



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 22 października 2012 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Gryśka
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Kasica (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz
Protokolant:		Hanna Kąkol

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Jacka Krawczyka,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2012 r. odwołania Obwinionego od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z dnia 22 czerwca 2012 r., sygn. akt: DB-0965/57/12, którym uznano Obwinionego (X), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu (ABC) Sport sp. z o.o., winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - zwanej dalej także ustawą, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, poprzez udzielenie w dniu 12.03.2009 r. zamówienia publicznego na realizację zadania p.n. „Budowa sportowego-wellness (ABC) Sport Sp. z o.o.” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu.

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Po przeprowadzeniu rozprawy, wydanym w dniu 22 czerwca 2012 r. orzeczeniem, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej uznała Obwinionego (X) winnym popełnienia czynu polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego; negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, poprzez udzielenie w dniu 12 marca 2009 r. zamówienia publicznego na realizację zadania p.n. „Budowa sportowego - wellness (ABC) Sport. Sp. z o.o.” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b ustawy - Prawo zamówień publicznych, bez spełnienia wynikających z powołanego przepisu przesłanek pozwalających na zastosowania tego trybu, tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej - uondfp).

Stan faktyczny i prawny sprawy ustalony przez Komisję I instancji przedstawia się następująco.

W dniu 2 lutego 2009 r. Zamawiający - (ABC) Sport Sp. z o.o. – przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit a) i b) ustawy. Argumentując udzielenie zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał,

iż Spółka podpisała umowę z Sekretarzem Generalnym UEFA na organizację pobytu jednej z drużyn piłkarskich podczas EURO 2012. Jednym z wymogów stawianych przez UEFA dla centrów pobytowych piłkarzy było przede wszystkim posiadanie kompleksu SPA i Wellness. Zamawiający zastąpił zatem zaprojektowany pierwotnie bowling (kręgielnię) na sportowy „Wellness (ABC) Sport”, co pozwoliło Spółce na uzyskanie miana centrum pobytowego podczas EURO 2012.

Umowa na pierwotnie udzielone zamówienie, tj. na „Budowę hali widowiskowo - sportowej przy stadionie w (ABC)” – została podpisana przez Obwinionego 5 marca 2008 r. z firmą (...) Sp. z o.o., tj. z wykonawcą wyłonionym w trybie przetargu nieograniczonego. Umowa ta obejmowała między innymi wykonanie pomieszczeń przeznaczonych na kręgielnię. Zmiana przeznaczenia, zaprojektowanych w pierwotnym zamówieniu pomieszczeń kręgielni na przychodnię odnowy biologicznej, spowodowała konieczność zwiększenia zakresu prac i wynagrodzenia dotychczasowego wykonawcy, a na skutek braku możliwości zmiany postanowień zawartej 5 marca 2008 r. umowy w stosunku do treści oferty, Zamawiający postanowił wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z wyjaśnień Obwinionego wynikało, że umowa z Generalnym Sekretarzem UEFA została zawarta 27 czerwca 2007 r. natomiast podpisanie umowy z wykonawcą wyłonionym w przetargu nieograniczonym na „budowę hali widowiskowo - sportowej przy stadionie w (ABC)” nastąpiło 5 marca 2008 r. Ponadto zawiadomienie Prezesa UZP o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy nastąpiło 26 stycznia 2009 r. Zamawiający uzasadniał zastosowanie zamówienia w trybie z wolnej ręki „nieprzewidywalnością konieczności” realizowania zamówienia pod potrzeby i wymagania UEFA, o których dowiedział się w pierwszym kwartale 2008 r., a 5 marca 2008 r. podpisał umowę z wykonawcą na realizację budowy hali widowiskowo-sportowej z zaprojektowanymi pomieszczeniami na kręgielnię. Także świadek p. (T), w przesłanym Rzecznikowi wyjaśnieniu, uzasadniał konieczność powierzenia zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, twierdząc, że „oddzielenie zamówienia” i powierzenie go innemu wykonawcy wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów na przygotowanie nowego zadania. Ponadto dotrzymanie terminu oddania całości kompleksu do użytkowania wymagało podjęcia zdecydowanych i szybkich decyzji. Wskazał także na fakt istnienia

specyficznych rozwiązań technicznych obiektu jak np. wspólne instalacje elektryczne, wodociągowe i sanitarne.

Regionalna Komisja Orzekająca, uwzględniając wyjaśnienia Obwinionego i pisemne wyjaśnienia świadka oraz zgromadzony materiał dowodowy, uznała, że w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, za które to naruszenie odpowiedzialność przypisać należy Panu (X), który jako Prezes Zarządu (ABC) Sport sp. z o.o. udzielił przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, bez spełnienia - wynikających z przepisu – przesłanek jego stosowania.

W uzasadnieniu orzeczenia, RKO wskazała, że odpowiedzialność Pana (X) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wynika z faktu pełnienia przez niego funkcji Prezesa Zarządu (ABC) Sport sp. z o.o., który pełniąc tę funkcję „powinien znać zasady dotyczące gospodarowania środkami publicznymi (w tym udzielania zamówień publicznych) i konsekwencje ich naruszenia”. Za datę popełnienia czynu przyjęto datę zawarcia umowy z wykonawcą.

Komisja I instancji stwierdziła, że zarówno ustawa o finansach publicznych jak i ustawa - Prawo zamówień publicznych stanowią fundament przepisów prawa regulujących zasady gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych i ich naruszenie w zakresie określonym ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlega penalizacji.

Komisja I instancji uzasadniała wydane orzeczenie także tym, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Ustawodawca dopuszcza stosowanie trybu z wolnej ręki w sytuacjach szczególnych wymienionych enumeratywnie w art. 67 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Komisji I instancji, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) ustawy, uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Komisja I instancji uznała, że Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie przetargowym miał świadomość konieczności spełnienia wymagań stawianych przez UEFA obiektom sportowym wykorzystywanym przy organizacji EURO 2012, a mimo to wszczął postępowanie w zakresie ustalonym w umowie na wykonanie prac objętych projektem z dnia 1 lutego 2006 r. RKO podkreśliła, że

przedmiotowe zamówienie z wolnej ręki, miało na celu jedynie poprawienie funkcjonalności obiektu, tak aby zwiększyć szansę Zamawiającego na wybór obiektów Spółki jako centrum pobytowego podczas EURO 2012, natomiast brak realizacji tych dodatkowych prac - zdaniem Komisji I instancji - nie spowodowałoby sytuacji, że zamówienie podstawowe nie mogłoby zostać zrealizowane.

W konsekwencji Komisja I instancji uznała, że w niniejszej sprawie Obwiniony (X) - jako Prezes Zarządu (ABC) Sp. z o.o. naruszył dyspozycje art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przez co działaniem swym dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Uzasadniając wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia, Regionalna Komisja Orzekająca wskazała, że orzekając najniższą z kar pozostawała w przekonaniu, że spełni ona w niniejszej sprawie wszystkie cele określone w art. 33 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Pismem z dnia 18 lipca 2012 r. obrońca Obwinionego złożył odwołanie od orzeczenia RKO z dnia 22 czerwca 2012 r., wnosząc o:

1. uchylenie orzeczenia i rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, tj. uniewinnienie Obwinionego ze względu na okoliczność, że nie zachodzą przesłanki do przypisania mu winy (w postaci nieumyślnej) za popełnienie naruszenia dyscypliny finansów publicznych,
2. ewentualnie – w przypadku uznania odwołującego się za winnego zarzucanego mu czynu - o uchylenie wyżej wymienionego orzeczenia w zakresie wymierzonej kary i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez odstąpienie od wymierzenia kary,
3. ewentualnie - w przypadku zaistnienia przesłanek - o umorzenie postępowania na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ze względu na znikomą szkodliwość czynu.

Skarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie niżej podanych przepisów prawa:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię tj. art. 17 ust. 1b pkt 2) uondfp,
2. naruszenie przepisów postępowania, mających istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 80 ust. 1 oraz art. 137 ust. 2 uondfp.

W uzasadnieniu odwołania Obrońca stwierdził, że Obwiniony kwestionuje wydane orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej, w tym wymierzoną mu karę, bowiem przy udzielaniu zamówienia publicznego na budowę sportowego-wellness (ABC) Sport Sp. z o.o. spełnione były przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) Pzp. Zgodnie z treścią wskazanych przepisów, zamówienia z wolnej ręki można udzielić w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nie przekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia – jeżeli:

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Powołując treść przepisu, Odwołujący się stwierdził, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego na wykonanie zadania inwestycyjnego „Budowa hali widowiskowo - sportowej przy stadionie w (ABC)” powodowałoby poniesienie przez Zamawiającego niewspółmiernie wysokich kosztów. Skutkowałoby też wydłużeniem okresu oddania całej inwestycji do użytkowania, a w rezultacie narażałoby Zamawiającego na niewspółmierne straty. Ważnym argumentem – zdaniem Obrońcy - była konieczność dochowania terminów, które wydłużyłyby się w przypadku przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargowym.

W uzasadnieniu, Obrońca powtórzył także argumenty podnoszone zarówno przez Obwinionego, jak i świadka (T), którzy zgodnie twierdzili, że wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Hala sportowa będąca przedmiotem zamówienia podstawowego posiadała jedną rozdzielnię główną, w związku z czym instalacja elektryczna w całym budynku jest połączona. Podobnie było w przypadku pozostałych instalacji grzewczej, wodno - sanitarnej czy wentylacji. Z uwagi na zmianę kręgielni na sportowe wellness należało wprowadzić zmiany we wspólnej dla całego budynku instalacji wodno - kanalizacyjnej. Zdaniem Pełnomocnika, te okoliczności

jednoznacznie wskazują, że wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, co oznacza, że spełniona została przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b).

W świetle powyższego, zdaniem obrońcy, nie można Obwinionemu zarzucić nieumyślnego chociażby zawinienia naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b) Pzp. Regionalna Komisja Orzekająca, nie uwzględniając argumentacji Obwinionego i podzielając stanowisko Rzecznika, naruszyła art. 80 ust. 1 oraz art. 137 ust. 2 uoandfp.

Ponadto obrońca wniósł, w przypadku uznania Obwinionego za winnego nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o uchylenie orzeczenia w zakresie wymierzonej kary i odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 36 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 2 uoandfp. Jako okoliczność łagodzącą wskazał w szczególności fakt, iż działania Obwinionego zdeterminowane były koniecznością uzyskania statusu Centrum Pobyтового podczas turnieju Euro 2012, a ponadto podniósł, że Obwiniony przez cztery i pół roku sprawowania funkcji Prezesa Zarządu Spółki (ABC) Sport sp. z o.o. nie miał zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.

Przedmiotowe orzeczenie należało uchylić i przekazać do ponownego rozpoznania Komisji I instancji, ale nie z powodów wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, GKO stwierdziła, że poza sporem pozostaje stan faktyczny sprawy, którego nie kwestionuje Obwiniony, który udzielił zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym, jakim jest zamówienie z wolnej ręki. GKO podziela interpretację art. 67 ust. 1 pkt 5 lit a) i b) ustawy - Prawo zamówień publicznych prezentowaną przez Komisję I instancji dotyczącą przesłanek stosowania trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki.

Jednakże z punktu widzenia odpowiedzialności Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych kwestią o podstawowym znaczeniu jest ustalenie statusu prawnego Zamawiającego, którym jest spółka prawa handlowego - Spółka (ABC) Sport sp. z o.o., w szczególności zbadanie, na jakiej podstawie i czy w ogóle do tej spółki stosuje się przepisy ustawy o finansach publicznych. Powyższe jest niezbędne dla stwierdzenia, czy Obwiniony, jako kierownik jednostki, tj. Prezes zarządu Spółki (ABC) Sport sp. z o.o., należy

do kręgu osób podlegających odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wymienionych w art. 4 uoandfp.

Zarówno obecny na rozprawie Główny Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, jak i skład orzekający GKO, dostrzegają w tym względzie potrzebę przeprowadzenia postępowania dowodowego przez Komisję I instancji, albowiem zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie przesłanek odpowiedzialności Obwinionego.

W tym aspekcie należy zauważyć, że stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (obowiązującej w dacie popełnienia naruszenia) sektor finansów publicznych tworzyły w szczególności inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek prawa handlowego. Obecnie analogiczna regulacja przewidziana jest w art. 9 pkt 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Ponadto przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych stosuje się do innych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami - art. 4 ust. 1 pkt 2 wskazanej ustawy.

Z analizy powołanych przepisów wynika, że spółki prawa handlowego nie były i nie są zaliczane do jednostek sektora finansów publicznych. Stosuje się jednak do nich przepisy ustawy o finansach publicznych, jeżeli dysponują środkami publicznymi otrzymanymi z jednostek sektora publicznego np. dotacje przeznaczone na finansowanie lub dofinansowanie określonych zadań.

W przeprowadzonym postępowaniu, Komisja I instancji nie rozważyła powyższej kwestii, choć było to konieczne, ze względu na fakt, że Obwiniony udzielił zamówienia, jako Prezes Zarządu spółki prawa handlowego utworzonej i działającej na podstawie Kodeksu Spółek Handlowych.

W świetle powołanych przepisów spółka handlowa nie jest zaliczana do jednostek sektora finansów publicznych. W związku z powyższym, Obwiniony mógłby ponosić odpowiedzialność na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 4) uoandfp, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają, osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami.

GKO, zarówno w orzeczeniu Komisji I instancji jak i we wniosku o ukaranie nie znalazła rozważań ani uzasadnienia dla podstawy włączenia Obwinionego w krąg osób, którym można przypisać odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w szczególności określone w art. 17 ust. 1b pkt 2) uondfp. W aktach sprawy brak jest dowodów na to, że przedmiotowa spółka korzystała ze środków publicznych realizując - będące przedmiotem niniejszego postępowania - zamówienie publiczne.

W zgromadzonym materiale dowodowym nawiązanie do tej kwestii znajdujemy wyłącznie w zawiadomieniu - Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie w konkluzji stwierdzono, że w myśl art. 4 ust. 1 pkt 4) uondfp odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych. Z tych też względów wskazanie Pana (X) - Prezesa Zarządu (ABC) Sport Sp. z o.o., jako osoby odpowiedzialnej za ww. naruszenie dyscypliny finansów publicznych uzasadnione jest tym, iż w dniu 12 marca 2009 r., w imieniu Zamawiającego, udzielił przedmiotowego zamówienia.

Kwestia ta nie była przedmiotem wyjaśniania i rozważania ani przez Rzecznika ani przez Komisję I instancji, która w wydanym orzeczeniu nie podała podstawy prawnej, na jakiej przypisała Obwinionemu odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO stwierdziła, że w przeprowadzonym postępowaniu nie zgromadzono dowodów, z których wynikałoby jednoznacznie, że Obwiniony podlegał odpowiedzialności na zasadach określonych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wskazane braki świadczą o tym, że Komisja I instancji nie zrealizowała w pełni dyspozycji art. 89 uondfp zobowiązującego organ prowadzący postępowanie do wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego, co powoduje ułomność wydanego orzeczenia, w którym nie podano przepisu prawa, który taką odpowiedzialność pozwala Obwinionemu przypisać.

Mając powyższe na uwadze, GKO uchyliła wydane orzeczenie i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania w celu uzupełnienia postępowania dowodowego przez Komisję I instancji. Przede wszystkim należy zebrać i rozpatrzyć dowody, które w sposób nie budzący

wątpliwości pozwolą ustalić, czy Zamawiający korzystał przy realizacji zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem zamówienia z finansowania ze środków publicznych. Stosownie bowiem do regulacji art. 4 ust. 1 pkt. 4) uondfp, tylko wykorzystanie i dysponowanie środkami publicznymi pozwala zaliczyć Obwinionego do kręgu osób, którym można przypisać odpowiedzialność.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.