



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

Warszawa, dnia 22 listopada 2012 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Tomasz Słaboszowski (spr.)</i></b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Piotr Gryśka</i></b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Paweł Kryczko</i></b>
Protokolant:		<b>Bartosz Głuszko</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2012 r. odwołań wniesionych przez:

- Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionego (...),
- Obwinionego (...),

od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z 10 lipca 2012 r., sygn. akt: RIO.XII.53-16/2012, w zakresie w którym uznano Obwinionego (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że odrzucił w imieniu zamawiającego w dniu 30 maja 2011r. oferty konsorcjum firm (...) oraz (...) w postępowaniu, w wyniku którego podpisano w dniu 17 czerwca 2011r. umowę nr ZP 272.12.2011 z Firmą (...) na przebudowę ciągu pieszo-jezdnego wraz z budową kanalizacji deszczowej i zagospodarowaniem terenu osiedla (...) w miejscowości (...) na kwotę brutto 4.492.996,93 zł, ze względu na okoliczność nieprzedłożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, mimo iż ww. wykonawca, tj. konsorcjum firm (...) oraz (...), określił ryczałtowo cenę ofertową, czego wymagał w SIWZ Zamawiający, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta ww. opiewała na kwotę brutto 3.697.538,20 zł, czyli na niższą od kwoty zawartej umowy; czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113 poz. 759 z późn. zm.).

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł.

1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 ustawy:
  - a. uchyla zaskarżone orzeczenie w całości,
  - b. uniewinnia Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust 1c,
2. na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

**Pouczenie:**

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

**UZASADNIENIE**

Do Rzecznika dyscypliny finansów publicznych właściwego w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie Dyrektor Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej Urzędu Zamówień Publicznych złożyła, pismem z dnia 10.02.2012 r., zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. W wyniku złożonego zawiadomienia, w dniu 11 czerwca 2012 r., zastępca Rzecznika skierował wniosek o ukaranie (...) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej ustawą). Zarzucony czyn polegał na tym, że (...) pełniąc w czasie popełnienia czynu funkcję Wójta Gminy (...) naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie w imieniu zamawiającego w dniu 30.05.2011r. oferty konsorcjum firm (...) w postępowaniu w wyniku, którego podpisano w dniu 17.06.2011 r. umowę nr ZP 272.12.2011 z Firmą Budowlano-Drogową (...) na przebudowę ciągu pieszo-jezdnego wraz z budową kanalizacji deszczowej i zagospodarowaniem terenu osiedla (...) w miejscowości (...) na kwotę brutto 4.492.996,93 zł, ze względu na okoliczność nie przedłożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, mimo iż wyżej wymieniony wykonawca, to jest konsorcjum firm (...) określił ryczałtowo cenę ofertową, czego wymagał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta wyżej wymieniona opiewała na kwotę brutto 3.697.538,20 zł, czyli na niższą od kwoty zawartej umowy; czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest o czyn z art. 17 ust. 1 c ustawy.

We wniosku o ukaranie podniesiono, że Obwiniony był już karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i Zastępca Rzecznika wniósł o wymierzenie kary jednokrotnego wynagrodzenia miesięcznego, to jest kwoty 12.100 zł.

W dniu 10 lipca 2012r. zapadło orzeczenie, w którym przypisano Obwinionemu czyn zarzucony. (...) wymierzono karę nagany i obciążono go kosztami postępowania w wysokości

291,71 zł.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie (zwana dalej RKO) zważyła, co następuje. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy, jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. W przedmiotowej sprawie zastosowano przepisy w wersji obowiązującej na dzień orzekania, ponieważ odpowiednie przepisy obowiązujące w czasie popełnienia przedmiotowego naruszenia nie są względniejsze dla sprawcy. Stosownie do art. 4 pkt 2 i 3 ustawy odpowiedzialności podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Następnie w oparciu o przywołane orzecznictwo RKO stwierdziła, że w przypadku określenia ceny ryczałtowej za całość zamówienia kosztorysy mają jedynie znaczenie pomocnicze, a nieprawidłowości w tych kosztorysach lub ich brak nie mogą skutkować sankcją odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odnosząc się do wyjaśnień Obwinionego, iż kosztorys ofertowy nie jest dokumentem, którego uzupełnienia Zamawiający może żądać, RKO nie zgodziła się z powyższym poglądem, stwierdzając, iż takie uzupełnienie jest możliwe. RKO również nie zgodziła się z podnoszonym w trakcie rozprawy argumentem, iż brak kosztorysu oferty Konsorcjum nie gwarantował tym samym wykonania zadania. W przedmiotowej sprawie nie można bowiem wywodzić, iż brak stosownego kosztorysu oznacza, że wykonawca nie zaoferował wykonania całego przedmiotu zamówienia. RKO stwierdziła, iż wszyscy oceniani oferenci złożyli dokumenty, z których wynikało, że wykonają całość zamawianych robót, podali własną cenę, natomiast jeden z nich zaoszczędził sobie pracy nie dołączając kosztorysu ofertowego. Odrzucenie oferty z tego powodu RKO uznała za nazbyt surowe i dyskryminujące. RKO nie uznała również argumentu (...), że, zgodnie z zasadami weryfikacji kosztów poniesionych na realizację projektu konieczny jest kosztorys ofertowy, zgodnie z pismem Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 14 grudnia 2009 r., w trakcie bowiem toczącego się postępowania nie powoływano się na powyższe pismo lub warunki rozliczania, a sam Pełnomocnik Obwinionego przyznał, iż Urząd Marszałkowski reprezentuje aktualnie pogląd, że odrzucenie oferty najtańszej z uwagi na nie załączenie kosztorysu nie jest w tym przypadku dozwolone. Wnosząc o umorzenie postępowania, Obwiniony podniósł, że harmonogram rzeczowo-finansowy nie jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. RKO, ustosunkowując się do powyższego argumentu, stwierdziła, że kosztorys ofertowy i harmonogram rzeczowo-finansowy to dwa różne dokumenty, stąd argumenty dotyczące harmonogramu nie mogą odnosić się do kosztorysu. Na argument, że Urząd Marszałkowski w innym postępowaniu nie zarzucił naruszenia prawa, gdy odrzucono ofertę z tej samej przyczyny, RKO stwierdziła, że oba postępowania nie były identyczne, bowiem wówczas odrzucono ofertę, która i tak, z powodu wyższej ceny, nie byłaby wybrana. Stąd uzasadnione jest przypuszczenie, iż Urząd Marszałkowski nie zadał sobie trudu, aby w trakcie kontroli podkreślać ten aspekt sprawy. Co prawda RKO zgadza się ze stwierdzeniem, że prawo nie różnicuje w żaden sposób oferty najtańszej, czy też innej oferty, ale nie można nie brać pod uwagę faktu, iż odrzuca się z powodu braku kosztorysu ofertę, która i tak z innych powodów powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, czy też odrzuca się ofertę tańszą o 795.458,73 zł od oferty wykonawcy, który został wybrany do realizacji zamówienia. Aspekt ten podkreśla także Urząd Zamówień Publicznych w zawiadomieniu o stwierdzonym naruszeniu przepisów przy udzieleniu zamówienia publicznego. RKO podkreśliła, iż jednym z wielu obowiązków nałożonych na Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest, wynikający z art. 154 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek czuwania nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonywania kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym

w ustawie. Uzasadnione jest zatem założenie, że złożone przez taki organ zawiadomienie o naruszeniu przepisów w pełni zgodne jest z aktualnym stanem prawnym dotyczącym przedmiotowej sprawy. RKO podziela zatem argumentację prawną zaprezentowaną w przedmiotowym zawiadomieniu. W odpowiedzi na uzasadnienie wniosku Obwinionego dotyczącego umorzenia postępowania z zakresu dyscypliny finansów publicznych, z uwagi na nieprawidłowości przy budowie autostrad, RKO stwierdziła, że kilkudzaniowa analiza postępowania przy dużych inwestycjach drogowych, nie może stanowić podstawy do umorzenia przedmiotowego postępowania dotyczącego odrzucenia konkretnej oferty przez Gminę (...) w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Odnosząc się do wniosków umorzeniowych Obwinionego opartych na zasadzie domniemania niewinności (art. 76 ust. 1 ustawy) oraz zakazu rozstrzygania nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść Obwinionego (art. 76 ust. 3 ustawy), RKO stwierdziła, że zasada domniemania niewinności jest to zasada, według której każda osoba jest niewinna wobec przedstawionych jej zarzutów, dopóki wina jej nie zostanie udowodniona i tym samym zasada ta nie ma zastosowania przy rozpatrywaniu możliwości umorzenia postępowania, a odnośnie do nakazu rozstrzygania nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść Obwinionego, RKO stanęła na stanowisku, iż wątpliwość, czy należy odrzucić ofertę nie zawierającą kosztorysu, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też nie, należało rozstrzygnąć przed podpisaniem umowy, między innymi poprzez wystąpienie o interpretację do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych lub do Urzędu Marszałkowskiego w Olsztynie albo samemu zapoznać się z bogatym orzecznictwem dotyczącym oceny ofert nie zawierających kosztorysu lub zawierających kosztorys z błędami, w sytuacji gdy określono za wykonanie zamówienia cenę ryczałtową, aby wątpliwości zostały w istotny sposób rozwiązane. We wniosku o umorzenie (...) podniósł jeszcze, że odrzucenie przez Gminę (...) oferty nie zawierającej kosztorysu ofertowego było jedynym możliwym sposobem zachowania zasady przejrzystości i jawności (art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), zasady udzielania zamówień publicznych wykonawcy wybranemu w oparciu o przepisy ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), zasady wydatkowania środków publicznych z zastosowaniem przepisów o zamówieniach (art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych), z tym że RKO nie znalazła argumentów, iż nie odrzucenie przez Gminę (...) w przedmiotowym postępowaniu oferty nie zawierającej kosztorysu w żaden sposób nie naruszałoby wyżej wskazanych przepisów. Nadto Obwiniony podniósł, że można założyć, iż, gdyby wykonawca sporządził kosztorysy ofertowe, cena jego oferty nie byłaby najniższa, bowiem, opisując poszczególne elementy zamówienia w kosztorysie i dokonując ich wyceny z należytą starannością, byłby zmuszony uwzględnić koszty, których przy rozliczeniu ryczałtowym w ogóle by nie uwzględnił. RKO nie uznała jednak tego argumentu i stwierdziła, że Obwiniony nie jest uprawniony do twierdzenia, iż wykonawca w ogóle nie uwzględnił bliżej nieokreślonych kosztów.

Biorąc powyższe pod uwagę, RKO uznała, że (...) jest winny zarzucanego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, natomiast rozważając wymiar kary, wziąwszy pod uwagę stopień szkodliwości dla finansów publicznych, jak również motyw, sposób i okoliczności działania uznała, iż w tym wypadku kara nagany jest adekwatna do stopnia zawinienia.

Od niniejszego Orzeczenia zostały wniesione dwa odwołania.

Pierwsze skierowała strona oskarżycielska, wnosząc o uchylenie orzeczenia w zakresie wymierzenia (...) kary nagany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c ustawy oraz wymierzenie mu kary pieniężnej w wysokości jednokrotnego miesięcznego wynagrodzenia w kwocie 12.100 zł, zarzucając niniejszemu orzeczeniu obrazę przepisów prawa art. 31 ust. 1 pkt. 2, art. 33 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 ustawy poprzez przyjęcie, że ciężar gatunkowy zarzucanego czynu przemawia za wymierzeniem Obwinionemu kary nagany. Strona oskarżycielska podniosła, że znaczący wpływ na ocenę RKO miała wyjątkowo dobra

opinia o wywiązywaniu się przez Obwinionego z obowiązków służbowych. Zwrócono jednocześnie uwagę, że na skutek świadomego działania (...) Gmina (...) zawarła umowę na kwotę wyższą o 795.458,73 zł, niż proponowana za wykonanie zadania przez odrzuconego wykonawcę. W odwołaniu podniesiono, że (...) zignorował uwagi pracowników i bezrefleksyjnie odrzucił najkorzystniejszą ofertę chociaż wypracowane przez lata, ugruntowane stanowisko judykatury wskazywało, że wątpliwości nie mogą być interpretowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na niekorzyść wykonawcy. To wskazuje, że Obwiniony popełnił czyn umyślnie. Umyślność jest jednym z elementów zaostrzających karę, a RKO pominęła kwestię stopnia zawinienia przy wymierzaniu kary, co stanowi naruszenie wyżej wymienionego przepisu ustawy i stanowiło jeden z czynników przesądzających o wymierzeniu obwinionemu jedynie kary nagany. Równocześnie oskarżyciel podniósł, że Obwiniony podpisał umowę na wykonanie zamówienia o wartości znacznie przewyższającej wartość odrzuconej. Przedmiotowy aspekt w sposób zasadniczy przekłada się na ciężar gatunkowy zarzucanego czynu. Poniesiony został uszczerbek finansowy dla Gminy, albowiem zapłacono za wykonanie przedmiotowego zadania więcej niż było możliwe. Podsumowując powyższe rozważania, strona oskarżycielska stwierdziła, że zarzucone naruszenie było umyślne i dotyczyło bardzo wysokiej kwoty wartości, a zatem jego szkodliwość dla finansów publicznych była tożsama z poniesionymi nadmiernie kosztami. Na niekorzyść (...) przemawia również fakt, że ponownie popełnił naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a orzeczenie wydane zostało półtora miesiąca przed popełnieniem zarzucanego czynu i dowodzi, że ówczesne działanie nie skłaniało Obwinionego do poszanowania prawa. Jego postawa w toku rozprawy, czyli wykorzystanie do rozprawy środków publicznych w kwocie 15.000,-zł (tyle bowiem wydano na przedłożone rzecznikowi i Komisji opinie) dowodzi braku poszanowania dla finansów publicznych. Podsumowując, strona oskarżycielska podniosła, że kara powinna być adekwatna do stopnia szkodliwości dla finansów publicznych i spełniać jednocześnie rolę represyjną.

Drugie odwołanie wniósł Obwiniony (...), pismem z dnia 3 września 2012 r., zaskarżając powyższe orzeczenie w całości i zarzucając mu rażącą obrazę ustawy oraz wnosząc o uchylenie powyższego orzeczenia w całości i umorzenie postępowania, względnie dokonanie zmiany opisanego orzeczenia i wydanie orzeczenia uniewinniającego w całości. Orzeczeniu zarzucono rażące naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 17 ust. 1c oraz art. 19 ust. 1 ustawy, zaś przede wszystkim rażące naruszenie postanowień art. 1 pkt. 12) lit. b i art. 6 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 240, poz. 1429). Zdaniem Obwinionego, nie została prawidłowo zastosowana ustawa, gdyż zastosowano błędnie jej postanowienia z pogwałceniem noweli do tej ustawy, a mianowicie nie uwzględnienie skutków prawnych art. 1 pkt. 12) lit. b i art. 6 ustawy nowelizującej. Zauważyć należy z całą mocą, że w podstawie prawnej orzeczenia zarzucona czyn z art. 17 ust. 1c ustawy, chociaż przepis ten wszedł w życie dopiero 11 lutego 2012 r. Oznacza to, że przypisano Obwinionemu czyn, który w dniu podejmowania rzekomo naruszającej dyscypliny finansów publicznych czynności przetargowej, nie był jeszcze prawem stanowionym i nie mógł być wskazany jako legalna podstawa prawna ukarania. Orzeczenie narusza zatem art. 19 ust. 1 ustawy, po myśli którego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Nie wzięto więc pod uwagę ustawy względniejszej oraz nie dokonano rzetelnej oceny winy w momencie naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W związku z tym (...) wniósł jak na wstępie.

Pismem z dnia 16 listopada 2012r. Obwiniony wniósł dalej o:



- o uchylenie orzeczenia RKO z dnia 10 lipca 2012 r. sygn. akt: RIO.XII.53-16/2012 w całości i umorzenie postępowania,
- o uniewinnienie w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 78 ust. 3 ustawy,
- nie obciążanie go kosztami postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Powyższe orzeczenie w ocenie odwołującego się zostało wydane z rażącym naruszeniem poniższych przepisów i zasad orzekania o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych tj.:

- ponoszenia odpowiedzialności za czyn zawiniony naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 19 ust. 1 i 2 ustawy),
- zasady stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy (art. 24 ust. 1 ustawy),
- zasady materialnego ciężaru dowodu i domniemania niewinności (art. 76 ustawy),
- art. 135 ust. 2 ustawy - wydanie orzeczenia, które nie spełnia wymogów prawa bowiem jest wewnętrznie sprzeczne i sprzeczne z wnioskiem o ukaranie,
- art. 137 ust. 2 ustawy - wydanie uzasadnienia, które nie spełnia wymogów prawa i jest wewnętrznie sprzeczne oraz nie koresponduje z orzeczeniem,
- art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu ostatniego pisma (...) podniósł, iż rzeczowe orzeczenie zostało wydane z naruszeniem art. 135 ust. 2 ustawy, bowiem nie spełnia wymogów prawa, gdyż podaje sprzeczne dane w stosunku do uzasadnienia i powieliła błędy z wniosku o ukaranie, winno zostać wyjaśnione w trakcie prowadzonego postępowania wyjaśniającego przez Rzecznika bądź przez Komisję Orzekającą.

Zgodnie z linią orzeczniczą dla formalnej poprawności wydanego orzeczenia ważne jest, aby jego sentencja oraz uzasadnienie pozostawały w ścisłym związku i odnosiły się do materiału dowodowego zgromadzonego w rzeczowej sprawie. Tymczasem treść wstępna orzeczenia i jego sentencja zawierają następujące błędy formalne w zakresie ceny oferty konsorcjum firm (...) jest sprzeczna z danymi zawartymi w uzasadnieniu. Z treści orzeczenia wynika, iż cena ww. wykonawcy opiewała na kwotę 3.697.538,20 zł (dowód str. 2 i 3 orzeczenia). Tymczasem w uzasadnieniu przy ustaleniu stanu faktycznego RKO podaje, iż cena oferty ww. wykonawcy wynosiła 3.679.538,20 zł czyli o 18000 mniej niż w orzeczeniu (dowód str. 20-21 uzasadnienia). Powyższe niespójności zostały również zawarte we wniosku o ukaranie Rzecznika z dnia 11 czerwca 2012 r., gdzie w sentencji widnieje kwota 3.697.538,20 zł a w uzasadnieniu 3.679.538,20 zł.

Ponadto, w ocenie (...) wnioski końcowe zawarte w uzasadnieniu orzeczenia są niespójne z jego częścią początkową oraz orzeczeniem i wnioskiem Rzecznika z dnia 11 czerwca 2012 r. w zakresie postawionego naruszenia prawa materialnego, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tymczasem wnioski końcowe uzasadnienia dotyczą naruszenia wszystkich ustawowych przesłanek, o których mowa w art. 89 Prawo zamówień publicznych ceny oferty firmy (...), jest sprzeczna z danymi zawartymi w uzasadnieniu. Z treści orzeczenia wynika, iż cena ww. wykonawcy opiewała na kwotę 4.492.996,93 zł (dowód str. 2 orzeczenia). Tymczasem w uzasadnieniu przy ustaleniu stanu faktycznego RKO podaje, iż cena oferty tegoż wykonawcy wynosiła 4.492.296,36 (dowód str. 21 uzasadnienia), a dalej 4.492.996,39 zł (dowód str. 21 uzasadnienia).

Powyższe niespójności zostały także zawarte we wniosku o ukaranie Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 11 czerwca 2012 r., gdzie w sentencji widnieje kwota 4.492.996,93 zł, a w uzasadnieniu 4.492.996,39 zł.

Zadaniem RKO w ocenie Obwinionego, jest rzetelne ustalenie stanów faktycznych a w przypadku jakichkolwiek rozbieżności obowiązkiem RKO jest ich wyjaśnienie. W przeciwnym razie ocena dowodów przedstawionych w sprawie może być dokonana niewłaściwie a nawet stroniczo, co w konsekwencji prowadzi do błędnej kwalifikacji prawnej naruszenia dyscypliny finansowej wraz z podstawą prawną przyjętą przez RKO i wymierzenie kary nieadekwatnej do popełnionego czynu, o czym dalej w niniejszym piśmie.

Jednocześnie ww. orzeczenie zostało wydane z naruszeniem podstawowych zasad dotyczących orzekania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. zasady dotyczącej ponoszenia odpowiedzialności za czyn zawiniony naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 19 ust. 1 i 2 ustawy).

Powyższe, w ocenie (...), oznacza, że, aby można było pociągnąć osobę do odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych bezwzględnie musi to wynikać z przepisów ustawy prawa materialnego, które ona naruszyła. Z treści orzeczenia wynika, iż poprzez odrzucenie oferty konsorcjum firm (...) w związku z brakiem w ofercie kosztorysu ofertowego wymaganego odpowiednimi zapisami SIWZ pomimo ceny ryczałtowej, dokonałem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że oferta była niezgodna z treścią SIWZ. Wobec powyższego obowiązkiem RKO było udowodnienie poprzez szczegółową analizę przebiegu procedury udzielania zamówienia publicznego, w tym badania i oceny ofert, a nie tylko przytoczenie orzeczeń KIO, które de facto nie odnosiły się do stanu faktycznego a czasem i prawnego niniejszej sprawy.

W zakresie ustalenia przypisanego czynu orzeczenie oraz uzasadnienie muszą stanowić jedną całość. Uzasadnienie powinno precyzować ustalenia zawarte w orzeczeniu, odpowiadające ustawowym znamionom naruszenia dyscypliny finansów publicznych przypisanego obwinionemu. Uzasadnienie niewyjaśniające w pełni istoty sprawy oraz pozostawiające możliwości niejednoznacznego interpretowania wydanego rozstrzygnięcia stanowi istotną wadę zaskarżonego orzeczenia (orzeczenie GKO z dnia 5 kwietnia 2001 r., DF/GKO/Odw.-315/526-527/2000).

RKO nie udowodniła, iż swoim działaniem Obwiniony naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a tym bardziej wszystkich przesłanek określonych w art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych - bowiem to nie było przedmiotem zarzutu. Poprzez lakoniczne odniesienie się, bądź pominięcie istotnych dla sprawy faktów RKO nie udowodniła formalnego i prawnego naruszenia ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo, elementem niezbędnym przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oprócz formalnego naruszenia przepisu prawa, jest udowodnienie winy po stronie konkretnego sprawcy (orzeczenie GKO z dnia 28 marca 2011 r. BDF1/4900/10/11/11/432).

Poprzez udowodnienie winy orzecznictwo rozumie: wskazanie obwinionym jak powinni działać, aby naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie popełnili (orzeczenie GKO z dnia 23 września 2004 r., DF/GKO/Odw.-37 /52-54/RN-16-17 /2004/596). Przypisanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w tym działania lub zaniechania zawinonego, wymaga wskazania obwinionemu - dysponentowi środków publicznych - przez komisję orzekającą właściwego sposobu postępowania.

Ustalenie winy w momencie popełnienia czynu ma podstawowe znaczenie dla możliwości przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych; stanowi warunek tej odpowiedzialności. „Wina” warunkuje istnienie samego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Brak winy prowadzi do stwierdzenia, iż nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. (orzeczenie GKO z dnia 13 grudnia 2010 r. BDF1/4900/101/111/10/2764).

Dla przypisania winy konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków:

- 1) wykazanie bezprawności (sprzeczności z ustawą) zachowania sprawcy,
- 2) udowodnienie zawinienia po stronie sprawcy.

O winie można mówić wówczas, gdy możliwe jest wykazanie, że obwiniony nie zastosował się do normy prawnej, choć miał obiektywnie możliwość postępowania zgodnie z tą normą. Jeżeli okaże się, że obwiniony nie miał możliwości legalnego zachowania się, to pomimo obiektywnego stwierdzenia popełnienia czynu zabronionego nie można przypisać mu winy (orzeczenie GKO z 2 września 2010 r., BDF1/4900/48/54/10/1337).

Przypisanie winy powinno polegać na wskazaniu, jakie błędy w procesie decyzyjnym popełnił sprawca. Należy wykazać, że przy dochowaniu najwyższej staranności było możliwe uniknięcie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Jeżeli wskazanie właściwego sposobu postępowania, który dałby możliwość zachowania zgodnego z prawem i uniknięcia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, nie jest możliwe, wobec niemożności przypisania winy w czasie naruszenia, należy wydać orzeczenie o niewinnieniu (orzeczenie GKO z 17 maja 2007 r., DF/GKO-4900-8/8/483, Biul. NDFP 2007, nr 3, poz. 13). Tymczasem uzasadnienie orzeczenia w zakresie przypisania winy sprowadza się jedynie do przytoczenia treści art. 19 ust. 1 ustawy i stwierdzenia, że „w ocenie Komisji Obwinionemu można przypisać winę za powyższe nieprawidłowości, gdyż reprezentując profesjonalnego zamawiającego znał przepisy z zakresu zamówień publicznych, miał więc nie tylko możliwość ale i obowiązek przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z tymi przepisami. Odrzucenie oferty wykonawcy wbrew przepisom art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych było suwerenną decyzją Obwinionego i doprowadziło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych”.

Przytoczone powyżej uzasadnienie orzeczenia nie spełnia podstawowych norm prawnych określonych w art. 137 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo, w ocenie Obwinionego, RKO, powołując się na zasadę ustawy względniejszej dla sprawcy, przy ustalaniu stopnia zawinienia zapomniała, że treść art. 19 ust. 2 ustawy została zmieniona ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. (Dz.U.2011.240.1429) poprzez dodanie zdania drugiego o treści: „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”. W związku z powyższym RKO nie udowodniła winy ani stopnia zawinienia, a „wina” warunkuje istnienie samego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Brak winy prowadzi do stwierdzenia, iż nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co tym samym wyczerpuje treść art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy, czyli w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ponadto, w ocenie (...), zgodnie z regułami określonymi w art. 24 ust. 1 ustawy w razie zmiany przepisów w okresie pomiędzy datą naruszenia dyscypliny a datą orzekania, jako regułą należy przyjąć stosowanie ustawy nowej (obowiązującej w dacie orzekania), zgodnie z abstrakcyjnym założeniem racjonalnego ustawodawcy, że nowe prawo jest prawem doskonalszym od obowiązującego uprzednio. Jedynie wyjątkowo, w sytuacjach, gdy prawo obowiązujące w dacie naruszenia dyscypliny przewiduje korzystniejszą sytuację dla sprawcy tego naruszenia niż nowe prawo, należy je zastosować.

Określenie, która z ustaw, tzn. nowa czy obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia, jest dla sprawcy względniejsza, zostało pozostawione ocenie komisji orzekającej, która w każdej sprawie powinna rozważyć, czy wobec obwinionego korzystniejsze będzie stosowanie starych czy nowych przepisów.

Przy ocenie, która z konkurujących ustaw jest względniejsza, organ postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych powinien brać pod uwagę całą ustawę, a nie poszczególne jej przepisy, bowiem częściowe stosowanie ustawy starej, a częściowe nowej, nie jest dopuszczalne w świetle art. 24. Brak odniesienia się w ogóle do problematyki art. 24 ust. 1 stanowi zasadniczy błąd orzeczenia (orzeczenie GKO z dnia 4 października 2010 r., DF1/4900/66/73/10/1785, LEX nr 793181).

Tymczasem, w ocenie (...), RKO ograniczyła się jedynie do przytoczenia art. 24 ust. 1 ustawy i stwierdzenia, że „zastosowano przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w wersji obowiązującej na dzień orzeczenia ponieważ odpowiednie przepisy obowiązujące w czasie popełnienia przedmiotowego naruszenia nie są względniejsze dla sprawcy.”

Ponadto w zakresie wymierzenia kary, RKO w żaden sposób nie odniosła się do treści art.



34a pkt 4, który stanowi, że „Karę pieniężną albo karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny (...)”, a tym samym niewłaściwie oceniła stopień szkodliwości stwierdzając, że Obwiniony podpisał umowę na wykonanie zamówienia o wartości przewyższającej wartość odrzuconej oferty o kwotę 795.458,73 zł. Analiza treści odniesienia się RKO do stopnia szkodliwości czynu zaprzecza jakimkolwiek zasadom orzekania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co winno skutkować uchynieniem wydanego orzeczenia wraz z jego uzasadnieniem.

W ocenie skarżącego, doszło również do naruszenia także zasady materialnego ciężaru dowodu, wyrażonej w art. 76 ust. 2 ustawy, która to zasada stanowi konsekwencję domniemania niewinności. RKO nie udowodniła bowiem jego winy.

Brak zastosowania ww. zasad w konsekwencji doprowadziło do niewłaściwej kwalifikacji prawnej czynu i niesłusznego ukarania. Wady formalno - prawne stanowią zatem podstawę do zaskarżenia wydanego orzeczenia i wydania orzeczenia jak w sentencji niniejszego pisma.

Na dzień 22 listopada 2012 r. została wyznaczona rozprawa, na którą stawili się Obwiniony (...) wraz z pełnomocnik (...) oraz Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Paweł Laudański. W wyniku rozpoznania sprawy strona obwiniona podtrzymała stanowisko wyrażone w swoim odwołaniu oraz w piśmie z dnia 16 listopada 2012r., natomiast strona oskarżycielska podtrzymała odwołanie Rzecznika I instancji, stwierdzając, że orzeczenie być może, poza elementem wymiaru kary, zawiera błędy formalne, ale nie są to kwestie, które nie mogą być sanowane na etapie postępowania przed II instancją.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający GKO zważył, co następuje. Zasadniczym problemem, który jawi się przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy, jest kwestia prawidłowego stosowania art. 24 ust. 1 ustawy. Z przepisu tego wynika, że 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. W związku z tym, że zmianie uległa treść art. 17 ustawy konieczne staje się potwierdzenie, że konkretne działania (naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 24 ust. 1 ustawy) wypełniające znamiona czynu karalnego zrealizowane pod rządami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów w kształcie sprzed nowelizacji ustawy, która weszła w życie w dniu 11 lutego 2012 r., jest nadal czynem karalnym w świetle ustawy znowelizowanej.

O tożsamości czynu będą rozstrzygać jego elementy przedmiotowe, to jest przede wszystkim znamiona czynu karalnego wymienione w konkretnym przepisie ziszczające się w określonym czasie, gdyż w tym zakresie konieczne staje się uwzględnienie treści art. 21 ustawy, który stanowi, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany. W tym konkretnym przypadku istotą naruszenia z zakresu dyscypliny finansów publicznych przypisanego (...) było działanie, a zatem zarówno na gruncie przepisu art. 21 ustawy sprzed nowelizacji, jak i po nowelizacji, czasem działania był konkretny dzień, w którym zaistniały wszystkie znamiona czynu zabronionego.

W świetle brzmienia ustawy sprzed nowelizacji czyn (...) polegał na udzieleniu zamówienia publicznego z innym, niż wymienione w art. 17 ust. 1 pkt 1-3 ustawy, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji). W tym wypadku czyn zatem został popełniony w dacie zawarcia umowy, to jest 17.06.2011 r. Tymczasem po nowelizacji ustawy, która weszła w życie 11.02.2012 r., katalog czynów karalnych opisanych w art. 17 ustawy nie obejmuje już takiego czynu. W związku z tym w zakresie tego czynu, stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy należy zastosować ustawę obowiązującą w chwili orzekania i uniewinnić Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Z drugiej strony w katalogu czynów karalnych wymienionych w art. 17 ustawy, już po jej nowelizacji, znajduje się art. 17 ust. 1c ustawy, który stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Jest to czyn podobny do tego, który został opisany w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy w brzmieniu obowiązującym sprzed nowelizacji, ale nie tożsamy z nim, gdyż w odniesieniu do działań (...) polegał on na wadliwym odrzuceniu oferty, co miało miejsce w dniu 30.05.2011 r., a zatem mamy do czynienia z innym czynem, w szczególności popełnionym w innym czasie. Oczywiście nie był to czyn karalny w świetle art. 17 ustawy sprzed nowelizacji, co tym samym zwalnia Obwinionego z odpowiedzialności na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy, który stanowi, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Ten sam wniosek w odniesieniu do powyższego czynu można wysnuć również z treści art. 24 ust. 1 ustawy, iż w tym zakresie należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy, a w tym wypadku jest względniejsza, gdyż nie przewiduje takiego czynu karalnego.

W tym zakresie należy się zgodzić z tezami Obwinionego (...), że zarówno oskarżyciel I instancji, formułując wniosek o ukaranie, jak i RKO przypisując winę (...) naruszyli odpowiednio art. 24 ust. 1 i 19 ust. 1 i 2 ustawy. Trzeba jednak stwierdzić, iż przedmiotowy problem prawny jest bardzo złożony i jego prawidłowe rozwiązanie wymaga gruntownej znajomości mechanizmów stosowania przepisów przejściowych. Zdecydowanie sprawa budziłaby mniejsze wątpliwości, gdyby inna osoba podpisała umowę, a inna osoba odrzuciła wadliwie ofertę, wtedy nie byłoby kwestionowane, iż nikt nie ponosi odpowiedzialności. Warto jednak zwrócić uwagę, że sama możliwość wystąpienia takiej sytuacji potwierdza wcześniejsze stwierdzenie, iż mamy do czynienia z dwoma odrębnymi czynami. Taki sam mechanizm należy zatem zastosować, gdy ta sama osoba wadliwie odrzuca ofertę i następnie podpisuje umowę, bowiem i w tym wypadku mamy do czynienia z dwoma odrębnymi naruszeniami dyscypliny finansów publicznych, które nie wyczerpują znamion czynu albo ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu przed nowelizacją albo w brzmieniu po nowelizacji.

W tym przypadku, w związku z uznaniem iż w zarzucanym Obwinionemu czynie brak znamion czynu zabronionego, za całkowicie bezprzedmiotowe należy uznać wnioski strony oskarżycielskiej sformułowane w jej odwołaniu dotyczące podwyższenia wymiaru kary.

Z kolei wnioski i żądania zawarte w odwołaniu Obwinionego, a rozwinięte w później złożonym piśmie z dnia 16 listopada 2012 r., w którym podnoszono naruszenie następujących reguł prawnych:

- ponoszenia odpowiedzialności za czyn zawiniony naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 19 ust. 1 i 2 ustawy),
- zasady stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy (art. 24 ust. 1 ustawy),
- zasady materialnego ciężaru dowodu i domniemania niewinności (art. 76 ustawy),
- art. 135 ust. 2 ustawy - wydanie orzeczenia, które nie spełnia wymogów prawa bowiem jest wewnętrznie sprzeczne i sprzeczne z wnioskiem o ukaranie,
- art. 137 ust. 2 ustawy - wydanie uzasadnienia, które nie spełnia wymogów prawa i jest wewnętrznie sprzeczne oraz nie koresponduje z orzeczeniem,
- art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak już zostało wyrażone wyżej częściowo znajduje potwierdzenie w zakresie naruszenia przez Komisję I instancji art. 24 ust. 1 i 19 ust. 1 i 2 ustawy. Natomiast skład orzekający GKO nie zgadza się ze stwierdzeniami podniesionymi przez Obwinionego, że RKO naruszyła zasady materialnego ciężaru dowodu i domniemania niewinności (art. 76 ustawy), art. 135 ust. 2 ustawy - wydanie orzeczenia, które nie spełnia wymogów prawa bowiem jest wewnętrznie sprzeczne i sprzeczne z wnioskiem o ukaranie, art. 137 ust. 2 ustawy - wydanie

uzasadnienia, które nie spełnia wymogów prawa i jest wewnętrznie sprzeczne oraz nie koresponduje z orzeczeniem, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Orzeczenie RKO jest dobrze uzasadnione, spójne i logiczne, a jedynym jego błędem jest okoliczność niewłaściwego przypisania winy Obwinionemu na gruncie mechanizmów wynikających ze stosowania przepisów przejściowych. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.