



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 14 października 2019 r.

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

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

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 14 października 2019 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...) – zam. (...), od części orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej z dnia 18 czerwca 2019 r. sygn. akt: BMO-361-1-52/2017, tj. w zakresie, w którym Komisja uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Komendanta Miejskiej Straży Pożarnej (...):

- a) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego:
- w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440), zwanej dalej uondfp, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego zawartego w dniu 5 stycznia 2015 r. porozumieniem pomiędzy Komendą Miejską (...) i (...), w którym ustalono, że Komenda Miejska PSP (...) nie obciąży Sprzedawcy firmy (...) karami umownymi w kwocie 623.382,00 zł, w zamian za co Sprzedawca firma (...) dokona naprawy (wymieni), m.in. 4 podpór w drabinie (pojeździe specjalnym), o wartości szacunkowej naprawy 150.000,00 zł

netto, za którą to naprawę Komenda (...) zapłaci 40.000,00 zł, co nastąpiło z naruszeniem art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych oraz art. 7 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.),

- w art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp, polegającego na udzieleniu zamówienia na wykonanie naprawy pojazdu specjalnego (...) drabiny (...) stanowiącego własność Komendy, polegającej na wymianie czterech podpór. Zamówienia udzielono na podstawie porozumienia zawartego w dniu 5 stycznia 2015 roku na rzecz firmy (...), która nie została wybrana w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, czym naruszono art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych obligujący zamawiającego do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość zamówienia - 150 000,00 zł netto,

b) odstąpiła od wymierzenia kary i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 327,81 zł,

orzeka

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 78 ust. 3 i ust. 1 pkt 2 uoondfp uchyla orzeczenie w zaskarżonym zakresie i uniewinnia od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych,**
- 2. na podstawie art. 167 ust. 2 uoondfp 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

Orzeczeniem z 18 czerwca 2019 r., sygn. akt BMO-361-1-52/2017, Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej, zwana dalej „MKO”, po rozpoznaniu sprawy z wniosku o ukaranie złożonego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Międzyresortową Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej nr BMO-360-2-74/2017/AJ z 21 grudnia 2017 r. oraz wniosku o ukaranie złożonego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi nr RDF 8460/192/2016/U z 14 kwietnia 2017 r., dotyczących (...), zwanego dalej „Obwinionym” – pełniącego w czasie popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Komendanta Miejskiego Państwowej (...), uniewinniła Obwinionego od zarzutu:

1. naruszenia w dniu 5 stycznia 2015 r. dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp, polegającego na niedochodzeniu należności Skarbu Państwa w zakresie naliczonej kary umownej w kwocie 623.382,00 zł z tytułu opóźnienia w wykonaniu naprawy usterek z umowy (...) z dnia (...) czerwca 2010 r. na dostawę „samochodu z automatyczną drabiną o wysokości ratowniczej 37 m ((...))”, co nastąpiło poprzez podpisanie porozumienia pomiędzy Komendą Miejską (...) i kontrahentem z ww. umowy ((...)), w którym ustalono, że Komenda Miejska (...) nie obciąży Sprzedawcy firmy (...) karami umownymi w kwocie 623.382,00 zł, w zamian za co Sprzedawca firma (...) dokona naprawy (wymieni), m.in. 4 podpór w drabinie (pojeździe specjalnym), o wartości szacunkowej naprawy 150 tys. zł netto, za którą to naprawę Komenda Miejska (...) zapłaci 40 tys. zł;
2. naruszenia w dniu 5 stycznia 2015 r. dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 3 uondfp, polegającego na niezgodnym z przepisami umorzeniu części kary umownej w kwocie 513.382,00 zł na podstawie porozumienia z dnia 5 stycznia 2015 roku zawartego z firmą (...). Zgodnie ze wskazanym porozumieniem dotyczącym roszczenia o zapłatę kary umownej, strony postanowiły, że firma (...) zobowiąże się do wykonania naprawy pojazdu specjalnego (...) drabiny (...) rok produkcji 2000, polegającej na wymianie czterech podpór oraz zobowiąże się do poniesienia wszystkich dodatkowych kosztów związanych z naprawą. Szacunkowa wartość naprawy wynieść miała 150.000 zł netto. Komenda zobowiązała się do zapłaty za wykonaną naprawę 40.000 zł brutto oraz oświadczyła, że wykonanie postanowień porozumienia przez firmę (...) wyczerpuje w całości jej roszczenia z tytułu kary umownej. Zatem na mocy powołanego porozumienia doszło do umorzenia części zobowiązania z tytułu kary umownej w wysokości 513 382,00 zł,
3. naruszenia w dniu 5 stycznia 2017 r. dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp poprzez:
 - a) niedochodzenie kary umownej w wysokości 167.903,28 zł od firmy (...) należnej z uwagi na przekroczenie terminu usunięcia awarii (10 dni) określonego w umowie sprzedaży nr

(...) z dnia (...) maja 2012 roku w § 6 ust. 3. Według powołanego § 6 ust. 3 umowy, maksymalny czas dokonania przeglądu i/lub usunięcia awarii będzie wynosić 10 dni od momentu zgłoszenia. Do czasu naprawy nie uwzględnia się dni ustawowo wolnych od pracy. W przypadku napraw wymagających dłuższego czasu niż 10 dni wymagane jest pisemne określenie zakresu prac i terminu usunięcia awarii. Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt b) ww. umowy, zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w przypadku gdy Wykonawca nie przystąpi do usunięcia usterki lub nie usunie, bez uzasadnionych przyczyn, usterki w terminie określonym w § 6 pkt 3 umowy zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości samochodu lub wadliwego wyposażenia za każdy dzień zwłoki w usunięciu wady. Określony w ww. umowie samochód z drabiną automatyczną o wysokości ratowniczej powyżej 40 m został oddany w depozyt w dniu 12 marca 2015 roku firmie (...) na potrzeby przeprowadzenia napraw wskazanych w protokole wykonanej usługi serwisowej z dnia 4 marca 2015 roku. Po wykonaniu napraw w dniu 25 maja 2015 roku przeprowadzono inspekcję pojazdu przez serwisanta (...) i sporządzono protokół wykonanej usługi serwisowej. Wysokość niepobranej kary umownej wynosi: 167.903,28 zł (iloczyn wartości pojazdu – 2.798.388,00 zł, mnożnika 0,1% wynikającego z § 7 ust. 1 pkt b) umowy, 60 dni liczonych od 27 marca 2015 roku do 25 maja 2015 roku). Zamawiający – niezgodnie z art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych nie dochodził należnej kary umownej, data popełnienia naruszenia – 9 czerwca 2015 roku (w oparciu o art. 21 uondfp – przy uwzględnieniu czasu niezbędnego do podjęcia działań polegających na dochodzeniu należności);

- b) niedochodzenie kary umownej w wysokości 340.329,60 zł od firmy (...) z uwagi na uchybienie terminu dostarczenia przedmiotu zamówienia określonego w § 3 umowy sprzedaży nr (...) z dnia (...) września 2013 roku (to jest do dnia (...) grudnia 2013 roku). Określony w umowie samochód z drabiną automatyczną o wysokości ratowniczej powyżej 40 m (SD 40) został dostarczony w dniu 20 grudnia 2013 roku i w tym samym dniu oddany w depozyt firmie (...) na potrzeby przeprowadzenia uzupełnienia oprogramowania i wykonania niezbędnych prób w fabryce (...) (Niemcy) nie dłużej niż do dnia 31 stycznia 2014 roku. W dniu 10 lutego 2014 roku odebrano ww. pojazd z depozytu. Wysokość niepobranej kary umownej wynosi: 340.329,60 zł (iloczyn wartości pojazdu – 3.272.400 zł, mnożnika 0,2% wynikającego z § 7 ust. 1 pkt a) umowy, 52 dni liczonych od 20 grudnia 2013 roku do 10 lutego 2014 roku). Zamawiający – niezgodnie z

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych nie dochodził należnej kary umownej, data popełnienia naruszenia – 25 lutego 2014 roku (w oparciu o art. 21 uondfp – przy uwzględnieniu czasu niezbędnego do podjęcia działań polegających na dochodzeniu należności).

Jednocześnie MKO uznała Obwinionego za odpowiedzialnego:

1. naruszenia w dniu 5 stycznia 2015 r. dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego zawartego w dniu 5 stycznia 2015 r. ww. porozumieniem pomiędzy Komendą Miejską (...) i (...), w którym ustalono, że Komenda Miejska (...) nie obciąży Sprzedawcy firmy (...) karami umownymi w kwocie 623.382,00 zł, w zamian za co Sprzedawca firma (...) dokona naprawy (wymieni), m.in. 4 podpór w drabinie (pojeździe specjalnym), o wartości szacunkowej naprawy 150 tys. zł netto, za którą to naprawę Komenda Miejska (...) zapłaci 40.000 zł, co nastąpiło z naruszeniem art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.), zwanej dalej „ufp”, oraz art. 7 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „uPzp”,
2. naruszenia w dniu 5 stycznia 2015 r. dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, polegającego na udzieleniu zamówienia na wykonanie naprawy pojazdu specjalnego (...) drabiny (...) stanowiącego własność Komendy, polegającej na wymianie czterech podpór. Zamówienia udzielono na podstawie porozumienia zawartego w dniu (...) stycznia 2015 roku na rzecz firmy (...) która nie została wybrana w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, czym naruszono art. 44 ust. 4 ufp obligujący zamawiającego do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 uPzp. Wartość zamówienia – 150.000,00 zł netto.

MKO, na podstawie art. 36 uondfp, odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary oraz, zgodnie z art. 167 ust. 1 uondfp, zobowiązała Obwinionego do zwrotu na rzecz Skarbu Państwa zryczałtowanych kosztów postępowania w kwocie 327,81 złotych.

MKO, na mocy zarządzenia Przewodniczącej MKO z 23 listopada 2018 r. rozpoznała łącznie wnioski o ukaranie złożony przed Regionalną Komisją Orzekającą przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi oraz wnioski o ukaranie złożony przed Międzyresortową Komisją Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej.

W uzasadnieniu swojego orzeczenia MKO wskazała, że zgodnie z jej ustaleniami 16 czerwca 2010 r. Komenda Miejska (...), zwana dalej także „Zamawiającym” zawarła z firmą (...), zwaną dalej także „Wykonawcą”, umowę (...) na dostawę „samochodu z automatyczną drabiną o wysokości ratowniczej 37 m ((...))”. Zgodnie z § 6 ust. 1 tej umowy sprzedający udzielił 36-miesięcznej gwarancji na cały pojazd i jego wyposażenie. Gwarancja ta obowiązywała od 29 września 2010 r. do 28 marca 2013 r. i została udzielona przez sprzedawcę, a nie producenta sprzętu. Stosownie do § 6 ust. 3 umowy w okresie gwarancji naprawy samochodu oraz wyposażenia miały być wykonywane bezpłatnie przez serwis sprzedającego w siedzibie kupującego; czas reakcji serwisu od momentu zgłoszenia będzie wynosił maksymalnie 72 godziny, nie wliczając dni ustawowo wolnych od pracy, przy czym za czas reakcji uznano fizyczne przystąpienie do rozpoznania i usunięcia zaistniałej wady lub usterki. Zgłoszenie odbywać się miało w formie pisemnej za pomocą faksu lub e-maila. Maksymalny czas dokonania przeglądu i/lub usunięcia awarii miał wynosić 10 dni od momentu zgłoszenia, nie wliczając dni ustawowo wolnych od pracy. W przypadku napraw wymagających dłuższego czasu wymagane było pisemne określenie zakresu prac i terminu usunięcia awarii. W przypadku zaistnienia konieczności przemieszczania samochodu lub wyposażenia z siedziby kupującego koszty przemieszczania samochodu lub wyposażenia od i do kupującego miał ponosić sprzedawca. Stosownie zaś do § 8 ust. 1 umowy: „Kupujący może żądać od Sprzedającego zapłaty kar umownych w następujących przypadkach:

- a) jeżeli sprzedający opóźnia termin wydania samochodu w stosunku do terminu określonego w umowie, zapłaci kary w wysokości 0,1% wartości nie wydanego w terminie samochodu, za każdy dzień opóźnienia,
- b) w przypadku, gdy Sprzedający nie przystąpi do usunięcia usterki lub nie usunie, bez uzasadnionych przyczyn, usterki w terminie określonym w § 6 pkt 3 niniejszej umowy zapłaci Kupującemu karę umowną w wysokości 0,1 % wartości samochodu lub wadliwego wyposażenia za każdy dzień zwłoki w usunięciu wady.”

W dniu 25 września 2013 r. stwierdzone zostały przez serwisanta sprzedawcy usterki w samochodzie tj. korozja na połączeniu ramy pomocniczej z ramą główną i zakwalifikowano do wymiany śruby łączące te ramy. Pismem z 17 czerwca 2014 r. Wykonawca poinformował, że przybliżony czas naprawy pojazdu w warsztacie może zostać określony po oględzinach drabiny w (...). Kolejnym pismem z 2 lipca 2014 r. Wykonawca poinformował, że naprawa zostanie zakończona najpóźniej 1 sierpnia 2014 r. W piśmie z 21 lipca 2014 r. wskazano, że odbiór techniczny drabiny został wyznaczony na 29 lipca 2014 r.

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

Wezwaniem z 12 sierpnia 2014 r. Zamawiający, na podstawie § 8 pkt 1 lit. b w związku z § 6 ust. 3 umowy wezwał Wykonawcę do zapłaty kary umownej w kwocie 623.382,00 zł tytułem opóźnienia w usunięciu usterki przedmiotu sprzedaży wynoszącego 300 dni, tj. od 8 października 2013 r. do 4 sierpnia 2014 r. W uzasadnieniu pisma wskazano, że 25 września 2013 r. stwierdzone zostały przez serwisanta sprzedawcy usterki w samochodzie. Zgodnie z § 8 ust. 1 lit. b w związku z § 6 pkt 3 umowy usunięcie usterki winno nastąpić w terminie 10 dni roboczych od momentu zgłoszenia usterki. W przypadku napraw wymagających dłuższego czasu niż 10 dni wymagane jest pisemne określenie (przez gwaranta) zakresu prac i terminu usunięcia awarii. Gwarant nie usunął usterki w terminie określonym umową, nie poinformował również pisemnie, aby dla dokonania naprawy konieczny był dłuższy niż 10 dni termin i nie określił w związku z tym terminu usunięcia usterki. Z tego powodu uznać należy, że gwarant opóźnił się z usunięciem usterki od 8 października 2013 r. Samochód po usunięciu usterki został wydany kupującemu 4 sierpnia 2014 r., co oznacza, że sprzedający opóźnił się z usunięciem usterki o 300 dni. Zgodnie z § 8 pkt 1 lit. b umowy w przypadku, gdy sprzedający nie przystąpi do usunięcia usterki lub nie usunie, bez uzasadnionych przyczyn, usterki w terminie określonym w § 6 pkt 3 umowy zapłaci kupującemu karę umowną w wysokości 0,1 % wartości samochodu za każdy dzień zwłoki w usunięciu wady. Opóźnienie w usunięciu wady o 300 dni uprawnia kupującego do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 30,0 % wartości samochodu, tj. kwoty 623.382,00 zł według następującego wyliczenia $2.077.940 \text{ złotych} \times 30,0 \% = 623.382,00 \text{ złotych}$.

W odpowiedzi na powyższe pismo Wykonawca poinformował, pismem z 25 sierpnia 2014 r., że nie zgadza się co do zasadności wysuniętych roszczeń odnośnie zapłaty kary umownej tytułem opóźnienia w usunięciu usterki. W uzasadnieniu pisma wskazał, że 23 września 2013 r. otrzymał zgłoszenie dotyczące zacinającego się kosza w pojeździe. Już 25 września 2013 r. serwisant przybył na miejsce i dokonał naprawy zgłoszonej usterki. W protokole naprawy stwierdzającym usunięcie usterki dodatkowo wstępnie zakwalifikował do wymiany śruby łączące ramę podwozia z ramą pomocniczą zabudowy. Nic natomiast nie zostało zapisane w sprawie występującej korozji na połączeniach ram. Zatem 25 września 2013 r. ani serwisant, ani przedstawiciel kupującego nie stwierdzili korozji pomiędzy ramami. Przystępując do naprawy wymiany śrub Wykonawca zgłosił problem do producenta, ponieważ zgodnie z procedurą na taką wymianę każdorazowo musi uzyskać zgodę firmy (...). Wiedząc, że wymiana nie będzie możliwa w ciągu 10 dni, już 3 października 2014 r., Wykonawca poinformował Zamawiającego o tym pisemnie. W ten sposób należy uznać, że informacja o

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

wydłużeniu naprawy ponad 10 dni z podaniem przyczyny przekazana została Zamawiającemu skutecznie przez upływem umownego terminu. Korozja pomiędzy ramami podwozia i zabudowy została wykryta i stwierdzona 5 grudnia 2013 r., czyli po upływie 72 dni od zakończenia gwarancji na pojazd. Problem został natychmiast zgłoszony do producenta. W wyniku starań wykonawcy producent wyraził dobrą wolę w kwestii usunięcia korozji w ramach gwarancji pomimo jej zakończenia prawie trzy miesiące wcześniej. Zobligował się on do nieodpłatnego usunięcia korozji w warsztacie remontowo-naprawczym w (...), w Niemczech. O decyzji producenta Zamawiający otrzymał informację w piśmie z 15 stycznia 2014 r. Nieodpłatne usunięcie korozji pomimo zakończenia gwarancji na pojazd to efekt starań wykonawcy oraz dobra wola producenta pojazdu. Koszt transportu pojazdu do (...), częściowego demontażu pojazdu w zakładzie, rozłączenia ram, oczyszczenia powierzchni i ponownego zabezpieczenia to koszt około 70 tys. zł. Naprawa została przeprowadzona na koszt producenta, prace odebrano bez zastrzeżeń co do jakości, a na wykonaną naprawę Wykonawca udzielił gwarancji na okres 12 miesięcy. Wykonawca wykazał się należyłą rzetelnością, odpowiedzialnością i starannością w prowadzeniu sprawy oraz dbałością o wysoką jakość usług. W związku z powyższymi wyjaśnieniami Wykonawca prosił o wycofanie wezwania do zapłaty kary.

Pismem z 3 października 2014 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego, że w ramach chęci zawarcia porozumienia o dobrej współpracy, deklaruje przeprowadzenie naprawy w postaci wymiany czterech podpór w pojeździe (...) w kwocie 40 tys. zł netto, zaproponowanej przez Obwinionego. Wykonanie naprawy w takiej kwocie gwarantuje brak dalszych roszczeń Zamawiającego w kwestii płacenia kar umownych.

Kolejnym pismem z 9 października 2014 r. Zamawiający wskazał, że warunkiem zawarcia ugody jest wykonanie przez Wykonawcę naprawy polegającej na wymianie czterech podpór w samochodzie z automatyczną drabiną o wysokości ratowniczej 37 m, ale koszt naprawy po stronie Zamawiającego nie może przekroczyć kwoty 40.000 zł wraz z podatkiem VAT i obejmować musi wszelkie wydatki związane z naprawą.

W odpowiedzi Wykonawca poinformował, że akceptuje kwotę 40 tys. zł brutto.

W wyniku powyższych ustaleń 5 stycznia 2015 r. Komenda Miejska Państwowej (...) reprezentowana przez Obwinionego oraz (...) zawarły porozumienie, w którym Wykonawca zobowiązał się do wykonania naprawy pojazdu specjalnego – drabiny (...), rok produkcji 2000, polegającej na wymianie czterech podpór oraz zobowiązał się do poniesienia

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

dodatkowych kosztów związanych z naprawą. Szacunkowa wartość naprawy wynosi 150.000,00 zł netto. Obwiniony zobowiązał się zapłacić firmie (...) za wykonaną naprawę tytułem wynagrodzenia kwotą 40.000,00 zł. Zamawiający oświadczył, że wykonanie postanowień porozumienia wyczerpuje w całości jego roszczenia w zakresie naliczonych kar umownych w wysokości 623.382,00 zł tytułem opóźnienia w usunięciu usterki samochodu z automatyczną drabiną o wysokości ratowniczej 37 m.

Na rozprawach Obwiniony złożył wyjaśnienia, w których wskazywał, że: został Komendantem Miejskim 23 lutego 2009 r., przez wszystkie lata jego pracy były problemy finansowe, środki przekazywane były niewystarczające na zakup odpowiedniego sprzętu, nie było pieniędzy na naprawy i na remonty. W przypadku drabiny z 2010 r. okres gwarancji wynosił 3 lata i upływał 28 września 2013 r. Na 2 dni przed upływem gwarancji był ostatni przegląd gwarancyjny. Przyjechał serwisant i wykrył, że są ślady korozji na śrubie, która łączy ramę główną z ramą pomocniczą. Zostało to zgłoszone do firmy (...), która powiedziała, że przyjmuje zgłoszenie, samochód będzie zadysponowany do serwisu (...). Przedmiotowa korozja była wykryta 72 dni po okresie gwarancji, po przeglądzie serwisowym (...). Tam również wykryto, że oprócz śruby pojawiły się ślady korozji między ramą główną a ramą pomocniczą. W związku z tym firma (...) zgodziła się przeprowadzić naprawę na swój koszt u producenta, w miejscowości (...), bo w Polsce nie ma możliwości ani warunków dotarcia do miejsc skorodowanych. Ze względu na pewne utrudnienia, jeżeli chodzi o producenta, naprawa trwała przez taki okres. Po powrocie drabiny Zamawiający wysłał do firmy (...) pismo z żądaniem zapłaty odsetek w kwocie 623.382,00 zł, natomiast firma (...) wskazała, że kara ta jest nienależna i nie przyjęła roszczeń. W wyniku uzgodnień, oraz faktu, iż w międzyczasie pojawił się problem z drabiną z 2000 roku, gdzie były skorodowane podpory, Obwiniony rozpoczął rozmowy z firmą (...) oraz wewnętrznie rozważał różne warianty załatwienia sprawy, w tym rozpoczęcie sporu sądowego. Po spotkaniu z radcą prawnym, który stwierdził, że podpisanie porozumienia jest możliwe, takie porozumienie zostało przygotowane. W międzyczasie Zamawiający wysłał zapytanie o cenę, odpowiedziała firma (...), która przedstawiła cenę w granicach 150 tys. zł za wymianę tych podpór. Budżet Komendy to 200 tys. zł na rok na 100 pojazdów. Po analizie całego stanu faktycznego oraz możliwych rozwiązań Obwiniony podjął decyzję o zawarciu porozumienia. Obwiniony uznał podpisanie porozumienia za sukces, dlatego że 110 tys. zł zostało w budżecie.

Obwiniony wskazał ponadto, że w umowie jest zapis, że firma (...) ma w przeciągu 24 godzin zareagować, jeżeli zostanie zgłoszona usterka w sprzęcie. Natomiast są naprawy,

których nie można wykonać w ciągu 24 godzin, a w ciągu 10 dni strony powinny się porozumieć co do wykonania naprawy. Przy pierwszej drabinie, w momencie, kiedy została zauważona usterka, firma (...) też określiła terminy, kiedy drabina ma jechać do Niemiec. Firma zareagowała w ciągu 10 dni, ustaliła harmonogram dalszego postępowania.

MKO przesłuchała również świadków: pracowników Komendy oraz pracownika Wykonawcy, którzy potwierdzili wyjaśnienia Obwinionego.

Świadek – zastępca komendanta miejskiego potwierdził, że po analizie sprawy i konsultacji z radcą prawnym doszedł do przekonania, iż kary umowne naliczone były w sposób niezasadny, a roszczenia do firmy są bezpodstawne, bo było dobrą wolą firmy (...), że ten sprzęt naprawiła. I z tego wynikało podpisanie porozumienia.

Świadek – zatrudniona w Komendzie na stanowisku głównej księgowej również wskazała, że w jej ocenie nie było podstaw prawnych, żeby naliczyć karę umowną. Zgodnie z umową było już po terminie gwarancji, więc naprawy firma (...) mogła nie dokonać. Świadek nie brała udziału w rozmowach z Wykonawcą, była odpowiedzialna za zabezpieczenie środków związanych z zapłatą za wymianę podpór w wysokości 40 tysięcy złotych.

Świadek – wiceprezes spółki (...), zeznał, iż w przedmiotowej sprawie usterki były zgłoszone przez Zamawiającego po upływie terminu gwarancji i nie było podstaw do naliczenia kar umownych. Nie było przekroczenia terminu, ponieważ w przeciągu 10 dni, o których mowa w umowie, firma powiadomiła, że naprawa będzie trwała dłużej, a sprawa korozji wyszła już po okresie gwarancyjnym, gdyż gwarancja skończyła się 28 września, a korozja wyszła w grudniu. W związku z tym nie obowiązywał punkt w umowie, który mówił, że w ciągu 10 dni musi naprawić usterkę. Na jesieni roku 2014 zgłoszona została sprawa innej drabiny z roku 2000, w której w wyniku lat eksploatacji w bardzo trudnych warunkach zużyte były podpory. Zapytanie ofertowe otrzymał dział techniczny i wycenił ją w sposób standardowy na kwotę około 150 tysięcy złotych. Prowadzono rozmowy o zmniejszeniu ww. kwoty. Z uwagi na fakt, iż firmie zależało na dobrej współpracy oraz opinii o firmie, zdecydowano się na zawarcie ugody.

MKO wskazała, że Obwiniony pełnił obowiązki Komendanta Miejskiego Państwowej (...), zatem zgodnie z art. 4 uondfp, podlega odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Orzekając, MKO na wstępie wzięła pod uwagę dyspozycję przepisu art. 24 uondfp, zgodnie z którym, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

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. Jeżeli według nowej ustawy określone działanie lub zaniechanie objęte orzeczeniem nie stanowi już naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ukaranie ulega zatarciu z mocy prawa.

Konsekwencją zastosowania regulacji zawartej w art. 24 uondfp było dokonanie przez MKO dwuetapowego rozumowania: w pierwszym etapie MKO ustaliła, że w dniu popełnienia czynu, czyn ten stanowił naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Drugi etap rozumowania polegał na ustaleniu, który stan prawny jest korzystniejszy dla Obwinionego: aktualny, czy z daty dokonania naruszenia.

Sformułowanie „względniejsza dla sprawcy” rozumie się – w braku definicji ustawowej – w sposób odpowiadający potocznemu rozumieniu, tj. korzystniejsza, mniej surowa, mniej represyjna.

MKO, w zakresie zarzutu dotyczącego niedochodzenia kar umownych poprzez zawarcie porozumienia zastosowała w stosunku do Obwinionego zasadę bezpośredniego stosowania ustawy nowej. Ww. zasada obowiązuje zarówno w stosunku do ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak i innych ustaw, z których naruszeniem wiąże się naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W dniu zawarcia porozumienia nie obowiązywały przepisy pozwalające Obwinionemu na zawarcie porozumienia w zakresie roszczeń w stosunku do firmy (...), jednakże 1 czerwca 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności. Zgodnie z art. 9 tej ustawy do ustawy o finansach publicznych dodano art. 54a w brzmieniu: „Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. 2. Ocena skutków ugody nastąpi, w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego”. Nowy art. 54a ufp miał na celu uporządkowanie wątpliwości towarzyszących kolizji art. 42 ust. 5 ufp oraz art. 44 ust. 3 ufp, tj. kolizji zasady realizacji należności z zasadą celowości, oszczędności i efektywności wydatków. W doktrynie dowodzi

się, że nie było zakazu zawierania ugód w postępowaniu mediacyjnym lub arbitrażowym, lecz brak było zapisu wyraźnie taką możliwość potwierdzającego, więc podmioty dysponujące środkami publicznymi, często z obawy przed zarzutem nienależytej dbałości o finanse publiczne, nie korzystały z możliwości zakończenia sporu w drodze ugody i prowadziły spór aż do wyczerpania wszystkich dostępnych środków zaskarżenia.

Obwiniony wprawdzie nie zachował warunków formalnych wymaganych do zastosowania przepisu art. 54a ufp, jednakże, jak wynika z zeznań świadków i samego Obwinionego, de facto taka analiza została dokonana, zarówno przez Obwinionego jak i radcę prawnego zatrudnionego w Komendzie. Zatem biorąc pod uwagę fakt, że w obowiązującym stanie prawnym Obwiniony miałyby podstawy do zawarcia ugody w sprawie roszczeń w stosunku do firmy (...) MKO uznała Obwinionego niewinnym w zakresie tych zarzutów.

Jednocześnie w stosunku do zarzutów dotyczących niezastosowania przez Obwinionego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i udzieleniu zamówienia na wykonanie naprawy pojazdu specjalnego (...) bez zastosowania trybów przewidzianych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych MKO uznała, iż przepisy obowiązujące zarówno w dniu udzielenia przedmiotowego zamówienia, jak też w momencie orzekania są zbieżne. Żaden przepis obowiązujący w dniu orzekania nie pozwalał Obwinionemu na udzielenie przedmiotowego zamówienia bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. MKO uznała, że Obwiniony ponosi w tym zakresie odpowiedzialność na zasadzie art. 19 uondfp.

Stosownie do art. 19 ust. 2 uondfp odpowiedzialność 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. Zatem do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych konieczne jest zarówno formalne naruszenie przepisu prawa, jak i udowodnienie winy po stronie konkretnego sprawcy.

O winie sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych można mówić wówczas, gdy możliwe jest postawienie zarzutu, że nie dał on posłuchu normie prawnej określającej zasady gospodarowania groszem publicznym, choć in concreto miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodne z tą normą. Przypisanie winy polega też na wskazaniu sprawcy, jak powinien działać, aby naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie popełnić.

Z kolei staranność należyta, zgodnie z językowym rozumieniem tego terminu, oznacza staranność taką jak trzeba, jaka być powinna, właściwa, stosowna, odpowiednia. Wymaga dokonania wszystkich typowych czynności zgodnie z wyższymi umiejętnościami i kwalifikacjami. Jest starannością wyższą od staranności minimalnej, tj. postępowania w granicach najniższego życiowego lub zawodowego doświadczenia oraz od staranności niezbędnej, opierającej się na dokonaniu podstawowych czynności pracowniczych i zawodowych, opartej na wiedzy i umiejętnościach niezbędnych w konkretnym zawodzie. Kategoriami wyższymi od staranności należytej, wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, jest staranność szczególna, o kwalifikowanym charakterze, polegająca na dokonywaniu wszystkich możliwych czynności zgodnie z wysokimi kwalifikacjami oraz staranność najwyższa, możliwa do realizacji przy bardzo wysokich kwalifikacjach.

Należyta staranność odnosi się do osoby, która z racji wykonywanego zawodu posiada określoną wiedzę i stosuje specjalne umiejętności. Staranność należyta oznacza spełnianie obowiązków służbowych wynikających z zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji w sposób profesjonalny, z zachowaniem należytej pieczołowitości ich wykonania. Jest to staranność ogólnie wymagana, tj. staranność normalna, przeciętna, oceniana według kryteriów obiektywnych i generalnych, odnosząca się do wzorców zawodowych. Należyta staranność nie wymaga szczególnego kwalifikowanego typu staranności (jak staranność szczególna czy najwyższa), ale opiera się na zwykłej pilności, uwadze, umiejętnościach i zdrowym rozsądku, wykorzystywanych przy realizacji obowiązków służbowych.

Przesłanką wyłączającą winę jest niemożność uniknięcia naruszenia mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku. Osoba odpowiedzialna (sprawca naruszenia określonego w art. 5-18c uondfp) popełnia je pomimo zachowania wszelkich obowiązujących go reguł ostrożności.

W przedmiotowej sprawie MKO uznała, iż odpowiedzialność Obwinionego nie została wyłączona w żaden sposób, Obwiniony miał możliwość zachowania się w sposób odmienny i dokonać ww. zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie MKO wzięła pod uwagę dyspozycję przepisu art. 36 uondfp i odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary w zakresie ww. zarzutów. MKO w szczególności wzięła pod uwagę długoletnią służbę zawodową Obwinionego oraz fakt niekaralności Obwinionego. Ponadto, działania podejmowane przez Obwinionego, rozmowy prowadzone z Wykonawcą,

konsultacje z radcą prawnym oraz główną księgową Komendy wskazują, że podejmował on działania w przekonaniu ich zgodności z przepisami prawa oraz działał w celu zminimalizowania strat w Komendzie. MKO wzięła również pod uwagę charakter pracy Obwinionego oraz ciążący na nim obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa zarówno mieszkańcom (...), jak też pracownikom Komendy. W ocenie MKO nie bez znaczenia jest też treść artykułu 28 uondfp – stopień szkodliwości dla finansów publicznych, w przedstawionych okolicznościach nie jest znaczny, a działania podejmowane przez Obwinionego, w szczególności uzgodnienia z Wykonawcą, iż zakup drabiny nastąpił po cenie dużo niższej niż początkowo przedstawiana.

Od powyższego orzeczenia Obwiniony – na swoją korzyść – wniósł odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zwanej dalej także „GKO”, zaskarżając je w części – w zakresie, w którym Obwiniony został uznany odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz orzeczenia o kosztach, zaskarżonemu orzeczeniu zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp w zw. z art. 44 ust. 4 ufp oraz w zw. z art. 7 ust. 3 uPzp przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie,
2. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp w zw. z art. 44 ust. 4 ufp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 uPzp przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie,
3. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 19 ust. 2 uondfp poprzez uznanie, że można Obwinionemu w przedmiotowym stanie faktycznym przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia,
4. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 uondfp przez jego niezastosowanie mimo spełnienia przesłanek i niedopuszczenie w toku postępowania dowodu z akt (...) Prokuratury Rejonowej (...) na okoliczność ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem dyscypliny budżetowej (wniosek o dopuszczenie dowodu w piśmie pełnomocnika z 21 marca 2019 r.), a także oddalenie wniosku dowodowego o wystąpienie do sądu o zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego Komendy oraz o dopuszczenie dowodu z jego zeznań na okoliczność zaakceptowania porozumienia oraz samych faktów zawarcia porozumienia (postanowienie o oddaleniu wniosku dowodowego z 24 kwietnia 2019 r.).

Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia przez:

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

1. uniewinnienie Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego w ramach zawartego 5 stycznia 2015 r. porozumienia pomiędzy Komendą Miejską Państwowej (...) i (...) w którym ustalono, że Komenda nie obciąży firmy (...) karami umownymi w kwocie 623.382,00 zł, w zamian za co ten dokona naprawy (wymieni) m.in. 4 podpór w drabinie o wartości szacunkowej naprawy 150 tys. zł netto, za którą to naprawę Komenda zapłaci 40 tys. zł,
2. uniewinnienie Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp polegającego na udzieleniu zamówienia na wykonanie naprawy pojazdu specjalnego (...) stanowiącego własność Komendy, polegającej na wymianie czterech podpór. Zamówienia udzielono na podstawie porozumienia zawartego 5 stycznia 2015 r. na rzecz firmy (...), która nie została wybrana w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, czym naruszono art. 44 ust. 4 ufp obligujący zamawiającego do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 uPzp.
3. zasądzenie od organu na rzecz Obwinionego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w punkcie 2. orzeczenia MKO powołany został nieistniejący art. 7 ust. 4 uPzp – jak można domniemywać, w orzeczeniu chodziło o art. 7 ust. 3 uPzp.

Obwiniony nie zgodził się z orzeczeniem uznającym go za odpowiedzialnego naruszenia wskazanych przepisów. Co prawda w dniu zawarcia porozumienia nie obowiązywały przepisy pozwalające Obwinionemu na zawarcie porozumienia w zakresie roszczeń w stosunku do firmy (...), jednakże 1 czerwca 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności. Na mocy art. 9 tej ustawy do ustawy o finansach publicznych dodano art. 54a ust. 1 w brzmieniu: „Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego”.

W obowiązującym stanie prawnym Obwiniony miałby zatem podstawy do zawarcia porozumienia w sprawie roszczeń w stosunku do firmy (...), a więc zasadne jest

uniewinnienie go od zarzutów w tym zakresie. Dzięki porozumieniu udało się dokonać zakupu sprzętu o wartości 150 tysięcy złotych za kwotę 40 tysięcy złotych, podpisanie porozumienia było więc korzystnym rozwiązaniem. Tym samym zarzut, że na wymianę podpór wydano 40 tysięcy złotych, a nie 150 tysięcy złotych, jest bezzasadny. Procedury przetargowe trwałyby długi czas, zaś środków pieniężnych nie było. Drabina wróciła do oddziału bojowego i nadal wyjeżdża do akcji ratowniczo-gaśniczych, a głównym obowiązkiem Komendanta było zapewnienie ratownikom i mieszkańcom miasta właściwego poziomu bezpieczeństwa, który to obowiązek dzięki porozumieniu udało się zrealizować. (...) jest jedynym przedstawicielem producenta sprzętu na terenie Polski.

Odnosnie niedochodzenia należności w zakresie kary umownej w kwocie 623.382,00 zł – pismem z 25 sierpnia 2017 r. (...) nie uznała żądania zapłaty kary umownej, natomiast argumentacja zawarta w piśmie wskazywała bezzasadność wcześniej zgłaszanych roszczeń, mając w szczególności na względzie okoliczności faktyczne sprawy oraz zapisy umowy sprzedaży z (...) czerwca 2010 r., w tym dyspozycję § 8 ust. 1 pkt b, zgodnie z którym w zakresie napraw gwarancyjnych kupujący może żądać od sprzedającego zapłaty kar umownych w przypadku, gdy sprzedający nie przystąpi do usunięcia usterki lub nie usunie, bez uzasadnionych przyczyn, usterki w terminie określonym w § 6 pkt 3 umowy. Dochodzenie kary umownej było również negatywnie zaopiniowane przez radcę prawnego z uwagi na wątpliwości co do zasadności tych roszczeń. Obwiniony miał zatem uzasadnione powody, by postąpić w ten sposób, skoro specjalista z zakresu zamówień publicznych wydał opinię takiej treści, nie odmówił jej podpisania, a więc Komendant mógł zakładać, że jest zgodna z obowiązującymi przepisami. Również na porozumieniu zawartym z firmą (...) widniała pieczętka i podpis radcy prawnego, co wskazywało, że porozumienie jest prawidłowe pod względem zgodności z przepisami prawa. Obwiniony działał w zaufaniu do specjalisty, dochował zatem należytej staranności w zakresie dziedziny, w której musiał posiłkować się wiedzą innej osoby.

Do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych konieczne jest formalne naruszenie przepisu, jak i udowodnienie winy po stronie sprawcy. W tej sytuacji nie można mówić o możliwości przypisania sprawcy winy, bowiem obiektywnie nie miał możliwości postąpienia zgodnie z normą prawa. Nie mając dostatecznej wiedzy z zakresu Prawa zamówień publicznych postąpił zgodnie z wskazaniem specjalisty, radcy prawnego, naruszenia nie można było zatem uniknąć mimo dołożenia należytej staranności.

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

Zgodnie z art. 19 ust. 2 uoondfp 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. Zgodnie z Orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej z 16 maja 2016 r., sygn. DF1.4800.5.2016 udowodnienie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych spoczywa, co do zasady, na rzeczniku dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności. Przypisanie winy polega na wskazaniu, jak obwiniony powinien działać, by nie naruszyć dyscypliny finansów publicznych. Tylko jeśli można postawić zarzut, że obwiniony nie zastosował się do przepisów, choć obiektywnie, w konkretnej sytuacji miał taką możliwość, można przypisać winę. Jeżeli okaże się, że obwiniony w danych okolicznościach nie miał możliwości zachowania się zgodnie z przepisem, to pomimo stwierdzenia popełnienia czynu nie można przypisać winy. Natomiast, zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 27 października 2017 r., sygn. akt V SA/Wa 2955/16, 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.

Zgodnie z zakresem obowiązków, uprawnień i odpowiedzialności p.o. Komendanta Miejskiego Państwowej (...), Obwiniony obowiązany był m. in. do wykonywania zadań publicznych w dziedzinie ochrony przeciwpożarowej i zapobiegania innym nadzwyczajnym zagrożeniom życia i zdrowia ludzi oraz ochrony środowiska, jak również z zakresu bezpieczeństwa publicznego. W tym celu dysponował ograniczonymi środkami i zobowiązany był zapewnić sprawność i mobilność sprzętu pożarniczego w aglomeracji (...). W tej sytuacji, stawiając na szali życie i zdrowie ludzkie oraz prawidłowość procedury, nie ma wątpliwości, która z tych okoliczności powinna przeważać. Bez wątpienia priorytetem jest utrzymanie sprawności pojazdów ratowniczych, tak by możliwe było zapewnienie bezpieczeństwa mieszkańców aglomeracji (...), a także ratowników wyjeżdżających na akcje.

W zakresie oddalenia wniosku dowodowego dotyczącego zwolnienia z tajemnicy zawodowej radcy prawnego oraz dopuszczenie dowodu z jego zeznań na okoliczność zaakceptowania porozumienia oraz samych faktów zawarcia porozumienia – przesłuchanie świadka nie

zmierzało do przedłużenia postępowania, okoliczności, które miały być udowodnione, były istotne dla sprawy, a dowód był przydatny do ich stwierdzenia. Dopuszczeniu dowodu nie sprzeciwiały się również zasady ekonomiki procesowej, tak więc oddalenie przez MKO wniosku w tym zakresie było bezpodstawne. Podobnie, nie został dopuszczony dowód z akt Prokuratury Rejonowej (...), a w ramach tego postępowania poczyniono istotne ustalenia faktyczne związane z naruszeniem dyscypliny budżetowej przez Obwinionego.

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

Obwinionemu zarzucono popełnienie czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uodnfp, polegającego na:

1. udzieleniu zamówienia publicznego w ramach zawartego 5 stycznia 2015 r. porozumienia pomiędzy Komendą Miejską (...) i (...), w którym ustalono, że Komenda nie obciąża firmy (...) karami umownymi w kwocie 623.382,00 zł, w zamian za co firma (...) dokona naprawy m.in. 4 podpór w drabinie (pojeździe specjalnym), o wartości szacunkowej naprawy 150 tys. zł netto, za którą to naprawę Komenda zapłaci 40 tys. zł, co nastąpiło z naruszeniem art. 44 ust. 4 ufp oraz art. 7 ust. 4 uPzp (poprawnie: ust. 3),
2. udzieleniu zamówienia na wykonanie naprawy pojazdu (...) stanowiącego własność Komendy, polegającej na wymianie czterech podpór, na podstawie porozumienia zawartego 5 stycznia 2015 roku na rzecz firmy (...) która nie została wybrana w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, czym naruszono art. 44 ust. 4 ufp obligujący zamawiającego do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 uPzp; wartość zamówienia – 150.000,00 zł netto.

MKO uznała Obwinionego odpowiedzialnym ww. naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz obciążyła Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 327,81 zł.

Na wstępie GKO, podczas rozprawy, ustaliła przede wszystkim, że w obu punktach orzeczenia MKO mowa jest o tym samym porozumieniu, tym samym zamówieniu i tej samej drabinie, zatem o tym samym czynie.

GKO stwierdziła także, że stan faktyczny sprawy opisany powyżej, został ustalony przez MKO prawidłowo, nie jest sporny, żadne wskazywane okoliczności ani przywoływane dowody nie były w trakcie postępowania przed GKO kwestionowane ani przez Obwinionego, ani przez Oskarżyciela. Okoliczności sprawy w jednoznaczny sposób wynikają z zawartych

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

w aktach postępowania dokumentów, jak też stanowisk prezentowanych podczas rozprawy przez GKO.

GKO podzieliła ustalenia MKO, że Obwiniony jest osobą, której można przypisać odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – w myśl art. 18 ust. 1 uPzp, jak i art. 53 ust. 1 ufp.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 uPzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Podobnie z art. 53 ust. 1 ufp wynika, że kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki. Obwiniony był zarówno kierownikiem zamawiającego, jak i kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych. Z akt sprawy wynika, że dokonał kwestionowanej czynności, tj. zlecenia dokonania naprawy m.in. 4 podpór w drabinie (pojeździe specjalnym) (...).

Tym samym powyżej wskazana kwestia odpowiedzialności nie budzi wątpliwości.

Popęlnienie czynu opisanego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp zostało zarzucone Obwinionemu w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 uPzp i art. 44 ust. 4 ufp.

Art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Art. 44 ust. 4 ufp zawiera dyspozycję, zgodnie z którą jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

„Przepisy o zamówieniach publicznych” to przywołana powyżej ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Art. 7 ust. 3 tej ustawy stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś art. 7 ust. 1, 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.

Zgodnie z dyspozycją art. 80 ust. 1 uondfp organy prowadzące postępowanie są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść obwinionego. Tym samym GKO wzięła pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, jakie zostały ustalone w trakcie trwania postępowania o naruszenie dyscypliny finansów

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

publicznych, nawet jeśli nie zostały one podniesione przez Obwinionego ani Rzecznika dyscypliny.

W ocenie GKO w zarzucanym Obwinionemu czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Jak wynika z treści art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Przy czym „tryb”, o którym mowa w tym przepisie, dotyczy także kwestii samego zastosowania lub niezastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 uPzp ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro. Przepis ten miał tę samą treść także we wskazanej dacie popełnienia czynu, tj. 5 stycznia 2015 r.

Równowartość ta została wskazana w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2477), obowiązującego od 1 stycznia 2018 r. – w wysokości 4,3117, natomiast w dacie popełnienia zarzucanego czynu obowiązywało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1692) wskazujące średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych w wysokości 4,2249.

Tym samym w chwili udzielenia przedmiotowego zamówienia wartość progowa zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych wynosiła 126 747 złotych, a obecnie 129.351 złotych. Jest to wartość netto, tj. bez podatku od towarów i usług, co wynika wprost z jednej z zasad obliczania wartości zamówień publicznych, zawartej w art. 32 ust. 1 uPzp, zgodnie z którą podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 uPzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Ustalenie wartości zamówienia, wraz z określeniem samego przedmiotu zamówienia, jest podstawową czynnością zamawiającego, która chronologicznie powinna występować jako pierwsza przed wyborem dalszego sposobu działania, tj. stwierdzenia, czy dana wartość uprawnia do rezygnacji z procedur opisanych w ustawie Prawo zamówień publicznych z powodu nieprzekroczenia kwoty 30.000 euro.

W przypadku zamówień, które zostały udzielone bez zastosowania procedury określonej w ustawie Prawo zamówień publicznych, jako wartość danego zamówienia należy przyjąć wartość danej umowy bez podatku od towarów i usług, co odpowiada dyspozycji art. 32 ust. 1 uPzp, tj. odniesienia do całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy, wartość zawartej przez Obwinionego umowy – a więc i wartość przedmiotowego zamówienia publicznego – wynosiła 40.000 złotych brutto, która to kwota w oczywisty sposób nie przekraczała ustawowej wartości 126.747 złotych netto. Tym samym uprawnione było zawarcie takiej umowy bez zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec zaś uniewinnienia Obwinionego od zarzutów niedochodzenia należności Skarbu Państwa w zakresie naliczonej kary umownej i niezgodnego z przepisami umorzenia części kary umownej na podstawie porozumienia z 5 stycznia 2015 roku oraz stwierdzenia środkami dowodowymi – o czym mowa w uzasadnieniu orzeczenia MKO – że żądana kara umowna była nienależna, a jej żądanie nie miało uzasadnienia merytorycznego, nie można stwierdzić, że część wynagrodzenia wykonawcy, tj. różnica pomiędzy wartością 150.000 złotych netto a 40.000 złotych brutto została de facto „zapłacona” poprzez potrącenie należności.

Tym samym kwota 40.000 złotych brutto była realną kwotą, jaką zapłacił Zamawiający w ramach wynagrodzenia wykonawcy (...) i realną wartością zamówienia, o której mowa w art. 32 ust. 1 uPzp. Natomiast różnicę pomiędzy kwotą 150.000 złotych netto, wskazaną przez tego wykonawcę w ramach prowadzonego przez Zamawiającego tzw. rozeznania rynku (jak wynika z zeznań świadka – przedstawiciela spółki (...), była to standardowa oferta składana na tego typu zapytania zamawiających, zatem miała ona jedynie charakter wstępny)

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

a kwotą umowy – 40.000 złotych brutto, należy uznać za efekt negocjacji cenowych Zamawiającego z Wykonawcą. Tym samym należy uznać, że po otrzymaniu oferty wstępnej na kwotę 150.000 złotych netto a przed zawarciem umowy (udzieleniem zamówienia) nastąpiła okoliczność, o której mowa w art. 35 ust. 2 uPzp, tj. nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia, w związku z którą Zamawiający dokonał zmiany wartości zamówienia ze 150.000 złotych netto na 40.000 złotych brutto.

W trakcie postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie zostały wskazane inne kwoty odnoszące się do wartości zamówienia, jak tylko kwota 150.000 złotych netto oraz 40.000 złotych brutto, zatem jedynie do tych kwot GKO się odnosiła w swoich rozważaniach.

GKO zwróciła również uwagę na niekonsekwencję uzasadnienia orzeczenia MKO. Z jednej strony bowiem Komisja I instancji wskazała, że zawarte porozumienie z 5 stycznia 2015 r. było dopuszczalne, z drugiej jednak – jak można wnioskować z częściowego uniewinnienia Obwinionego, a częściowego uznania go winnym – pomimo że wszystkie zarzuty dotyczyły przedmiotowego porozumienia MKO de facto uznała, że porozumienie to było dopuszczalne tylko częściowo lub w niektórych aspektach. Przy czym trudno powiedzieć, na czym owo porozumienie miałyby polegać, skoro – jak wynika z opisanych w uzasadnieniu ustaleń – ze środków dowodowych wynika, że kary umowne nie należały się, a zlecenie naprawy drabiny MKO uznała za nieprawidłowe.

Zgodnie z dyspozycją art. 19 ust. 1 uoondfp 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 uoondfp 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.

MKO, pomimo podkreślenia w uzasadnieniu, za poglądami orzecznictwa, że na gruncie art. 19 uoondfp „przypisanie winy jest uzasadnione jedynie wówczas, kiedy możliwe jest wskazanie prawidłowego sposobu działania obwinionego, to jest określenie wzorca zachowania się, według którego nie dochodzi do naruszenia dyscypliny finansów

publicznych”, uznając Obwinionego winnym częściowo nieprawidłowego porozumienia – w zakresie udzielonego zamówienia publicznego – takiego wzorca zachowania (prawidłowego sposobu zawarcia porozumienia) nie wskazała.

Odwołujący zarzucił MKO naruszenie art. 89 ust. 1 uondfp przez jego niezastosowanie mimo spełnienia przesłanek i niedopuszczenie w toku postępowania dowodu z akt Prokuratury Rejonowej (...) na okoliczność ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem dyscypliny budżetowej (wniosek o dopuszczenie dowodu w piśmie pełnomocnika z 21 marca 2019 r.), a także oddalenie wniosku dowodowego o wystąpienie do sądu o zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego Komendy oraz o dopuszczenie dowodu z jego zeznań na okoliczność zaakceptowania porozumienia oraz samych faktów zawarcia porozumienia (postanowienie o oddaleniu wniosku dowodowego z 24 kwietnia 2019 r.).

Z art. 89 ust. 1 uondfp wynika, że organ prowadzący postępowanie jest obowiązany do wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego. Natomiast zgodnie z art. 87 uondfp przedmiotem dowodu są fakty mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Osoba, wobec której wszczęto postępowanie, występująca z wnioskiem dowodowym, w tym o dowód z zeznań świadków, jest obowiązana dokładnie oznaczyć fakty, o których stwierdzenie wnosi (art. 90 zd. 1 uondfp).

W ocenie GKO Obwiniony nie wskazał, jakie konkretne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miałyby mieć wskazywane dowody, których przeprowadzenia odmówiła MKO. Dowody takie były zbędne dla rozstrzygnięcia dokonanego przez GKO.

Art. 147 ust. 1 uondfp stanowi, że Główna Komisja Orzekająca w wyniku rozpoznania odwołania na rozprawie wydaje orzeczenie, w którym:

- 1) utrzymuje orzeczenie w mocy albo
- 2) uchyla orzeczenie w całości lub w części i rozstrzyga sprawę co do istoty, albo
- 2a) uchyla orzeczenie w całości lub w części i umarza postępowanie, albo
- 3) uchyla orzeczenie w całości lub w części i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

Przy tym, zgodnie z art. 78 ust. 1 uondfp umorzenie postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych następuje, gdy:

- 1) zarzucanego czynu nie popełniono;

Sygn. akt BDF1.4800.75.2019

- 2) w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
- 3) nastąpiło przedawnienie karalności;
- 4) obwiniony zmarł;
- 5) obwiniony na mocy przepisów szczególnych nie podlega orzecznictwu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych;
- 6) w sprawie o ten sam czyn, popełniony przez tego samego obwinionego, zostało wydane prawomocne postanowienie lub orzeczenie komisji orzekającej albo w tej samej sprawie przeciwko temu samemu obwinionemu toczy się przed komisją orzekającą wcześniej wszczęte postępowanie;
- 7) zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 27 ust. 1 („Nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku działania lub zaniechania podjętego wyłącznie w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego”) lub art. 28 ust. 1 uondfp,
- 8) zachodzi inna okoliczność wykluczająca z mocy ustawy orzekanie w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przy czym, zgodnie z dyspozycją art. 78 ust. 3 uondfp, jeżeli okoliczność, o której mowa w ust. 1 pkt 1 i 2 uondfp, stwierdzono po przeprowadzeniu postępowania dowodowego przed organem orzekającym, wydaje się orzeczenie o uniewinnieniu.

W ocenie GKO zarzucany Obwinionemu czyn udzielenia zamówienia publicznego bez zastosowania trybu określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych nie naruszał przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mieścił się bowiem w granicach ustalonych artykułem 4 pkt 8 uPzp, zatem brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskazanych w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, co stanowi przesłankę do uniewinnienia zgodnie z brzemieniem art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp w zw. z art. 78 ust. 3 uondfp. Tym samym, działając na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp, GKO uchylila orzeczenie MKO w zaskarżonej części i rozstrzygnęła sprawę co do istoty uniewinniając Obwinionego.