funkcjonujących w Urzędzie Miasta (...) oraz udzielonych przez Prezydenta Miasta (...) upoważnień, załączonych do materiału dowodowego sprawy.

Prezydent Miasta (...) udzielił szeregu upoważnień, w tym do dokonywania czynności z zakresu zamówień publicznych, pracownikom Urzędu Miasta (...). Tak więc nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż zawarcie przedmiotowej umowy najmu wymagało uprzedniego przeprowadzenia zamówienia publicznego, to i tak wymagane prawem czynności z zakresu przeprowadzenia zamówienia publicznego, np. zamieszczanie ogłoszeń o wszczęciu postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zostały powierzone innym pracownikom, w szczególności Dyrektorowi Biura Zamówień Publicznych Urzędu Miasta (...). Obwiniony nie może zatem ponosić odpowiedzialności za ewentualne uchybienia w tym zakresie.

Podczas rozprawy obrońca Obwinionego zgodził się z wnioskiem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych dotyczącym przypisanego Obwinionemu czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, a także o utrzymaniu orzeczenia MKO, o umorzeniu postępowania wobec Obwinionego w mocy, pomimo że jego odwołanie zmierzało ku uniewinnieniu Obwinionego.

**Po zapoznaniu się z postawionym Obwinionemu zarzutem oraz przedstawioną argumentacją, w oparciu o ustalony stan faktyczny i prawny Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie GKO stwierdziła, że stan faktyczny i prawny sprawy, opisany powyżej, został ustalony przez MKO prawidłowo, nie jest sporny, żadne wskazywane okoliczności ani przywoływane dowody nie były kwestionowane w trakcie postępowania, a okoliczności sprawy w jednoznaczny sposób wynikają z zawartych w aktach postępowania dokumentów.

Obwinionemu zarzucono popełnienie czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych opisanego w art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, polegającego na zawarciu 7 sierpnia 2014 r. umowy najmu między (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe (...) a Gminą (...), czym naruszono art. 7 ust. 1 uPzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę legalizmu, o której mowa w art. 7 ust. 3 uPzp w związku z art. 40 ust. 3, w tym w związku z art. 48 ust. 1 uPzp, bowiem umowa zawierała konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane, co wypełnia znamiona czynów określonych w art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp.

Art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych nieprzekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

W chwili popełnienia zarzucanego czynu przepis ten brzmiał: „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.”.

Z kolei w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp wskazano, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Art. 7 ust. 1 uPzp zawiera główną zasadę udzielania zamówień publicznych, z której wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W dniu zawarcia umowy

z 7 sierpnia 2014 r. przepis ten brzmiał: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 7 ust. 3 uPzp określa, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przywołane art. 40 ust. 3 i art. 48 ust. 1 uPzp dotyczą już konkretnych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przetargu nieograniczonego i ograniczonego i wskazują na obowiązki zamawiającego związane z prawidłowym wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w tych trybach. Zgodnie z art. 40 ust. 3 uPzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Art. 48 ust. 1 uPzp wskazuje, że do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio.

Przy czym, jak wynika z art. 10 uPzp, przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony są podstawowymi trybami udzielania zamówień, a inne tryby mogą być zastosowane tylko w przypadkach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (po spełnieniu ustawowych przesłanek ich zastosowania).

Zmiany brzmienia art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp i art. 7 ust. 1 uPzp są neutralne dla Obwinionego, zatem, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 uondfp, zastosowanie będzie miała ustawa obowiązująca w czasie orzekania.

Jak wynika z treści przywołanych powyżej przepisów, ich zakresy dotyczą odmiennych stanów faktycznych, a jednocześnie częściowo pokrywają się. W art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp wskazano bowiem, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Oznacza to, że zakres przedmiotowy tego przepisu dotyczy m.in. sytuacji, w której dany podmiot wydając środki publiczne w ogóle nie zastosował procedur zamówień publicznych, tj. ustawy Prawo zamówień publicznych. Stan ten odpowiada zakresowi art. 7 ust. 3 uPzp, czyli obowiązkowi udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z procedurami określonymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, który w ogóle nie zastosował ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym nie zastosował poszczególnych jej przepisów. Oczywiste jest zatem, że czyn opisany

w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp konsumuje czyn opisany w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, tak jak niedochowanie obowiązku wskazanego w art. 7 ust. 3 uPzp konsumuje niezachowanie obowiązków wynikających z art. 7 ust. 1 i art. 40 ust. 3 (wraz z odesłaniem z art. 48 ust. 1 uPzp).

W związku z powyższym GKO podziela przedstawione podczas rozprawy stanowisko Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o nieprawidłowym opisanu czynu zarzucanego Obwinionemu poprzez nadmiarowe wskazanie art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp oraz art. 7 ust. 1, art. 40 ust. 3 i art. 48 ust. 1 pkt 1 uPzp.

MKO umorzyła postępowanie wobec Obwinionego na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 28 ust. 1 uondfp.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 7 uondfp nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 27 ust. 1 lub art. 28 ust. 1 uondfp.

Art. 28 uondfp stanowi, że:

„1. Nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy.

1a. 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.

2. 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:

- 1) wysokość uszczuplonych środków publicznych;
- 2) kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych;
- 3) kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem;
- 4) wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem;
- 5) kwotę zapłaconych odsetek, kar lub opłat albo wypłaconego oprocentowania.

3. 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.”

Składając odwołanie Rzecznik zarzucił orzeczeniu MKO błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na dokonaniu przez MKO dowolnej oceny ujawnionego w czasie rozprawy materiału dowodowego i uznaniu, że Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych w stopniu znikomym, podczas gdy zebrany materiał dowodowy wskazuje jednoznacznie, iż zachowanie Obwinionego faktycznie i realnie szkodziło łaadowi finansów publicznych, w związku z czym stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych był więcej niż znikomy; a także obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 134 ust. 1 uoondfp poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i logicznego wnioskowania polegającą na dowolnym przyjęciu, że stopień szkodliwości czynów popełnionych przez Obwinionego jest znikomy.

W uzasadnieniu odwołania Rzecznik przywołał treść art. 28 ust. 3 uoondfp oraz fakt zawarcia umowy nazwanej umową najmu, kiedy budynek jeszcze nie istniał, a która *de facto* była umową o roboty budowlane i która powinna zostać zawarta w jednym z trybów przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, a tym samym zamówienie potencjalnie mogłoby dotyczyć innego kręgu oferentów niż ci, którzy zgłosili swoje oferty w omawianym przypadku, co w opinii Rzecznika miało istotny wpływ na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Rzecznik zarzucił MKO także nieuwzględnienie okoliczności, że przedmiotowa umowa była w obrocie prawnym przez okres 15 miesięcy, co stanowiło długotrwałe naruszenie ładu finansów publicznych, a tym samym fakt nieponiesienia przez Miasto skutków finansowych nie powinien przesądzać o uznaniu działania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. Rzecznik wskazał także, że MKO nie rozpatrzyła w stopniu wyczerpującym i wszechstronnym stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, którego nie można uznać za znikomy.

Z kolei Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych podczas rozprawy przyznał, że argumentacja przedstawiona przez Rzecznika we wniesionym odwołaniu odnośnie naruszenia przez MKO art. 28 uoondfp jest nieprzekonująca, a sam nie znalazł podstaw do uznania, że przedmiotowa sprawa miała szkodliwość dla finansów publicznych wyższą niż wskazana w tym przepisie. Dlatego, jego zdaniem, orzeczenie MKO jest

prawidłowe. W związku z powyższym ZGRDFP wniósł o pozostawienie w mocy orzeczenia MKO o umorzeniu postępowania wobec Obwinionego.

Również w tym zakresie GKO podzieliła stanowisko Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Jak widać z powyżej przytoczonej treści uzasadnienia odwołania, Rzecznik nie przedstawił żadnej konkretnej argumentacji faktycznej i prawnej na poparcie swoich zarzutów. Istotą orzeczenia MKO nie jest bowiem to, czy zawarta umowa powinna była zostać zawarta w jednym z trybów przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, ponieważ to zostało przesądzone orzeczeniem GKO z 3 kwietnia 2017 r., lecz ocena stopnia szkodliwości przedmiotowego czynu dla finansów publicznych.

W tym zaś zakresie Rzecznik zawarł tylko ogólnikowe stwierdzenia, z których wynika, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem dokonany przez MKO, ale zasadniczo nie odniósł się do żadnej z okoliczności wymienionych w art. 28 uoondfp, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie stopnia szkodliwości naruszenia dla finansów publicznych, jak waga naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, skutki naruszenia, ewentualne skutki finansowe (które nie muszą dotyczyć tylko wydatków związanych *stricte* z umową), a także sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców (a więc nie tylko sam fakt, że do takiego naruszenia doszło lub mogło dojść, ale też sposób dokonania tego naruszenia).

Tym samym Rzecznik w żaden sposób nie wykazał zasadności swoich zarzutów dotyczących błędu MKO w ustaleniach faktycznych, dowolnej oceny materiału dowodowego, czy przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów i logicznego wnioskowania.

Zgodnie z art. 80 ust. 1 uoondfp GKO zobowiązana jest badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść obwinionego. W ocenie GKO przepis ten nie oznacza jednak, że GKO ma zastępować rzecznika w szukaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego składanego przez niego odwołania – w szczególności w orzeczeniu. Stanowiłoby to naruszenie art. 138 ust. 2, 3 i 5 uoondfp, zgodnie z którym odwołanie od orzeczenia należy wnieść w terminie 14 dni od dnia doręczenia tego orzeczenia i zawrzeć w nim zarzuty stawiane zaskarżanemu rozstrzygnięciu. Odwołanie takie wnosi się do Głównej Komisji Orzekającej. Zatem zastępowanie strony odwołującej przez GKO stanowiłoby zaprzeczenie ustalonego modelu procedury rozstrzygania odwołań, sytuując ją w roli jednego z uczestników postępowania, a nie organu orzekającego, a także uchybiałoby

zasadom składania odwołań – w szczególności przepisom dotyczącym terminu na złożenie takiego odwołania i określenia jego zakresu (przywołane powyżej przepisy art. 138 uondfp). Powodowałyby to także naruszenie prawa obwinionego do obrony, jako że obwiniony oraz jego obrońca byłiby pozbawieni możliwości przedstawienia dowodów i argumentów na korzyść obwinionego – nie znając na etapie rozprawy przyszłego stanowiska składu orzekającego wyrażanego dopiero w orzeczeniu.

Dodatkowo w przedmiotowej sprawie Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, choć formalnie nie złożył oświadczenia o cofnięciu odwołania, wniósł o pozostawienie w mocy orzeczenia MKO, co w ocenie GKO należy uznać za odpowiednik cofnięcia środka zaskarżenia, o którym mowa w art. 140 ust. 1-3 uondfp.

W związku z powyższym GKO postąpiła według zgodnego wniosku ZGRDFP oraz wniosku obrońcy Obwinionego (wniosku ewentualnego w stosunku do wniosku o uniewinnienie) i utrzymała w mocy zaskarżone orzeczenie MKO.

GKO nie znalazła również podstaw do uniewinnienia Obwinionego. W ocenie GKO również obrońca Obwinionego nie przedstawił przekonującej argumentacji podważającej orzeczenie MKO.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 uondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Ustęp 2 art. 19 uondfp stanowi zaś, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Odpowiedzialność ponosi także osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych (art. 19 ust. 3 uondfp).

Zgodnie z art. 53 ufp kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki. W chwili naruszenia dyscypliny finansów publicznych Obwiniony pełnił funkcję kierownika jednostki w rozumieniu art. 53 ufp i był odpowiedzialny za gospodarkę finansową Miasta (...).

Również art. 18 ust. 1 uPzp wskazuje, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia (w tym także za zaniechanie przeprowadzenia takiego

postępowania) odpowiada kierownik zamawiającego, którym w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów był Obwiniony, pełniący funkcję Prezydenta Miasta (...).

Obwiniony co prawda nie zawarł osobiście przedmiotowej umowy, jednak nie budzi wątpliwości, że wiedział o planie jej zawarcia i zawarcie tej umowy akceptował, a także udzielił pełnomocnictwa do jej zawarcia Sekretarzowi Miasta.

Tym samym nie ma wątpliwości, że Obwiniony popełnił zarzucane mu czyny naruszające dyscyplinę finansów publicznych – w rozumieniu art. 19 uoondfp.

Za popełnienie powyższych czynów Obwinionemu można przypisać winę w rozumieniu art. 19 ust. 2 uoondfp. W ocenie GKO nie zachodzi w tym przypadku przesłanka ekskulpująca wskazana w zdaniu drugim art. 19 ust. 2 uoondfp, tj. że naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

Wina stanowi podmiotową podstawę odpowiedzialności i zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Brak takowego posłuchu, mimo iż Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą, stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucany czyn.

Okoliczności sprawy wyraźnie wskazują, że nie można było stwierdzić, iż naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia przez Obwinionego staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

Dla oceny prawnej czynu nie ma bowiem zasadniczego znaczenia, czy umowa była umową najmu, czy też umową o roboty budowlane – każdą z nich bowiem należało zawrzeć w trybie zamówień publicznych, przy zastosowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawą do odstąpienia od stosowania zamówień publicznych był bowiem art. 4 pkt 3 lit. I uPzp. Obecnie przepis ten stanowi, że ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości. W chwili zawarcia przedmiotowej umowy (chwili naruszenia dyscypliny finansów publicznych) przepis ten brzmiał: ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu.

Przepis ten był niedokładnością legislacyjną w stosunku do przepisów unijnych, których stanowił implementację, nie wskazywał bowiem wprost, jak obecnie, że wyłączeniu podlega wyłącznie najem istniejących budynków. Jednak należało dokonać jego wykładni prounijnej, również z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE, co – nawet jeśli nie Obwiniony osobiście – powinny były uczynić, na zlecenie Obwinionego, odpowiednie komórki organizacyjne Miasta, w tym komórka odpowiedzialna za udzielanie zamówień publicznych.

Tym samym, jak już wskazano powyżej, nie zachodzi okoliczność, iż Obwinionemu nie można przypisać winy, a „naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych”.

Z powyższych względów GKO nie stwierdziła także wystąpienia okoliczności, o której mowa w art. 23 ust. 1 uodfp, tj. usprawiedliwionej nieświadomości tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W związku z powyższym GKO uznała, że stwierdzone naruszenie art. 7 ust. 3 uPzp rzeczywiście nastąpiło oraz, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, naruszenie to wyczerpuje dyspozycję art. 17 ust. 1b pkt 1 uodfp. Jednak okoliczność tę (brzmienie przepisu art. 4 pkt 3 lit. i uPzp w chwili zawarcia przedmiotowej umowy, wymagające dokonania jego pogłębionej wykładni), w ocenie GKO, można uznać za okoliczność, choć nie ekskulpującą, to łagodzącą w kontekście „okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych”, o których mowa w art. 28 uodfp.

Z tych powodów GKO postanowiła utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie i orzekła jak w sentencji.