



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 11 października 2018 r.

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

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

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**,
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2018 r. odwołania wniesionego przez
Obwinioną (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie
dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach z dnia
21 czerwca 2018 r., sygn. akt: KDF-53/12/2018, którym uznano Obwinioną (...) - pełniącą w
czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Burmistrza Miasta i
Gminy (...) - odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w
art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny
finansów publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1311 z późn. zm.), polegające na unieważnieniu w
dniu 28 listopada 2016 roku w Urzędzie Miasta i Gminy w (...) postępowania o udzielenie
zamówienia publicznego, pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych (...)” z naruszeniem
przepisów o zamówieniach publicznych, tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004
r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.)

oraz wymierzono Obwinionej karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz
Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.), 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

Orzeczeniem z 21 czerwca 2018 r., sygn. KDF-53/12/2018/, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach, zwana dalej „RKO”, uznała Obwinioną (...), pełniącą w okresie popełnienia czynu funkcję zastępcy burmistrza Miasta i Gminy (...), winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie czynu określonego w art. 17 ust. 3 uoandfp, polegającego na unieważnieniu 28 listopada 2016 r. w Urzędzie Miasta i Gminy w (...) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych (...)” z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „uPzp”, i, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 uoandfp, wymierzyła Obwinionej karę upomnienia, a także orzekła zwrot przez Obwinioną kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że we wniosku o ukaranie z 30 maja 2018 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych postawił Obwinionej zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 3 uoandfp, polegający na dokonaniu 28 listopada 2016 r. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i transport odpadów komunalnych (...)” niezgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, gdyż nie wystąpiły obiektywne przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wnosząc o wymierzenie Obwinionej kary upomnienia.

W toku postępowania dowodowego RKO ustaliła i uwzględniła następujące okoliczności i fakty: Obwiniona pismem z 28 listopada 2016 r. unieważniła przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp. W uzasadnieniu pisma wskazała, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględniono w nim przedmiotu zamówienia polegającego na

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych obowiązującego na terenie gminy, co uniemożliwia prawidłowe wykonanie ww. usługi. Kampania ta miałaby polegać m.in. na przeprowadzeniu cyklu szkoleń dla mieszkańców oraz przeprowadzeniu konkursu na selektywną zbiórkę odpadów komunalnych wśród uczniów szkół podstawowych z terenu gminy. Bez przeprowadzenia przedmiotowej kampanii, a co za tym idzie, wzrostu świadomości mieszkańców odnośnie segregacji odpadów, gmina nie jest w stanie osiągnąć wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczyć masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Poziomy segregacji odpadów na terenie gminy od 2013 roku są coraz niższe, co w konsekwencji prowadzi do zwiększenia kosztów, jakie ponosi gmina na zagospodarowanie odpadów komunalnych. Wada ta nie jest możliwa do usunięcia z zachowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu dokonano otwarcia ofert. W tym stanie faktycznym kontynuowanie przedmiotowego postępowania w celu zawarcia umowy mogłoby stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności tak zawartej umowy. Zaniechanie unieważnienia postępowania będzie działaniem dokonanym z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mającym wpływ na jego wynik, w świetle przesłanki nieważności umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 uPzp.

Przedmiotem zamówienia był odbiór i transport do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) stałych odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy (...) w 2017 roku. Zakres zamówienia dotyczył wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, 154 pojemników typu „dzwon” oraz ok. 700 koszy ulicznych zlokalizowanych na terenie miasta i gminy (...).

Otwarcie ofert odbyło się 25 listopada 2016 r. Zostały złożone 4 oferty: (...) z ceną 1.075.200,48 zł brutto, Przedsiębiorstwa (...) z ceną 939.000,00 zł brutto, Zakładu (...) z ceną 999.000,00 zł brutto oraz (...) Spółki Jawnej z ceną 888.000,00 zł brutto. Kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia wynosiła 950.000,00 zł brutto.

Pismem z 1 grudnia 2016 r. wykonawca (...) Spółka Jawna poinformował zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności polegającej na unieważnieniu przetargu w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp. W piśmie tym powołał się na przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,

wskazujących prowadzenie działań informacyjnych i edukacyjnych w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi jako zadanie własne gminy. Gmina organizująca przetarg na odbiór i transport odpadów nie ma obligatoryjnego obowiązku nakładać na przyszłego wykonawcę zadań w zakresie edukacji mieszkańców dotyczących systemu segregacji odpadów komunalnych, a katalog sposobów realizacji rzeczzonego zadania jest otwarty, zatem niezasadne jest sprecyzowanie jego realizacji wyłącznie poprzez cykl szkoleń dla mieszkańców oraz konkursów dla uczniów szkół podstawowych. Wykonawca zarzucił zamawiającemu, że jego zachowanie polegające na unieważnieniu przetargu narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał też na niekompletność i wadliwość argumentacji dotyczącej porównania poziomów segregacji odpadów od 2013 roku, wskazując na pominięcie poziomu recyklingu w 2016 r. Zarzucił niezasadność unieważnienia postępowania, powołując się na kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty i uzasadniając, iż brak w kryteriach oceny ofert jakiegokolwiek wzmianki w zakresie dodatkowych punktów za działalność edukacyjną mieszkańców w zakresie sposobu segregacji odpadów, przez co wymóg w tym zakresie nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania przetargowego.

Zamawiający odniósł się do powyższych zarzutów pismem z 7 grudnia 2016 r., podtrzymując stanowisko dotyczące unieważnienia postępowania. Wskazał, że bez przeprowadzenia przedmiotowej kampanii, a co za tym idzie – wzrostu świadomości mieszkańców odnośnie segregacji odpadów, gmina nie jest w stanie osiągnąć wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczyć masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Prowadzenie kampanii edukacyjnej przez wykonawcę nie ogranicza i nie uniemożliwia prowadzenia w tym samym czasie innych form kampanii edukacyjnych. Odwołał się też do art. 29 ust. 1 uPzp, nakładającego na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w postępowaniu nie uwzględnił jednego z elementów, które w jego ocenie miały wpływ na efektywność świadczenia usługi, jaką jest odbiór i transport odpadów komunalnych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie zawierając wszystkich elementów, które chciał, aby wykonawca świadczący usługę wykonał – stwierdzając tę okoliczność podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

W wyjaśnieniach udzielonych Urzędowi Zamówień Publicznych zamawiający podtrzymał zasadność unieważnienia postępowania, powołując się na wadę dotyczącą nieuwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów. Zamawiający, w zaistniałym stanie faktycznym, uznał, że kontynuowanie postępowania mogłoby stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności umowy z wyłonionym wykonawcą. Tym samym wada nie była możliwa do usunięcia z zachowaniem przepisów ustawy z uwagi, że w chwili stwierdzenia wad w opisie przedmiotu zamówienia, polegających na nieuwzględnieniu jednego z elementów, które w ocenie zamawiającego miały wpływ na efektywność świadczenia usługi, jaką jest odbiór i transport odpadów komunalnych, w trwającym postępowaniu dokonano już otwarcia ofert. Zamawiający wyjaśnił też, że 8 grudnia 2016 r. zostało wszczęte nowe postępowanie, w którym dokonał zmian w opisie przedmiotu zamówienia, które w jego opinii stanowiły niezbędne elementy opisu.

Obwiniona złożyła Rzecznikowi wyjaśnienia, w których nie zgodziła się z postawionym zarzutem popełnienia czynu opisanego w art. 17 ust. 3 uoondfp, gdyż unieważnienie postępowania dokonane zostało zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp. Powtórzyła argumentację zawartą w informacji o unieważnieniu postępowania. Zdaniem Obwinionej bez przeprowadzenia przedmiotowej kampanii gmina nie będzie w stanie osiągnąć wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczyć masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, gdyż poziomy segregacji odpadów na terenie gminy od roku 2013 były coraz niższe (2013 r. – 28%, 2014 r. – 16 %, 2015 r. – 9%), co w konsekwencji prowadziło do zwiększenia kosztów, jakie ponosi gmina na zagospodarowanie odpadów komunalnych. Już po otwarciu ofert Obwiniona weszła w posiadanie informacji o istnieniu projektu rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów komunalnych, który został opublikowany na stronach Rządowego Centrum Legislacji i który miał wejść w życie 1 stycznia 2017 r. (ostatecznie rozporządzenie to wydane zostało 29 grudnia 2016 r. i weszło w życie 1 lipca 2017 r.). Rozporządzenie to nałożyło na jednostki samorządu terytorialnego obowiązek wdrożenia rozwiązań dotyczących selektywnego zbierania odpadów komunalnych, sankcjonując niewprowadzenie tych rozwiązań i doprowadzenie do nieosiągnięcia wymaganego poziomu recyklingu, co, zgodnie z art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prowadzić może do nałożenia na gminę kar pieniężnych. Potwierdzone to zostało w stanowisku Ministra Środowiska z 5 kwietnia 2017 r.,

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

w którym wskazano, że konieczność wprowadzenia rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów wynika przede wszystkim z niskiego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia czterech frakcji odpadów komunalnych tj. papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, który w 2014 r. oraz w 2015 r. wyniósł 26%. Oznacza to, że poziom recyklingu odpadów w 2015 r. nie wzrósł w porównaniu do roku wcześniejszego, co jest niepokojącym zjawiskiem. Osiągany poziom stanowi zaledwie połowę wymaganego przepisami unijnymi poziomu, gdyż do 31 grudnia 2020 r. Polska musi osiągnąć 50% poziom recyklingu odpadów komunalnych. Przepisy określone w rozporządzeniu mają się przyczynić do zwiększenia poziomu recyklingu. Konsekwencje grożące gminie to kara pieniężna za nieosiągnięcie poziomu recyklingu, określona w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Początkowo projekt rozporządzenia nie uwzględniał okresu przejściowego umożliwiającego dostosowanie umowy z podmiotami odbierającymi odpady komunalne, dopiero w jego finalnej wersji uwzględniono, że umowa na odbieranie lub odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obowiązująca w dniu wejścia w życie rozporządzenia, która określa wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób niezgodny z rozporządzeniem, zachowuje ważność na czas, na jaki została zawarta, jednak nie dłuższy niż do 30 czerwca 2021 r. Aby wypełnić zobowiązania nałożone tym rozporządzeniem, koniecznym okazało się wprowadzenie dodatkowo zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych obowiązującego na terenie gminy, w szczególności z uwagi na fakt, że umowa na odbiór odpadów komunalnych miała być realizowana od 1 stycznia do 31 grudnia 2017 r., natomiast samo rozporządzenie Ministra Środowiska miało zacząć obowiązywać już w 2017 roku. Działanie takie znajduje swoje usprawiedliwienie, gdyż jego celem było przede wszystkim zmniejszenie kosztów, jakie ponosi gmina na zagospodarowanie odpadów komunalnych, w tym wywiązanie się z obowiązków nałożonych ww. rozporządzeniem, aby zapobiec nałożeniu na gminę wysokich kar pieniężnych. Stawianie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów za działanie mające na celu zmniejszenie kosztów ponoszonych przez gminę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym wykonanie obowiązków narzuconych rozporządzeniem, aby nie doprowadzić do nałożenia na gminę kar pieniężnych, nie może skutkować zarzutem naruszenia dyscypliny finansów.

Na rozprawie Obwiniona podtrzymała złożone Rzecznikowi wyjaśnienia dodając, że aby wypełnić zobowiązania nałożone rozporządzeniem Ministra Środowiska z 15 czerwca 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów,

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

wręcz koniecznym okazało się wprowadzenie dodatkowo zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych. Gmina musiałaby ponieść wyższe koszty przeprowadzając odrębną procedurę wyboru wykonawcy na przeprowadzenie kampanii edukacyjnej. W ocenie Obwinionej, kierując się zasadą gospodarności, zasadne było powierzenie kampanii edukacyjnej wykonawcy realizującemu umowę na odbiór i transport odpadów komunalnych.

Oskarżyciel wniósł o wymierzenie Obwinionej kary upomnienia.

Oceniając powyższy stan faktyczny RKO zważyła, co następuje: Obwiniona, pełniąca funkcję Zastępcy Burmistrza Miasta i Gminy (...), jest podmiotowo odpowiedzialna za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 3 uońdftp, gdyż burmistrz (kierownik jednostki) pełnomocnictwem z 15 grudnia 2014 r. w sprawie powierzenia wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powierzył jej wykonywanie wszelkich czynności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

RKO wzięła również pod uwagę zasadę bezpośredniego stosowania ustawy nowej oraz zasadę stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy określoną w art. 24 ust. 1 uońdftp, jednakże w zakresie będącym przedmiotem rozpoznania nie wystąpiła zmiana stanu prawnego.

Oceniając stan faktyczny RKO stwierdziła, że przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymienione enumeratywnie w art. 93 uPzp, należy interpretować ściśle. Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, będącego podstawą unieważnienia ww. postępowania, zamawiający unieważnia postępowanie wyłącznie wtedy, gdy obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, że uniemożliwia ona zawarcie ważnej umowy. Koniecznym warunkiem do spełnienia ww. przesłanki jest istnienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz niemożność usunięcia takiej wady. W art. 146 ust. 1 uPzp zawarto przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania, które należy traktować jako wady w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp. Ponadto w myśl art. 146 ust. 6 uPzp do unieważnienia umowy może dojść także w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie RKO w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły obiektywne przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, gdyż trudno uznać nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych obowiązującego na terenie gminy jako wady niemożliwej do usunięcia, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego mającego za przedmiot odbiór i transport odpadów komunalnych, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Przedmiotowe zamówienie dotyczyło usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych, a więc nic nie stało na przeszkodzie zawarcia ważnej umowy w tym zakresie oraz wszczęcia odrębnej procedury na usługę przeprowadzenia kampanii edukacyjnej dotyczącej segregacji odpadów komunalnych.

W ocenie RKO konsekwencją naruszenia normy art. 93 ust. 1 uPzp jest kwalifikacja prawna bezprawnego działania w aspekcie czynu określonego w art. 17 ust. 3 uoondfp.

RKO na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego dokonała oceny znamion przedmiotowego naruszenia uwzględniając brzmienie zarówno normy sankcjonującej, jak i sankcjonowanej. Zgodnie z art. 17 ust. 3 uoondfp (norma sankcjonująca) naruszeniem dyscypliny finansów jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania. Przepisem prawa materialnego, określającym przesłanki upoważniające do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp (norma sankcjonowana). Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w art. 93 ust. 1 uPzp są enumeratywne i mają zamknięty charakter. Ich wystąpienie (co najmniej jednej) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obliguje zamawiającego do bezwzględnego unieważnienia postępowania. Z tego też względu przesłanki te nie mogą być w drodze interpretacji rozszerzane. Działanie zamawiającego w tym zakresie powinno być pozbawione jakichkolwiek cech uznaniowości, a przyczyny unieważnienia bezsprzeczne. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Zasadą jest, że wszczęte postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ma się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy,

czyli udzielenia zamówienia, nie zaś jego unieważnieniem. Art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania. Uzależnione jest ono od wystąpienia szczególnych przesłanek, o których mowa w powoływanym przepisie, tj. wady postępowania, przy czym wada ta jest wadą kwalifikowaną, a zatem niemożliwą do usunięcia. Ponadto wada ta, w sytuacji zawarcia z wyłonionym w postępowaniu oferentem umowy, skutkowałaby jej unieważnieniem. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, wskazując na unieważnienie umowy, odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 uPzp oraz art. 146 ust. 5 i ust. 6 uPzp. Przesłanka unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania. Tym samym, jeżeli przyczyna unieważnienia postępowania wykracza poza katalog oczywistych sytuacji opisanych w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 uPzp, musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w sytuacji zawarcia umowy, podlegałaby ona unieważnieniu. Powyższe oznacza, iż powołanie się przez zamawiającego w podstawie unieważniania postępowania na nieuwzględnienie w przedmiocie zamówienia zadania polegającego na przeprowadzaniu kampanii edukacyjnej jest niewystarczające.

Na zamawiającym ciąży ciężar wykazania wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych regulującego udzielanie zamówień (wada postępowania), istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy, związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie. W przedmiotowej sprawie Obwiniony, jako zamawiający, nie wskazał wady postępowania ani jej nieusuwalnego charakteru; nie powołał się na istnienie wad z art. 146 ust. 1 uPzp, czy art. 146 ust. 6 uPzp poprzez dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie RKO prowadzenie kampanii edukacyjnej nie stanowi obligatoryjnego elementu przedmiotu postępowania na odbiór i transport odpadów, a zatem nie może stanowić również przesłanki unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe RKO uznała, że Obwiniona jest odpowiedzialna za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 3 uońdftp.

RKO wzięła pod rozwagę treść art. 28 uodnfp, który wskazuje na możliwość niedochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jednak przy ocenie sposobu i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych należy brać pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych towarzyszących temu naruszeniu. W ocenie RKO, mając na uwadze zakres prowadzonego zamówienia i jego wartość, nie można mówić o znikomej szkodliwości czynu dla ładu finansów publicznych. Obwiniona winna znać przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i nie dokonywać unieważnienia postępowania, gdyż nie było ku temu przesłanek. Urząd Miasta i Gminy (...) to jednostka, która powinna posiadać odpowiednią liczbę pracowników przeszkolonych w zakresie zamówień publicznych, wiedzę tę powinna posiadać również Obwiniona, zatrudniona na stanowisku zastępcy burmistrza. Zgodnie bowiem z art. 19 ust. 1 i 2 uodnfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych i której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Winę sprawcy można przypisać wówczas, gdy osoba nie dała posłuchu normie prawnej w sytuacji, gdy miała możliwość zachowania zgodnego z prawem. W ocenie RKO można przypisać winę za powyższy czyn. Obwiniona miała możliwość niedopuszczenia do popełnienia zarzucanego czynu, a naruszenie dyscypliny finansów publicznych było wynikiem niezachowania ostrożności przy wypełnianiu obowiązków w zakresie zamówień publicznych, choć nie miało charakteru zamierzonego działania. Złożone przez Obwinioną wyjaśnienia nie mogą stanowić podstawy do uwolnienia od odpowiedzialności, jakkolwiek zostały przez RKO wzięte pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o wymierzeniu Obwinionej kary. RKO musiała rozstrzygnąć, czy Obwiniona miała możliwość innego zachowania, które nie spowodowałoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Obwiniona nie zachowała wymaganej w danych okolicznościach ostrożności, będącej warunkiem przypisania naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zachowując należyta ostrożność Obwiniona mogła co najmniej przewidzieć możliwość popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych i wnikliwie rozpatrzyć sprawę, a przede wszystkim dokładnie zweryfikować, czy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. RKO nie stwierdziła przyczyn uniemożliwiających Obwinionej wykonanie obowiązków w zakresie objętym zarzutami wniosku o ukaranie.

Uwzględniając wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia RKO uznała za zasadne i adekwatne do popełnionego naruszenia wymierzenie kary upomnienia. Jest to najniższa kara z katalogu kar, którą można wymierzyć, gdy stopień naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie jest znaczny. Sposób działania Obwinionej świadczy o niedochowaniu staranności, która powinna być wymagana od osób pełniących kierownicze

funkcje w jednostkach sektora finansów publicznych. Zdaniem RKO powyższe okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych zdecydowały o wymierzeniu Obwinionej najłagodniejszej kary. Jednocześnie kara ta wskazuje, że w sprawie zachodzą przesłanki działające na korzyść sprawcy, m.in. dotychczasowa niekaralność, pozytywna opinia o sposobie wywiązywania się z obowiązków służbowych. Wymierzona kara upomnienia jest odzwierciedleniem przeprowadzonego postępowania, w którym uwzględniono i wszechstronnie zbadano materiał dowodowy i wzięto pod uwagę argumenty przemawiające zarówno na korzyść, jak i niekorzyść Obwinionej.

Obwiniona zaskarżyła powyższe orzeczenie w całości, na swoją korzyść, wnosząc odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zwanej dalej „GKO”, zarzucając orzeczeniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Obwiniona, jako zamawiający, w sposób nieuprawniony – na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp – unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych (...)”, mimo że ww. postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 17 ust. 3 uondfp, poprzez błędne przyjęcie, że Obwiniona, pełniąc funkcję zastępcy burmistrza Miasta i Gminy (...) swoim działaniem popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, określony we wskazanym przepisie,
- 2) art. 19 ust. 1 i 2 uondfp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że Obwinionej można przypisać winę w czasie popełnienia rzekomego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, podczas gdy faktycznie takiej winy przypisać Obwinionej nie można w związku z podejmowanymi przez Obwinioną działaniami mającymi na celu wykonanie zobowiązań nałożonych rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów komunalnych,
- 3) art. 78 ust. 1 pkt 1 uondfp, a w sytuacji nieuwzględnienia tego zarzutu – art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp poprzez ich pominięcie w sytuacji, gdy w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki do zastosowania tych przepisów wobec braku wystąpienia przesłanek warunkujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 3 uondfp,

4) art. 137 ust. 2 pkt 2 uodfp poprzez niewskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, brak wyjaśnień, na jakich w tym względzie oparł się środkach dowodowych oraz brak wyjaśnień, dlaczego nie uznał dowodów zgłoszonych przez Obwinioną, a obejmujących:

- a) dowód z dokumentu w postaci wniosku kierownika Wydziału Infrastruktury Komunalnej i Ochrony Środowiska z 28 listopada 2016 r. na okoliczność niskich poziomów segregacji odpadów na terenie Gminy (...) w latach 2013-2015, zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych (...)”, w tym unieważnienia go zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, braku popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 3 uodfp,
- b) dowód z dokumentu – pisma Ministra Środowiska z 5 kwietnia 2017 r. na okoliczność obowiązków nałożonych na jednostki samorządu terytorialnego w zakresie segregacji odpadów komunalnych, w tym możliwych kar pieniężnych za ich brak realizacji,
- c) dowód z dokumentu obrazującego poziomy segregacji odpadów na terenie Gminy (...) w latach 2013-2015, na okoliczność niskich poziomów segregacji odpadów na terenie Gminy (...) w latach 2013-2015,
- d) dowód z dokumentu w postaci projektu rozporządzenia Ministra Środowiska z 15 czerwca 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów na okoliczność obowiązków nałożonych na jednostki samorządu terytorialnego w zakresie segregacji odpadów komunalnych, braku okresu przejściowego umożliwiającego dostosowanie umowy z podmiotami odbierającymi odpady komunalne oraz na okoliczność konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania,

5) art. 135 ust. 1 uodfp poprzez zaniechanie wydania orzeczenia o uniewinnieniu Obwinionej, alternatywnie wydania orzeczenia o umorzeniu postępowania,

6) z ostrożności – art. 28 uodfp poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych nie jest znikomy, podczas gdy faktycznie stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych jest żaden, a wręcz ma pozytywny wpływ na finanse publiczne Gminy (...).

Obwiniona, na podstawie art. 138 ust. 5 i art. 147 ust. 1 pkt 2 i 2a uodfp, wniosła o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i umorzenie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniona wskazała, że z orzeczeniem RKO nie sposób się zgodzić, gdyż jest ono w całości błędne i narusza przepisy prawa.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z literalnego brzmienia przepisu wynika obowiązek unieważnienia postępowania. Powyższa norma prawna została naruszona przez RKO poprzez jej niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Obwiniona jako zamawiający w sposób nieuprawniony unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 17 ust. 3 uo ndfp.

Obwiniona podtrzymała dotychczasowe stanowisko, że przedmiotowe postępowanie obarczone było wadą dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględniono w nim zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych obowiązującego na terenie gminy, co uniemożliwia prawidłowe wykonanie ww. usługi. Kampania ta miałaby polegać m.in. na przeprowadzeniu cyklu szkoleń dla mieszkańców oraz przeprowadzeniu konkursu na selektywną zbiórkę odpadów komunalnych wśród uczniów szkół podstawowych z terenu gminy. Bez przeprowadzenia przedmiotowej kampanii, a co za tym idzie – wzrostu świadomości mieszkańców odnośnie segregacji odpadów, gmina nie będzie w stanie osiągnąć wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczyć masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Poziomy segregacji odpadów od roku 2013 były coraz niższe, co prowadziło do zwiększenia kosztów, jakie ponosi gmina na zagospodarowanie odpadów komunalnych. Wada ta nie była możliwa do usunięcia z zachowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ dokonano otwarcia ofert. W tym stanie faktycznym kontynuowanie przedmiotowego postępowania w celu zawarcia umowy z wyłonionym wykonawcą mogłoby stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności tak zawartej umowy – art. 146 ust. 6 uPzp. Zaniechanie unieważnienia postępowania byłoby działaniem dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wpływ na jego wynik. Mając na uwadze powyższe, w świetle przesłanki dotyczącej nieważności umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 uPzp, uzasadnione było powołanie się na art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp.

Obwiniona nie zgodziła się z twierdzeniem Rzecznika i RKO, że przedmiotowe zamówienie dotyczyło usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych, a więc nic nie stało na

przeszkodzie zawarcia ważnej umowy w tym zakresie oraz wszczęcia odrębnej procedury na usługę przeprowadzenia kampanii edukacyjnej dotyczącej segregacji odpadów komunalnych, gdyż segregacja odpadów komunalnych jest ściśle związana z realizacją umowy na odbiór odpadów komunalnych przede wszystkim z uwagi na finanse. Na gminę nałożono obowiązki prawne związane z koniecznością osiągnięcia odpowiednich poziomów segregacji, których brak osiągnięcia obwarowany jest karami pieniężnymi. Gmina ponosi także wysokie koszty w związku z zagospodarowaniem odpadów komunalnych zmieszanych, które są znacznie wyższe niż koszty zagospodarowania odpadów posegregowanych. Twierdzenie to nie zasługuje również na uwzględnienie z uwagi na wyższe koszty, jakie gmina musiałaby ponieść przeprowadzając odrębną procedurę wyboru wykonawcy na przeprowadzenie kampanii edukacyjnej w przypadku, gdyby wybrany został podmiot inny niż wykonawca usługi transportu i odbioru odpadów komunalnych. Wykonawca taki, realizując umowę na odbiór i transport odpadów komunalnych, pozyskuje informacje o miejscowościach, w których segregacja odpadów jest najniższa, co znajduje przełożenie na intensywność przeprowadzanej kampanii edukacyjnej w tych miejscowościach. Powyższe informacje wykonawca uzyskuje ubocznie, nie ponosząc dodatkowych kosztów, co z kolei przedkłada się na niższą cenę takiej usługi w postaci kampanii edukacyjnej, w przeciwieństwie do podmiotu, który nie dysponując taką informacją musiałby ją pozyskać ponosząc dodatkowe koszty, które „przerzucone” byłyby na gminę w ramach wynagrodzenia za przeprowadzoną kampanię edukacyjną.

Ze względu na powyższe postępowanie w sprawie zamówienia na „odbiór i transport odpadów komunalnych (...)” obarczone było wadą dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględniono w nim zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych, co uniemożliwiało prawidłowe wykonanie ww. usługi. Tym samym Obwiniona zasadnie i prawidłowo zastosowała art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, co wyklucza przypisanie Obwinionej czynu określonego w art. 17 ust. 3 uoondfp.

W myśl art. 19 ust. 1 i 2 uoondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. 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.

W niniejszej sprawie normy art. 19 ust. 1 i ust. 2 uodfp zostały naruszone przez RKO poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że Obwinionej można przypisać winę w czasie popełnienia rzekomego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, podczas gdy faktycznie takiej winy przypisać Obwinionej nie można w związku z podejmowanymi przez Obwinioną działaniami mającymi na celu wykonanie zobowiązań nałożonych na zamawiającego rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów komunalnych. W zaskarżonym orzeczeniu RKO wskazała, że winę sprawcy można przypisać wówczas, jeżeli osoba nie dała posłuchu normie prawnej w sytuacji, gdy miała możliwość zachowania zgodnego z prawem. W ocenie RKO Obwinionej można przypisać winę za powyższy czyn, ponieważ miała możliwość niedopuszczenia do popełnienia zarzucanego czynu. Z tym twierdzeniem Obwiniona się nie zgodziła.

Jak było podnoszone w wyjaśnieniach Obwinionej, już po otwarciu ofert dotyczących przedmiotowego zamówienia Obwiniona weszła w posiadanie informacji o istnieniu projektu ww. rozporządzenia Ministra Środowiska, który to projekt został opublikowany na stronach Rządowego Centrum Legislacji. Początkowo rozporządzenie miało wejść w życie 1 stycznia 2017 r., ostatecznie wydane zostało 29 grudnia 2016 r. i weszło w życie 1 lipca 2017 r. Rozporządzenie nałożyło na jednostki samorządu terytorialnego obowiązek wdrożenia rozwiązań dotyczących selektywnego zbierania odpadów komunalnych, jednocześnie sankcjonując niewprowadzenie tych rozwiązań nieosiągnięciem wymaganego poziomu recyklingu, co z kolei zgodnie z art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prowadzić może do nałożenia na gminę kar pieniężnych. Zostało to potwierdzone w stanowisku Ministra Środowiska z 5 kwietnia 2017 r. Początkowo projekt rozporządzenia nie uwzględniał okresu przejściowego umożliwiającego dostosowanie umowy z podmiotami odbierającymi odpady komunalne.

Aby wypełnić zobowiązania nałożone tym rozporządzeniem konieczne okazało się wprowadzenie dodatkowo zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych obowiązującego na terenie gminy, w szczególności z uwagi na fakt, że umowa na odbiór odpadów komunalnych miała być realizowana od 1 stycznia do 31 grudnia 2017 r., natomiast samo rozporządzenie miało zacząć obowiązywać już w 2017 roku. Działanie takie znajduje usprawiedliwienie, gdyż jego celem było wywiązanie się z obowiązków nałożonych ww. rozporządzeniem, aby zapobiec nałożeniu na gminę wysokich kar pieniężnych, o których mowa w art. art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zatem za nieuprawnione uznać należy

stwierdzenie RKO, że Obwinionej można przypisać winę ze względu na brak posłuchu normie prawnej.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 1 uondfp nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, z zastrzeżeniem ust. 3, gdy zarzucanego czynu nie popełniono, natomiast na podstawie z art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, z zastrzeżeniem ust. 3, gdy w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Powyższe normy prawne zostały naruszone przez RKO poprzez ich pominięcie w sytuacji, gdy w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki do zastosowania tych przepisów wobec braku wystąpienia przesłanek warunkujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 3 uondfp.

Mając na uwadze zawartą powyżej argumentację, w szczególności, że przedmiotowe postępowanie w sprawie zamówienia publicznego obciążone było wadą dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ nie uwzględniono w nim zadania polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych, co uniemożliwiało prawidłowe wykonanie ww. usługi, Obwiniona zasadnie zastosowała art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, co, w ocenie Obwinionej, powinno prowadzić do zastosowania art. 78 ust. 1 pkt 1 uondfp, ewentualnie art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp i przedmiotowe postępowanie powinno zostać w całości umorzone.

Zgodnie z art. 137 ust. 2 pkt 2 uondfp uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać między innymi wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione. W wyjaśnieniach z 29 marca 2018 r., które Obwiniona złożyła w toku prowadzonego przez Rzecznikiem postępowania, Obwiniona zgłosiła wnioski dowodowe o dopuszczenie i przeprowadzenie między innymi następujących dowodów wymienionych powyżej w punkcie 4. zarzutów odwołania. Powyższe wnioski dowodowe zostały w całości zignorowane przez RKO, co potwierdza uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia, które milczy w kwestii przedmiotowych wniosków. Pominięte przez RKO wnioski dowodowe mają istotne znaczenie w niniejszej sprawie, gdyż dowodzą faktu braku popełnienia przez Obwinioną zarzucanego czynu, ewentualnie braku popełnienia czynu o znamionach naruszenia dyscypliny finansów publicznych, w tym braku winy Obwinionej, co potwierdzają uzasadnienia zarzutów prezentowanych w odwołaniu. Poprzez pominięcie ww. wniosków dowodowych RKO orzekła na podstawie niepełnego

materiału dowodowego w błędnie ustalonym stanie faktycznym, co w efekcie doprowadziło do wydania wadliwego orzeczenia.

W myśl art. 135 ust. 1 uondfp komisja orzekająca wydaje orzeczenie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo orzeczenie o uniewinnieniu, albo orzeczenie o umorzeniu postępowania. Mając na uwadze całokształt okoliczności podniesionych w niniejszym odwołaniu, RKO, wydając orzeczenie uznające Obwinioną za winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie czynu określonego w art. 17 ust. 3 uondfp dopuściła się również naruszenia art. 135 ust. 1 uondfp, gdyż przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności ujawnionych w toku prowadzonego postępowania, winna była wydać orzeczenie o uniewinnieniu Obwinionej albo orzeczenie o umorzeniu postępowania.

Zgodnie z art. 28 uondfp nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy.

Ta norma prawna została naruszona przez RKO poprzez błędne przyjęcie, że stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych nie jest znikomy, a tym samym niezastosowanie dyspozycji wynikającej z tego przepisu prawa. Zakładając hipotetycznie, że działanie Obwinionej stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, podnieść należy, że wbrew twierdzeniu RKO stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych jest żaden, a wręcz ma on pozytywny wpływ na finanse publiczne gminy. Po pierwsze bowiem przeprowadzona kampania edukacyjna przyczyniła się do lepszej segregacji odpadów komunalnych, mając tym samym pozytywny wpływ na wysokość opłat, jakie ponosi gmina w związku z gospodarowaniem odpadami komunalnymi. Po drugie, efekt przeprowadzonych kampanii w konsekwencji doprowadził do uchronienia finansów publicznych gminy od kar pieniężnych, o których mowa w art. 9z ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Powierzając przeprowadzenie kampanii edukacyjnej wykonawcy realizującemu umowę na odbiór i transport odpadów komunalnych, mając na uwadze kompleksowość świadczonych na rzecz gminy usług, koszt przeprowadzenia takiej kampanii był o wiele niższy, niż gdyby miało to odbyć się na podstawie odrębnego zamówienia. RKO dopuściła się zatem naruszenia art. 28 uondfp. W ocenie Obwinionej prawidłowe zastosowanie art. 28 uondfp winno prowadzić do umorzenia postępowania, co nie zaistniało na gruncie niniejszej sprawy.

Powyższe naruszenia przepisów prawa miały istotny wpływ na wydane orzeczenie.

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

Na wstępie GKO stwierdziła, że stan sprawy faktyczny i prawny, opisany powyżej, został ustalony przez RKO prawidłowo, nie jest sporny, żadne wskazywane okoliczności ani przywoływane dowody nie były kwestionowane w trakcie postępowania; okoliczności sprawy w jednoznaczny sposób wynikają z zawartych w aktach postępowania dokumentów, w szczególności takich jak informacja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 28 listopada 2016 r. oraz wyjaśnienia Obwinionej.

Obwinioną uznano winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie czynu określonego w art. 17 ust. 3 uoondfp, polegającego na unieważnieniu 28 listopada 2016 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i transport odpadów komunalnych (...)” z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp i wymierzono karę upomnienia.

Na wstępie GKO ustaliła, że Obwiniona w chwili popełnienia zarzucanego jej czynu pełniła funkcję zastępcy burmistrza Miasta i Gminy (...). Miasto i Gmina (...) jest zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 uPzp, pod którym to pojęciem należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązaną do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 18 uPzp w ust. 1 stanowi, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom zamawiającego (ust. 2).

Kierownikiem zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 uPzp, pod którym to pojęciem, zgodnie z definicją zawartą w przywołanym przepisie, należy rozumieć osobę lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego, jest burmistrz Miasta i Gminy (...), który pełnomocnictwem z 15 grudnia 2014 r. w sprawie powierzenia wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego powierzył Obwinionej wykonywanie wszelkich czynności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Z kolei art. 53 ust. 1 i 2 ufp stanowi, że kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki. Kierownik jednostki może powierzyć określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej pracownikom jednostki. Przyjęcie obowiązków przez te osoby powinno być potwierdzone dokumentem w formie odrębnego imiennego upoważnienia albo wskazania w regulaminie organizacyjnym tej jednostki.

Obwiniona jest więc osobą, której kierownik zamawiającego (kierownik jednostki sektora finansów publicznych), pisemnie, powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 18 ust. 2 uPzp i jednocześnie obowiązków w zakresie gospodarki finansowej w rozumieniu art. 53 ust. 2 ufp. Podlega więc podmiotowo w zakresie zarzucanego jej czynu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zgodnie z art. 17 ust. 3 uondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Przepisy określające przesłanki upoważniające do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały zawarte w art. 93 uPzp.

Zgodnie z dyspozycją ust. 1 tego przepisu w obecnym brzmieniu zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;
- 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;

- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ust. 1a tego przepisu wskazano, że zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w: 1) ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej albo 2) zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo 3) zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Dodatkowo ust. 1d art. 93 uPzp wskazuje, że zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu liczba wykonawców, których zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji.

Treść art. 93 uPzp uległa zmianie w stosunku do treści obowiązującej w dniu popełnienia czynu, jednak w zakresie nie dotyczącym niniejszej sprawy (ust. 1a-1d, które dotyczą innych okoliczności niż mające miejsce w tej sprawie). Tym samym należy uznać, że w dniu popełnienia czynu oraz dniu orzekania przez RKO i GKO stan prawny był tożsamy.

Art. 93 uPzp zawiera, co do zasady, zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tylko wystąpienie jednej z tych przesłanek powoduje, że postępowanie jest unieważnione zgodnie z „przepisami o zamówieniach publicznych, określającymi przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania”. („co do zasady”, gdyż również w innych przepisach prawa wskazano przesłanki unieważnienia postępowania odnoszące się do szczególnych sytuacji, np. art. 131j

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

ust. 2 pkt 2 i art. 1311 ust. 1 pkt 2 uPzp w stosunku do zamówień obronnych, jednak nie dotyczą one stanu faktycznego tej sprawy, mogą więc zostać pominięte w rozważaniach). W stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy można uznać, jak wskazano na wstępie, że art. 93 uPzp zawiera wyczerpujące wskazanie dopuszczonych przez prawo przesłanek unieważnienia postępowania. Tym samym naruszenie art. 93 uPzp, tj. niewykazanie zaistnienia jednej z wymienionych tam przesłanek stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazane w art. 17 ust. 3 uondfp.

Obwiniona unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i transport odpadów komunalnych (...)” powołując się na zaistnienie przesłanki opisanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp. Ani w chwili unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani w późniejszych wyjaśnieniach nie wskazywała na wystąpienie innej z powyżej wskazanych podstaw do unieważnienia postępowania. Nie dopatrzyła się ich również GKO. Tym samym należy uznać, że żadna z pozostałych przesłanek unieważnienia postępowania nie miała w niniejszej sprawie zastosowania.

W ocenie GKO nie miała też zastosowania przesłanka art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp.

Jak wskazano powyżej, przepis ten stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

RKO prawidłowo odniosła wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w pierwszej kolejności do art. 146 uPzp – również Obwiniona powoływała się jedynie na przepis art. 146 ust. 6 uPzp.

Za „wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy” uważa się bowiem stwierdzenie na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (przed zawarciem tej umowy) wystąpienie co najmniej jednej z przesłanek powodujących nieważność lub możliwość unieważnienia zawartej umowy i najczęściej odnosi się ją do okoliczności wskazanych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

Umowa może zostać unieważniona także w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 uPzp) – w takim wypadku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie tej umowy.

Nieważność umowy lub podstawy do jej unieważnienia mogą wynikać także z innych okoliczności, np. wskazanych w art. 58 Kodeksu cywilnego (nieważna jest czynność sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy), art. 70⁵ Kodeksu cywilnego (można żądać unieważnienia umowy ze względu na sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami wpływ na wynik przetargu), art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego (umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna).

W niniejszym stanie faktycznym i prawnym żadnej z przesłanek wskazujących na wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, nie stwierdzono.

Jak wskazano w informacji o unieważnieniu postępowania oraz w późniejszych wyjaśnieniach Obwinionej, podstawą faktyczną unieważnienia postępowania było nieujęcie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu usługi wykonawcy polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjnej dotyczącej systemu segregacji odpadów komunalnych, która miałaby polegać m.in. na przeprowadzeniu cyklu szkoleń dla mieszkańców oraz przeprowadzeniu konkursu wśród uczniów. Skutkiem kampanii miało być osiągnięcie w przyszłości

wymaganych przepisami prawa poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz obniżenie kosztów ponoszonych przez gminę na zagospodarowanie odpadów komunalnych, a także uniknięcie ewentualnych kar administracyjnych. Zdaniem Obwinionej brak ten uniemożliwił prawidłowe wykonanie zamawianej usługi odbioru i transportu odpadów i stanowił niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, w związku z którą zawarcie umowy z wyłonionym w tym postępowaniu wykonawcą mogłoby stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności tej umowy w oparciu o art. 146 ust. 6 uPzp.

Obwiniona jednak w żadnym miejscu informacji o unieważnieniu postępowania oraz swoich wyjaśnień nie wskazała, z jakiego to powodu powyższy brak dodatkowej usługi w opisie przedmiotu zamówienia (nieobjęcie kampanii edukacyjnej przedmiotowym zamówieniem w tym postępowaniu) miałyby powodować nieważność zawartej umowy. W każdym przypadku bowiem żądanie stwierdzenia nieważności umowy lub jej unieważnienia musi być oparte na konkretnej podstawie prawnej i faktycznej, zaś wskazywany przez Obwinioną „brak” taką podstawą nie jest. Dodatkowo w kontekście wskazanej podstawy unieważnienia (art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp) ujęta tam wada postępowania powinna być nieusuwalna i winna tkwić w postępowaniu w taki sposób, który koresponduje z wyżej wskazanymi przesłankami ujętymi w art. 146 ust. 1 i 6 uPzp.

To do zamawiającego należy określenie zakresu usługi, którą chce zamówić w danym postępowaniu. Zatem to, czy przedmiotem tego zamówienia uczynił kampanię edukacyjną, czy też nie i w jakim zakresie, jest wyborem zamawiającego. Nie ma też znaczenia, czy przeprowadzenie kampanii edukacyjnej było jego obowiązkiem na podstawie odrębnych przepisów, czy też czyniłby to wyłącznie z własnego przekonania o korzyściach z takiej kampanii. W chwili, kiedy z opisu przedmiotu zamówienia wynikało jednoznacznie, że kampania edukacyjna nie jest częścią przedmiotu zamówienia (nie było sporne, że nie jest) i z tego powodu nie została objęta złożonymi ofertami, nie można mówić o naruszeniu art. 29 ust. 1 uPzp. Przepis ten stanowi bowiem, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem, jak wskazano, jeśli opis przedmiotu zamówienia wskazywał jednoznacznie, że zamawiający w ramach tego zamówienia nie zamawia kampanii edukacyjnej, co było zrozumiałe dla wykonawców składających oferty, to dyspozycja tego przepisu została wypełniona.

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

Fakt, że zamawiający po upływie terminu składania ofert zmienił zamiar odnośnie zakresu zamawianej usługi – bo tak należy podsumować stan faktyczny niniejszej sprawy – i niezależnie od tego, z jakich powodów ten zamiar zmienił, nie ma tu znaczenia prawnego zarówno w kontekście art. 29 ust. 1, jak i art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 6 uPzp. Trudno też mówić o wpływie tej sytuacji na wynik postępowania – wykonawcy złożyli oferty zgodnie z zakresem ustalonym w opisie przedmiotu zamówienia, co było prawidłowym działaniem i na taki zakres powinna zostać zawarta umowa. W ocenie GKO nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby zamawiający, mając na uwadze ustalenia o potrzebie przeprowadzenia kampanii edukacyjnej, zlecił ten zakres podmiotowi trzeciemu z zastrzeżeniem koordynacji działań w ramach tej kampanii z usługami świadczonymi przez podmiot odbierający odpady. Tego rodzaju współpraca (współdziałanie) były możliwe i dodatkowo mogły nieść ze sobą szereg korzyści, w tym zlecenie przeprowadzenia kampanii edukacyjnej podmiotowi posiadającemu stosowne doświadczenie wsparte w ramach współpracy doświadczeniami podmiotu odpowiedzialnego za odbiór i zagospodarowania odpadów.

Podstawy podjęcia przez Obwinioną decyzji o unieważnieniu postępowania, nawet jeśli opierały się na chęci poczynienia oszczędności finansowych dla gminy, nie mieszczą się w przesłance art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp ani żadnej innej z przesłanek unieważnienia postępowania, nie mogą więc usprawiedliwiać takiego unieważnienia. Należy zauważyć, że gdyby ustawodawca chciał możliwe oszczędności ustanowić samodzielną podstawą unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to znalazłaby się ona w art. 93 uPzp.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 i 2 uoondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. 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.

Należy podkreślić, że zamawiający, jednostka sektora finansów publicznych, jej kierownicy i pracownicy (tak jak i inne podmioty) muszą postępować zgodnie z wieloma przepisami jednocześnie i jednocześnie wypełniać wiele nałożonych na nich obowiązków. Nie jest więc tak, że aby uczynić zadość jednemu obowiązkowi, mogą jednocześnie naruszać przepisy

prawa odnoszące się do innych obowiązków i że może to stanowić podstawę do ich ekskulpacji za niewypełnienie obowiązków czy naruszenie przepisów prawa. Zwłaszcza że w niniejszej sprawie konflikt obowiązków gminy ani przepisów prawnych nie nastąpił. Tym samym nie zaistniała sytuacja, w której naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia należytej staranności – nie było bowiem faktycznej konieczności unieważnienia postępowania, a nieprawidłowa subsumpcja stanu faktycznego do przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 6 uPzp jest ewidentna.

Tym samym RKO prawidłowo uznała, że Obwinionej można przypisać winę, ponieważ nie dała posłuchu normie prawnej (określającej przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) w sytuacji, gdy miała możliwość zachowania zgodnego z prawem (nie musiała ona unieważniać postępowania, ku której to czynności nie było żadnych podstaw prawnych, nawet jeśli to działanie uznała za potencjalnie korzystne finansowo).

W przedmiotowej sytuacji GKO nie stwierdziła także wystąpienia okoliczności, o której mowa w art. 23 ust. 1 uondfp, tj. usprawiedliwionej nieświadomości tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jak wskazano powyżej, Obwiniona powinna była mieć świadomość, że w zaistniałym stanie faktycznym nieprawidłowo powołała się na art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 6 uPzp, co było oczywiste od samego momentu podjęcia przez nią decyzji o unieważnieniu postępowania, i na co już od momentu unieważnienia postępowania wskazywał wykonawca, który w postępowaniu złożył ofertę z najniższą ceną.

GKO wzięło także pod uwagę stopień szkodliwości czynu, tj. okoliczność, o której mowa w art. 28 ust. 1 uondfp.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 uondfp nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia (ust. 1a). Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych wywołującego skutki finansowe bierze się pod uwagę w szczególności wysokość skutku finansowego, w tym: 1) wysokość uszczuplonych środków publicznych; 2) kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego

lub innej jednostki sektora finansów publicznych; 3) kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem; 4) wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem; 5) kwotę zapłaconych odsetek, kar lub opłat albo wypłaconego oprocentowania (ust. 2). Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a uondfp – sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców (ust. 3).

GKO uznała, że nie zachodzi przesłanka, o której mowa w art. 28 ust. 1 uondfp, tj. stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest większy niż znikomy.

Jakkolwiek Obwiniona wskazywała, że działała w dobrej wierze i w celu zapewnienia oszczędności w ramach wydatkowanych środków publicznych, rozpatrywane naruszenie należy postrzegać nie tylko w skali mikro, czyli ewentualnie uzyskanych doraźnie oszczędności, ale także w skali makro, tj. przestrzegania przepisów, zasad wydatkowania środków publicznych, jak i postrzegania jednostek finansów publicznych, w tym budowania zaufania do państwa i jego instytucji.

Jak stanowi art. 44 ust. 4 ufp, 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. Zatem już samo naruszenie zasad zawierania umów wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym nieznajdujące oparcia w przepisach prawa unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, samo w sobie narusza ład finansów publicznych, co znajduje wyraz w art. 17 ust. 3 uondfp penalizującym tę czynność. Jeśli naruszenie zasad zamówień publicznych jest ewidentne, jak w niniejszym przypadku, w tym większym stopniu narusza to ład finansów publicznych.

Jak wskazano w art. 28 ust. 3 uondfp przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych rozpatruje się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

Art. 7 ust. 1 uPzp zawiera podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych (i tym samym wydatkowania środków publicznych): w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przyjęta w polskim prawie norma, zgodnie z którą unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić tylko w przypadkach wskazanych przez ustawodawcę, stanowi jeden ze środków zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także przejrzystości tego postępowania poprzez ustalenie jasnych i jednakowych dla wszystkich i znanych od początku reguł. Naruszenie tych reguł stanowi podważenie zaufania wykonawców (obywateli, przedsiębiorców) do państwa i jego instytucji, ich działania zgodnego z prawem oraz uczciwej partycypacji w korzystaniu ze środków publicznych.

Jak słusznie zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 „przy wykonywaniu uprawnień dyskrecjonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.” Zasada ta „nieprowadzenia do wrażenia” nierównego traktowania, działania w sposób tendencyjny czy niezgodnie z prawem odnosi się, oczywiście, do wszystkich czynności zamawiającego. Trybunał podkreślił tu istotną kwestię, a mianowicie, że w działaniu zamawiających (jednostek dysponujących finansami publicznymi), istotne jest również ich postrzeganie przez wykonawców (obywateli, przedsiębiorców, inne podmioty). W niniejszym postępowaniu co najmniej wykonawca (...) Spółka Jawna, który złożył w unieważnionym postępowaniu ofertę z najniższą ceną, a nie uzyskał zamówienia ze względu na nieuzasadnione unieważnienie postępowania (zostało ono następnie udzielone spółce gminnej, która w tym postępowaniu złożyła drugą ofertę cenową), poczuł się pokrzywdzony niezgodnym z prawem działaniem zamawiającego (Obwinionej), czemu dał wyraz m.in. składając informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności w trybie art. 181 ust. 1 uPzp (odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej nie przysługiwało) oraz skargę do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, skutkującą przeprowadzoną kontrolą, której następstwem było postępowanie prowadzone przez Rzecznika i wydanie zaskarżonego orzeczenia RKO.

Należy zauważyć, że już w momencie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zaproszenia wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje wobec zainteresowanych zamówieniem wykonawców pewne zobowiązania,

których musi dotrzymać. Jego sytuację najczęściej porównuje się tu z przyrzeczeniem publicznym (zgodnie z art. 919 § 1 Kodeksu cywilnego kto przez ogłoszenie publiczne przyrzekł nagrodę za wykonanie oznaczonej czynności, obowiązany jest przyrzeczenia dotrzymać) lub sytuacją organizatora przetargu z art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego (organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji lub przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji lub przetargu). Można do niej odnieść także poglądy dotyczące lojalności przedkontraktowej stron przystępujących do negocjacji w celu zawarcia umowy. Podkreśla się tu więc kwestię dotrzymywania przez zamawiającego zobowiązań oraz lojalności wobec potencjalnych kontrahentów. Nieznajdujące oparcia w przepisach prawa unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podważa zaufanie do instytucji publicznej oraz do tego, że prawidłowo wydatkuje ona środki publiczne, co jest szkodliwe dla finansów publicznych w stopniu większym niż znikomy.

W związku z powyższym GKO nie stwierdziła naruszenia przez RKO przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 uPzp, art. 17 ust. 3, art. 19 ust. 1 i 2 i art. 28 uodfp. GKO nie stwierdziła również podstaw do wydania orzeczenia o uniewinnieniu Obwinionej lub umorzenia postępowania, a tym samym naruszenia art. 135 ust. 1 uodfp.

Art. 135 ust. 1 uodfp zawiera katalog rozstrzygnięć możliwych w orzeczeniu komisji orzekającej w postaci: orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo orzeczenia o uniewinnieniu, albo orzeczenia o umorzeniu postępowania.

RKO zawarło w swoim orzeczeniu rozstrzygnięcie dopuszczone ww. przepisem, tj. uznało Obwinioną winną zarzucanego jej naruszenia dyscypliny finansów publicznych, nie naruszyło więc przedmiotowego przepisu. Rozstrzygnięcie to odpowiada też przepisom prawa, nie było bowiem podstaw do uznania Obwinionej za niewinną, jak też do umorzenia postępowania.

Obwiniona w swoim odwołaniu wskazała, że w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki zastosowania art. 78 ust. 1 pkt 1 lub 2 uodfp, który stanowi, że nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy zarzucanego czynu nie popełniono lub w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, z tym zastrzeżeniem, że jeżeli okoliczność taką stwierdzono po przeprowadzeniu postępowania dowodowego przed organem orzekającym, wydaje się orzeczenie o uniewinnieniu.

Sygn. akt BDF1.4800.77.2018

W niniejszym stanie faktycznym czyn popełniono oraz zawiera on znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zatem nie ma podstaw do umorzenia postępowania, jak też uniewinnienia Obwinionej.

W zakresie zaś wskazanego przez Obwinioną naruszenia przez RKO art. 137 ust. 2 pkt 2 uoondfp poprzez niewskazanie w uzasadnieniu orzeczenia faktów, które RKO uznała za udowodnione lub nieudowodnione, brak wyjaśnień na jakich w tym względzie oparła się środkach dowodowych oraz brak wyjaśnień, dlaczego nie uznała dowodów zgłoszonych przez Obwinioną, a obejmujących wymienione przez nią w odwołaniu dokumenty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia GKO uznała, że również w tym zakresie orzeczenie RKO nie jest wadliwe.

Jak wskazano na wstępie rozważań GKO, stan faktyczny i prawny, który wystąpił w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie był sporny, został jednoznacznie ustalony na podstawie informacji o unieważnieniu postępowania z 28 listopada 2016 r. oraz wyjaśnień Obwinionej, która przez całe postępowanie wyjaśniające prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Rzecznika, RKO oraz w odwołaniu wskazywała na te same fakty i podnosiła te same argumenty.

Uzasadnienie orzeczenia RKO zawiera wskazanie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, tj. że postępowanie na „odbiór i transport odpadów komunalnych (...)” toczyło się, a następnie zostało unieważnione, w jakiej dacie, przez kogo i z jakich powodów.

Żaden z powyżej wymienionych podmiotów, tj. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Rzecznik, RKO, czy obecnie GKO nie kwestionowało niskiego stopnia recyklingu czy odzysku odpadów w gminie, niezadawalającego zaangażowania mieszkańców gminy w segregację odpadów, konieczności czy zalet kampanii edukacyjnej w tym zakresie, ewentualnych oszczędności, które mogła poczynić gmina itp. okoliczności, na które powoływała się Obwiniona. Postępowanie dowodowe zostało więc przeprowadzone w stopniu wystarczającym do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i prawnego sprawy. Każdy z ww. podmiotów wyłącznie w sposób odmienny od Obwinionej dokonał oceny stanu faktycznego i prawnego przedmiotowej sprawy – uznając, że żaden z dowodów nie wskazuje na konieczność unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – co skutkowało rozstrzygnięciem, które nie było po myśli Obwinionej.

Również orzekając co do kary RKO orzekła najniższą możliwą karę za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidzianą w art. 31 ust. 1 uoondfp, tj. upomnienie, której to kary nie można uznać za nadmierną w stosunku do stopnia zawinienia Obwinionej czy stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych. Wymiar kary uwzględnia również dotychczasową niekaralność Obwinionej oraz pozytywną opinię o sposobie wywiązywania się przez nią z obowiązków służbowych, co podkreślono w orzeczeniu RKO. W sprawie nie wystąpiły również okoliczności, które pozwalałyby na zastosowanie nadzwyczajnej instytucji, jaką jest odstąpienie od wymierzenia kary. W ocenie GKO rezygnacja z wymierzenia kary nie pozwoliłaby osiągnąć celów postępowania, zarówno w odniesieniu do Obwinionej, jak i w zakresie społecznego oddziaływania wobec okoliczności oczywistego naruszenia prawa zamówień publicznych, które z uwagi na gwarancyjny charakter odnoszący się do zaufania obywateli do podmiotów publicznych dysponującymi środkami publicznymi, wymaga szczególnej ochrony.

W związku z powyższym GKO uznała, że orzeczenie RKO jest prawidłowe i orzekła jak w sentencji.