



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 22 lutego 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marek Gluch (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jacek Najfeld</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Ireneusz Piasecki</i>
Protokolant:		<i>Dorota Machnicka</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 22 lutego 2016 r., odwołań obrońcy Obwinionej oraz Obwinionej - pełniącej w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Gminy, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 28 września 2015 r. sygn. akt: DB-0965/82/15, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała Obwinioną winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na niezgodnym z przepisami art. 32 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.) ustaleniu wartości przedmiotu zamówienia publicznego na usługi doradztwa podatkowego w zakresie rozliczania podatku VAT (umowa z dnia 10.06.2014 r.), które spowodowało niewykonanie obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przy udzieleniu tego zamówienia; w przedmiotowej sprawie Zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 3.200,00 zł netto bez ustalenia wartości szacunkowej drugiego elementu wynagrodzenia, tj. premii w wysokości 16% zwróconego Gminie przez organ podatkowy podatku VAT; na podstawie zawartej umowy Zleceniobiorca otrzymał w 2014 r. wynagrodzenie w łącznej kwocie 391.024,67 zł, co oznacza, że Zamawiający był zobowiązany do udzielenia tego zamówienia, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego w trybach i na zasadach określonych ustawą Prawa zamówień publicznych; udzielenie przedmiotowego zamówienia było sprzeczne z przepisami art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 2 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 885 ze zm.),

oraz odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionej i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu - zwana dalej Komisją, orzeczeniem z dnia 28 września 2015 r. uznała Obwinioną - pełniącą w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Gminy winną popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) - zwanej dalej ustawą, polegającego na niezgodnym z art. 32 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.) ustaleniu wartości przedmiotu zamówienia publicznego na usługi doradztwa podatkowego w zakresie rozliczania podatku VAT (umowa z dnia 10.06.2014 r.), które spowodowało niewykonanie obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przy udzieleniu tego zamówienia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 3.200,00 zł netto bez ustalenia wartości szacunkowej drugiego elementu wynagrodzenia, tj. premii w wysokości 16% zwróconego Gminie przez organ podatkowy podatku VAT. Na podstawie zawartej umowy Zleceniobiorca otrzymał w 2014 r. wynagrodzenie w łącznej kwocie 391.024,67 zł, co oznacza, że Zamawiający był

zobowiązany do udzielenia tego zamówienia, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybach i na zasadach określonych ustawą Prawo zamówień publicznych. Udzielenie przedmiotowego zamówienia było sprzeczne z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 2 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 885 ze zm.). Na podstawie art. 36 ustawy Regionalna Komisja Orzekająca odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionej. Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy obciążyła Obwinioną kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

Rozpoznając sprawę, Komisja dopuściła jako dowody w sprawie dokumenty dołączone do wniosku o ukaranie, w tym wyjaśnienia Obwinionej zawarte w pismach z dnia 16.07.2015 r. z dnia 05.08.2015 r. oraz z dnia 18.09.2015 r. wraz z załącznikami oraz ustne wyjaśnienia obrońcy złożone w imieniu Obwinionej do protokołu na rozprawie dnia 28.09.2015 r.

Komisja stwierdziła, że z materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy bezspornie wynika, że w dniu 10.06.2014 r. została zawarta umowa na usługi doradztwa podatkowego w zakresie rozliczania podatku VAT Gminy pomiędzy Gminą reprezentowaną przez (...) - Burmistrza Gminy przy kontrasygnacie - Skarbnika Gminy, a Wykonawcą - prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Kancelaria Doradcy Podatkowego”.

Przedmiotem umowy było świadczenie:

- usług w zakresie wskazania i przygotowania spraw do prowadzenia w ramach zastępstwa procesowego przed organami podatkowymi oraz sądami administracyjnymi, związanych z rozliczeniami podatku VAT Gminy,
- usług zastępstwa procesowego przez posiadające stosowne uprawnienia doradcy podatkowego, radcy prawnego lub adwokata osoby.

Strony określiły wynagrodzenie w następujący sposób:

- wynagrodzenie jednorazowe w wysokości 3 200 zł netto,
- premia za sukces, która wyniesie 16% kwoty podatku od towarów i usług (netto) która zostanie zwrócona Gminie przez organ podatkowy na skutek usług świadczonych przez Kancelarię oraz podatku naliczonego, co do którego Gmina uzyska prawo do pomniejszenia podatku należnego do końca 2015 r. (oraz w odniesieniu do kwot rocznej korekty środka trwałego w całym pozostałym okresie 5 lub 10 letniej korekty).

Stosownie do treści art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami, innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

W ocenie Komisji, jeżeli nawet w niniejszej sprawie mielibyśmy do czynienia z usługami niepriorytetowymi, to wybór trybu zamówienia z wolnej ręki nie zwalnia zamawiającego z obowiązku stosowania procedury określonej przez właściwe przepisy ustawy Prawo

zamówień publicznych, bowiem jest to jeden z trybów udzielenia zamówienia. Tym samym jego zastosowanie, w związku z art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych (usługi prawnicze), nie zwalnia zamawiającego z obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy nie wynika, by podjęto jakiejkolwiek czynności wynikające z procedury trybu zamówienia z wolnej ręki (m.in.: brak zaproszenia, brak dowodu przeprowadzenia negocjacji, brak protokołu postępowania, brak oświadczeń z art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, brak ogłoszenia o udzieleniu zamówienia). Zdaniem Komisji, nie ulega zatem wątpliwości, że osoby zawierające przedmiotową umowę na usługi doradztwa podatkowego w zakresie rozliczania podatku VAT nie stosowały przepisów właściwych dla trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 66 i następane, w związku z art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komisja wskazała, iż na szczególną uwagę zasługuje przy tym ocena dopuszczalności zastosowania art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych dla zawarcia przedmiotowej umowy z uwagi na jej przedmiot. Stosownie do treści w § 1 umowy „*Kancelaria zobowiązuje się świadczyć na rzecz Gminy:*

– *usługi w zakresie wskazania i przygotowania spraw do prowadzenia w ramach zastępstwa procesowego przed organami podatkowymi oraz sądami administracyjnymi związanych z rozliczeniami podatku VAT Gminy, obejmujące m.in.:*

a) *audyt podatkowy rozliczeń VAT Gminy zakończony raportem zawierającym pola optymalizacji VAT (ewentualnie) wybrane pola ryzyka podatkowego, rekomendacje co do dalszego trybu postępowania w zakresie zabezpieczenia ryzyk oraz odzyskania nadpłaconego podatku (wraz z oceną skuteczności proponowanych rozwiązań i ewentualnych wiążących się z nimi ryzyk), konkretne propozycje zmian w rozliczeniach, rekomendacje co do optymalnych rozliczeń VAT w przyszłości*

b) *przygotowanie spraw*

c) *zastępowanie i zastępstwo w toku postępowania przed organami podatkowymi i sądami administracyjnymi z NSA łącznie,*

– *usługi zastępstwa procesowego przez posiadające stosowne uprawnienia doradcy podatkowego, radcy prawnego lub adwokata osoby w zakresie określonym w pkt 1.1".*

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedmiotem umowy były usługi doradztwa podatkowego obejmujące przede wszystkim analizę stanu faktycznego Gminy (audyt), dokonanie jego oceny w postaci sporządzenia stosownego raportu, a także przedstawienia rekomendacji w zakresie optymalizacji rozliczeń VAT. Natomiast, zastępstwo procesowe przed organami podatkowymi i sądami administracyjnymi należy traktować jako element dodatkowy mający charakter subsydiarny do głównego przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, celem przedmiotowej umowy nie było zastępstwo procesowe w sprawach już wszczętych przez organy, a ewentualny audyt miał za zadanie ocenić szansę powodzenia tych spraw. Wobec tego, że głównym przedmiotem umowy były usługi doradztwa podatkowego wskazać należy, iż brak było możliwości w takim przypadku do zastosowania art. 5 ust. 1b

ustawy Pzp, bowiem usługi te zgodnie z Kodami CPV (79221000-9 Usługi w zakresie doradztwa podatkowego) stanowią usługi priorytetowe.

Komisja wskazała, że stosownie do treści art. 5 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazane jest łączenie usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z innymi rodzajami usług, dostaw lub robót budowlanych w celu obejścia przepisów regulujących sposób udzielania zamówień, a więc, np. zamawiający nie może łączyć np. usług niepriorytetowych (zastępstwo procesowe) z usługami priorytetowymi (usługi w zakresie doradztwa podatkowego) w celu przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komisja stwierdziła ponadto, że zamawiający, w imieniu którego działała Obwiniona, miał możliwość określenia wartości szacunkowej udzielanego zamówienia, ponieważ posiadał wiedzę o wielkości zapłaconego podatku VAT o zwrot którego będzie się ubiegał oraz miał pewne rozeznanie co do cen firm doradztwa podatkowego za czynności związane z odzyskaniem podatku VAT. W przypadku, gdy zamawiający nie potrafi we własnym zakresie ustalić wartości szacunkowej zamówienia, może przeprowadzić rozpoznanie cen obowiązujących na rynku w branży przedmiotowego zamówienia, którego dokonuje poprzez zwrócenie się do przedsiębiorców o przedstawienie cen oferowanych przez nich produktów czy usług. Wyceny sporządzone przez przedsiębiorców stanowią dla zamawiającego cenne źródło informacji o potencjalnych kosztach udzielenia zamówienia w danej branży. Komisja powołała się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. w postanowieniu z dnia 21 sierpnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1237/08) stwierdziła, że „W praktyce zamówień publicznych przyjęło się, że podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia usług (usług, które nie są usługami powtarzającymi się okresowo) mogą być dane rynkowe. W wyroku z dnia 12 sierpnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 786/08) Izba wskazała, że „Zamawiający, szacując wartość zamówienia, ma obowiązek wziąć pod uwagę najwyższą możliwą wartość, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług, a więc zasadne jest założenie, że oferta najkorzystniejsza będzie ofertą z ceną niższą niż rzeczywista wartość zamówienia”.

Komisja stwierdziła, że Obwiniona, jako reprezentująca zamawiającego, zawierając przedmiotową umowę, nie przeprowadziła postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Twierdzenie Obwinionej, że „w przypadku wyboru kancelarii nie było to zlecenie z wolnej ręki. Zbieraliśmy oferty już od 2012 roku. Brak protokołu z wyłonienia zleceniobiorcy jak i oświadczenia należy traktować jako przeoczenie nie mające wpływu na ważność wyboru oferenta.” – zdaniem Komisji nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonej dokumentacji.

Komisja wskazała, że z zasady ogólnej sformułowanej w art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych obowiązującej w czasie popełnienia czynu wynika, że za całość gospodarki finansowej, a zatem również za legalne wydatkowanie środków publicznych, jest odpowiedzialny kierownik jednostki. Również art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na kierownika zamawiającego jako osobę odpowiedzialną za

prawidłowość przeprowadzonego postępowania. Tym samym, z racji pełnionej funkcji oraz powierzonych obowiązków Obwiniony powinien znać zasady gospodarki finansowej oraz konsekwencje ich naruszenia, a w razie wątpliwości interpretacyjnych powinien dokładnie przeanalizować sytuację i przepisy przed podjęciem decyzji, nie ograniczając się do dania wiary jednej opinii lub tej opinii, która zgodna była z jego oczekiwaniami (orzeczenie GKO z dnia 26 lipca 2004 r.). Podniesione przez Obwinioną, jak i jej obrońcę okoliczności, nie uchylają zatem odpowiedzialności za stwierdzone naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W ocenie Komisji, podpisując przedmiotową umowę Obwiniona popełniła naruszenie określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości.

W ocenie Komisji, Obwinionej można przypisać winę ponieważ udzielając zamówienia nie dołożyła należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia i bezpodstawnie przyjęła, że wartość zamówienia jest poniżej progu 30.000 euro.

Komisja wskazała, że odpowiedzialność Obwinionej wynika z faktu, iż pełniła w momencie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję kierownika jednostki, co odpowiada treści art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz odpowiada Ona, zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Komisji, podpis Obwinionej złożony na umowie o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że czynność uzyskała walor czynności prawnej dokonanej w imieniu Zamawiającego.

Komisja odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionej, biorąc pod uwagę dotychczasową niekaralność oraz okoliczności w jakich doszło do popełnienia czynu. W ocenie Komisji, prowadzone postępowanie spełnia swoją rolę prewencyjną i Obwiniona nie dopuści do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w przyszłości.

Odwołanie od orzeczenia złożyła Obwiniona oraz obrońca. Odwołania są zbieżne w zakresie wniosków i argumentacji. W odwołaniach wniesiono o uchylenie orzeczenia, jego zmianę i uniewinnienie Obwinionej.

Orzeczeniu zarzucono nieprawidłowe ustalenie stanu faktycznego oraz błędną wykładnię art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Podniesiono, że w ustawie Prawo zamówień publicznych, definicja usług o charakterze niepriorytetowym została wskazana w art. 2a i 2b. Zgodnie z powyższym przepisem Prezes Rady Ministrów określił w drodze rozporządzenia wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. W załączniku nr 2 do przedmiotowego rozporządzenia wskazano usługi

niepriorytetowe, które nie są katalogiem zamkniętym. Ostatnia wskazana tam pozycja to „inne usługi”, czyli niewymienione usługi nienazwane i nieoznaczone konkretnymi kodami CPV. Do kategorii „innych usług” nie można oczywiście zaliczać tych usług, które określone zostały jako priorytetowe w załączniku nr 1 do powyższego rozporządzenia. W zakresie usług niepriorytetowych, to zamawiający samodzielnie określa procedurę udzielania zamówień na te usługi. Stosownie do zarządzenia nr 369/14 Burmistrza Gminy z dnia 20 sierpnia 2014 r. określono procedurę udzielania zamówień publicznych o wartości do 30 000 euro, w tym zakresie została ona zastosowana do wyboru Kancelarii Doradcy Podatkowego. Zdaniem obrony, jako kierownik zamawiającego Obwiniona posiadała prawo, w przypadku usług niepriorytetowych, a do takich ustawy Prawo zamówień publicznych i ww. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów zaliczyło usługi prawnicze, do przeprowadzenia procedury wyboru kancelarii w ramach wewnętrznej procedury udzielania zamówień poniżej progów wynikających z art. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odwołaniach wskazano także, że umowa z Panią (...) została zawarta 10 czerwca 2014 r., a dopiero nowelizacją Pzp która obowiązuje od 19 października 2014 r., została dokonana zmiana przepisów w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe. Dopiero 19 października 2014 r. uchylony został art. 5 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, który w przypadku zamówień wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dopuszczał możliwość wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach, niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1. Po drugie dodany został nowy— art. 5a ustawy Prawo zamówień publicznych. Od dnia 19 października 2014 r. zamawiający udzielający zamówienia na usługi niepriorytetowe o wartości poniżej progów unijnych mają możliwość dokonywania wyboru procedury pomiędzy dwiema opcjami - udzielenie zamówienia na tzw. zasadach ogólnych, czyli w jednym z trybów przewidzianych do tej pory w ustawie albo udzielenie zamówienia zgodnie z określoną przez zamawiającego procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 5a ust. 2-4 Pzp.

Stwierdzono, że bez zmian pozostał również art. 5 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi, lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa.

Obrona wskazała, że intencją ustawodawcy, poprzez dodanie do Pzp art. 5a, było odformalizowanie postępowań poniżej progów unijnych, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe - rozwiązanie przyjęte w nowelizacji odpowiada rozwiązaniom stosowanym w innych krajach unijnych w stosunku do zamówień nieprzekraczających określonej wartości, gdzie zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, jego

proceduralne szczegóły określa sam, przy zachowaniu pewnych wymogów minimalnych, określonych przez ustawodawcę krajowego.

W odwołaniach wskazano ponadto na niezasadność twierdzenia Komisji dotyczącego wartości umowy z Panią (...), ponieważ, zdaniem Obrony, w chwili jej zawarcia wartość możliwego do odzyskania dla Gminy podatku VAT nie była znana. Przed przeprowadzeniem audytu nie można było przewidzieć, ile VAT-u zostanie odzyskane, a jedynie wartość wynagrodzenia za wstępny audyt była realnie możliwa do przewidzenia. Ponadto wskazano, że Obwiniona liczyła się z możliwością zakwestionowania części zwrotu VAT. W ocenie Obrony, Obwiniona prawidłowo oszacowała wartość zamówienia publicznego, nie naruszyła art. 32 ust. 1 i 34 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie zaniżyła jako kierownik jednostki w sposób celowy ani świadomy wartości zamówienia publicznego. Co więcej, jako kierownik zamawiającego nie dokonała podziału zamówienia na części celem obejścia stosowania przepisów ustawy.

Wskazano także, że Obwiniona nie ponosi winy, ponieważ nie doszło do naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy; nie istniał bowiem obowiązek stosowania w tym zakresie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podniesiono również, że zachowanie Obwinionej nie było szkodliwe dla finansów publicznych, ponieważ nie powstał w jego wyniku ujemny dla finansów publicznych skutek finansowy, gdyż VAT należny gminie został odzyskany.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych – dalej zwana GKO, rozpoznając sprawę stwierdziła, co następuje.

Orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji jest, co do zasady, prawidłowe. Prawidłowo ustalono także stan faktyczny sprawy na podstawie kompletnego materiału dowodowego.

GKO w pierwszej kolejności rozważyła, który stan prawny powinien mieć zastosowanie w niniejszej sprawie – obowiązujący w dniu popełnienia naruszenia (za czas popełnienia naruszenia uznać należy dzień, w którym zawarto umowę, tj. 10.06.2014 r), czy w dniu orzekania. ponieważ zastosowanie każdego z nich prowadzi do wniosku, że Obwiniona naruszyła dyscyplinę finansów publicznych i powinna ponieść odpowiedzialność. Art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy nie uległ zmianie od 10 czerwca 2014 r. Nie uległ także zmianie art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, zatem należy jednoznacznie stwierdzić, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie stan prawny obowiązujący w dniu orzekania. GKO rozważyła także możliwość zastosowania art. 5 i 5a ustawy Prawo zamówień publicznych. W porównaniu z dniem popełnienia naruszenia art. 5 uległ zmianie oraz dodany został art. 5a.

W rozpoznawanej sprawie kluczowe jest ustalenie, że nie zastosowano żadnego trybu postępowania określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych, do którego

zobowiązywały przepisy tej ustawy tak w brzmieniu obowiązującym w dniu popełnienia naruszenia, jak i orzekania. Nawet, gdyby przyjąć, że przedmiotem umowy były w całości usługi niepriorytetowe (co do czego istnieją poważne wątpliwości, w miejscu tym należy jednocześnie zaznaczyć, że ewentualna nieprawidłowość zakwalifikowania usług nie stanowi zarzucanego Obwinionej czynu), to na podstawie art. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu popełnienia naruszenia istniał obowiązek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, czego w niniejszej sprawie nie uczyniono i co nie było kwestionowane w toku postępowania. W stanie prawnym obowiązującym w dniu orzekania natomiast zamawiający mógłby zastosować art. 5a w zw. z art. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z nim, jeżeli wartość zamówienia, o którym mowa w art. 5 ust. 1, jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może udzielić zamówienia po przeprowadzeniu postępowania określonego w ust. 2-4. Zamawiający powinien udzielić zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminacyjny oraz zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na swojej stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielania, w szczególności:

- 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty;
- 2) opis przedmiotu oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) kryteria oceny ofert.

Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający powinien zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na swojej stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na swojej stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia.

Obwiniona, nie zachowała się zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem; nie może zatem zostać zwolniona z odpowiedzialności w wyniku zastosowania przepisu obowiązującego w dniu orzekania. Ponadto samo twierdzenie Obrony, że Obwiniona mogła zastosować wewnętrznie ustalony tryb postępowania jest chybione, ponieważ w dniu popełnienia naruszenia art. 5a ustawy Prawo zamówień publicznych nie obowiązywał. Sama okoliczność, że ustawodawca zliberalizował przepisy po dniu popełnienia naruszenia nie ma znaczenia dla stwierdzenia jego popełnienia.

Zatem mając na uwadze powyżej przeprowadzoną analizę w zakresie możliwości zastosowania art. 5 i 5a ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzić należy, że niezależnie czy w niniejszej sprawie miałyby zastosowanie stan prawny obowiązujący w czasie

naruszenia dyscypliny finansów publicznych czy w czasie orzekania, to zastosowanie każdego z nich prowadzi do wniosku, że Obwiniona postępowała z jego naruszeniem.

Bezsprzecznie można przypisać Obwinionej odpowiedzialność na zasadach określonych w art. 19 ustawy. GKO uznała, że w niniejszej sprawie dokonano oszacowania wartości zamówienia nie dochowując należytej staranności, co miało wpływ na niezastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych, i który to czyn stanowi naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jak słusznie wskazała RKO, Obwiniona - odpowiedzialna za prawidłowe przeprowadzenie postępowania - wiedziała, jaka jest wartość zapłaconego podatku VAT, o zwrot którego będzie się ubiegała. Miała także możliwość rozpoznania rynku w zakresie wynagrodzenia. Obwiniona, jak wynika z materiału dowodowego, nie podjęła nawet próby prawidłowego oszacowania wartości zamówienia; bezpodstawnie uznała, że skoro nie może określić go w sposób precyzyjny, to nie zrobi tego w ogóle; ograniczy się do usługi jednego rodzaju stanowiącej niewielką część przedmiotu umowy. Z powyższych względów nie ulega wątpliwości, że doszło do zawinionego naruszenia, a Obwiniona miała możliwość zachowania się zgodnie z prawem.

GKO uznała także, że naruszenie popełnione przez Obwinioną jest szkodliwe dla finansów publicznych w stopniu wyższym niż znikomy. Należy podkreślić, że przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku - naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców (art. 28 ust. 3 ustawy). W rozpoznawanej sprawie dla oceny szkodliwości nie ma zatem kluczowego znaczenia, czy odzyskano, i w jakiej wysokości kwotę nadpłaconego podatku, tylko okoliczność, że w poważny sposób naruszono zasadę uczciwej konkurencji, poprzez niezastosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Inne okoliczności naruszenia też nie przemawiają na korzyść Obwinionej. Obwiniona nie dochowała minimum staranności, której należy wymagać od osób działających w imieniu zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.