

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, dnia 18 marca 2021 r.

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

Przewodnicząca: Członek GKO: **Klaudia Stelmaszczyk-Borszowska**

Członkowie: Członek GKO: **Wojciech Tarnowski**

Członek GKO: **Paweł Adam Trojan (spr.)**

Protokolant: **Dorota Machnicka**

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 18 marca 2021 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Pani (...) (zam. ...), pełniącej w okresie popełnienia czynu funkcję Wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt RIO/KO/4111/24/2020, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała Panią (...) winną zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289.), zwanej uondfp, polegającego na unieważnieniu w dniu 2 stycznia 2020 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem” z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania,

co stanowiło naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) w związku z art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.).

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionej karę upomnienia oraz obciążyła

obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 413,40 zł.

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy (dalej RKO), orzeczeniem z dnia 29 września 2020 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt RIO/KO/4111/24/2020 przy udziale Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 29.09.2020 r. uznała Panią (...) 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. z 2021 r. poz. 289.), zwanej uondfp, polegające na unieważnieniu w dniu 02.02.2020 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem” z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia postępowania, co stanowiło naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, co narusza art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

RKO na podstawie art. 35 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierzyła Obwinionej karę w postaci upomnienia.

W orzeczeniu z dnia 29 września 2020 r. RKO dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Stan faktyczny – ustalenia RKO.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte zawiadomieniem o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych złożonych

przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - określany dalej jako Zawiadamiający (K. 34-39), w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego w oparciu o art. 161 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.- określonej dalej jako ustawa Pzp lub Pzp).

Wg Zawiadamiającego w Gminie (...), określonej dalej jako Gmina lub Zamawiający w wyniku przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania pn. „ Dostawa fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem" doszło do nieuprawnionego unieważnienia ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod Nr (...), tj. w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czym naruszono art. 17 ust. 3 uodnfp. Jako osobę odpowiedzialną wskazano Panią (...) pełniącą w dacie popełnienia czynu funkcję Wójta Gminy (...).

Po przeprowadzeniu postępowania sprawdzającego Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy, w dniu 1 czerwca 2020 r. Postanowieniem Nr (...) (K.212-213) wszczął postępowanie wyjaśniające wobec Pani (...). Następnie na podstawie zebranego materiału dowodowego skierował do Przewodniczącej Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy (dalej Przewodnicząca) wniosek Nr (...) z dnia 15 lipca 2020 r., o uznanie Pani (...) za osobę odpowiedzialną, na zasadach określonych w art. 19 ust. 1 uodnfp, popełnienia czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 3 uodnfp, polegającego na unieważnieniu w dniu 2 stycznia 2020 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem" z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.- określonej dalej jako uofp).

Rzecznik wniósł o wymierzeniu Pani (...) kary nagany. Na podstawie wniosku złożonego przez Rzecznika Przewodnicząca Zarządzeniem Nr (...) z dnia 27 lipca 2020 r. zarządziła doręczenie odpisu wniosku o ukaranie Obwinionej oraz skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie. Rozprawa przez Regionalną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny

Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy (zwanej dalej Komisją Orzekającą lub Komisją) odbyła się w dniu 29 września 2020 r. Na rozprawę stawiła się Obwiniona, Radca Prawny Pan (...) oraz dopuszczony przez Przewodniczącego Składu Orzekającego na wniosek strony Obwinionej świadek Pani (...) - Kierownik Referatu (...) w Urzędzie Gminy (...).

Zgodnie z brzmieniem art. 24 uondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna, niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą w przepisie tym mowa jest nie tylko o ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale również przepisach szczególnych zawierających przepisy prawa materialnego (zob. orzeczenie GKO z 9 czerwca 2014 r. BDF1/4900/3 8/43-44/14/RWPD-344; orzeczenie GKO z 13 stycznia 2014 r.

BDF1/4900/79/84/13/RWPD-740 i inne). W analizowanym poniżej zakresie nie nastąpiły zmiany ani uondfp ani prawa materialnego, stąd RKO postanowiła zastosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, do czego obliguje wskazany zapis ustawy. RKO biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, taki jak:

- postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego z dnia 1 czerwca 2020 r. Nr 26/BK/2020 (K. 212-213),
- zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (K. 33-39),
- materiał dowodowy zebrany w sprawie (K. 1-223) m.in.:
- uchwała Nr XVIII/128/2020 Rady Gminy (...) z dnia 7 stycznia 2020 r. zmieniająca uchwałę Nr XVI/109/2019 Rady Gminy (...) z dnia 9 grudnia 2019 r. w sprawie uchwalenia budżetu Gminy (...) na 2020 r. (K. 44-51),
- kopia ofert złożonych w postępowaniu (K. 101-137),
- pismo z dnia 31 stycznia 2020 r. kierowane do (...) w związku z zawiadomieniem o dokonaniu niezgodnej z prawem czynności w postępowaniu (K. 79- 83),
- ogłoszenie Nr 114/2020 Wójta Gminy (...) z dnia 2 stycznia 2020 r o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „ Dostawę fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem " (K. 97),

- protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zatwierdzony w dniu 02.01.2020 r. (K. 138-150),
- SIWZ na dostawę fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem (K. 151-185),
- ogłoszenie o zamówieniu Nr (...) z dnia 20 grudnia 2019 r. (K. 190-205),
- wyjaśnienia przedstawione przez Obwinioną na swoją obronę na etapie postępowania sprawdzającego (K. 207-211),
- opinię przełożonego o sposobie wywiązania się Obwinionej z obowiązków służbowych (K. 221-222),
- zaświadczenie o wysokości wynagrodzenia otrzymywanego przez Obwinioną w czasie popełnienia zarzuczonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych (K. 220),
- pisemne wyjaśnienia złożone przez Panią (...) z dnia 18 maja 2020 r. na etapie czynności sprawdzających (K. 207-211), oraz złożone na rozprawie ustaliła następujący stan faktyczny:

Ogłoszeniem o zamówieniu Nr (...) z dnia 20 grudnia 2019 r. (K. 187-205), Gmina wszczęła postępowanie o udzielenie w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem”. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 219.512,00 zł, co stanowiło równowartość 50.910,78 euro (K.149). W sekcji 1.1 ogłoszenia „Zamawiający” (K. 205) określono, że zamawiającym jest Gmina (...), a także w sekcji IV.6 „Informacje administracyjne” wskazano, że termin związania ofertą wynosi 30 dni od ostatecznego terminu składania ofert, przy czym termin składania ofert wyznaczony został na 30 grudnia 2019 r. (K. 198). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia - rozdziału IX. (...) znalazł się tożsamy zapis wskazujący, że wykonawca zostanie związany złożoną ofertą przez okres 30 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (K. 177).

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 30 grudnia 2019 r. Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia wynosiła 270.000,00 zł brutto (K. 143). Do upływu terminu składania ofert zostały złożone oferty przez następujących wykonawców: (...) na kwotę 269.370,00 zł brutto i (...) na kwotę 257.070,00 zł brutto.

Wykonawcy składając oferty na formularzach stanowiących załącznik Nr 1 do SIWZ oświadczyli, że: „uważamy się za związanych niniejszą ofertą przez czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. przez okres 30 dni od upływu terminu składania ofert" (K.136 i 108).

W dniu 2 stycznia 2020 r. ogłoszeniem Nr (...) Gmina unieważniła omawiane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, w świetle którego zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że dnia 30 grudnia 2019 r. o godz. 9.00 upłynął termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na ww. przedmiot zamówienia (K. 97). W wyznaczonym terminie składania ofert wpłynęły dwie oferty. Jednakże mając na uwadze, wadę prawną, którą obarczone jest przedmiotowe postępowanie, uniemożliwiającą zawarcie umowy, postanowiono jak wyżej.

Jak wskazała RKO zgodnie z art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert, o swojej decyzji Zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W zawiadomieniu niezbędne jest zamieszczenie informacji o okolicznościach wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie. Z materiału dowodowego wynika, że Zamawiający powołał się jedynie na podstawę prawną unieważnienia (K. 96, 92). Zgodnie z tezą zawartą w wyroku KIO z 16 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 763/13) wypełnienie dyspozycji powyższego przepisu nastąpi w sytuacji, w której zamawiający poda uzasadnienie prawne i faktyczne podjętej decyzji, które pozwoli wykonawcy na poznanie podstaw unieważnienia postępowania, odnoszących się do okoliczności konkretnej sprawy. Tym samym zawiadomienia z dnia 2 stycznia 2020 r. przekazane wykonawcom przez Gminę (...) (K.90-97) nie czyniły zadość przywołanym przepisom, bowiem nie zawierały uzasadnienia faktycznego.

W dniu 2 stycznia 2020 r. wykonawca spółka (...) sp.j., zwrócił się drogą e-mailową do Gminy o określenie wady prawnej, którą obarczone było postępowanie (K. 88). W odpowiedzi udzielonej w tym samym dniu, Zamawiający wskazał, iż postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego zostało wszczęte przez Gminę (...), natomiast zgodnie z założeniami budżetowymi na 2020 r. — uchwała Nr (...) Rady Gminy (...) z dnia 9 grudnia 2019 r. - Zamawiającym powinien być Zakład Usług Komunalnych w (...). Mając powyższe na uwadze postępowanie nie mogło zostać rozstrzygnięte (K.87).

Dnia 9 stycznia 2020 r.(tj. 7 dni po unieważnieniu postępowania) Gmina wszczęła nowe postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawę fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem ” (oznaczenie sprawy: GKB.271.5.2020), w którym analogicznie jak w poprzednim postępowaniu zamawiającym była Gmina (...). Przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu nie zostały zmienione. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem (...). Złożone zostały dwie oferty przez tych samych wykonawców, tj. (...) Sp. z o.o. na kwotę 244.770,00 zł i (...) sp. j. na kwotę 252.027,00 zł, które pozwoliło na rozstrzygnięcie postępowania i wybór oferty. W dniu 31 stycznia 2020 podpisano umowę z (...) Sp. z o. o. Oferta tego wykonawcy była niższa o 12.300,00 zł niż najniższa złożona w postępowaniu wszczętym w 2019 r.

W dniu 22 stycznia 2020 r. wykonawca spółka (...) sp.j., zawiadomił Zamawiającego o dokonaniu niezgodnej z prawem czynności w postępowaniu (K. 80-83), polegającej na nieprawidłowym unieważnieniu postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem”. Wykonawca zaznaczył, iż ogłoszenie w dniu 9 stycznia 2020 r. nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na identycznych warunkach i ze wskazaniem tego samego Zamawiającego, zrodziło wątpliwości co do prawidłowości przekazanej informacji o podstawie unieważnienia i pozorności dokonanych czynności. W odpowiedzi na powyższe pismo, Gmina w dniu 31 stycznia 2020 r. poinformowała składającego zawiadomienie o nieuznaniu zasadności jego złożenia, uzasadniając, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem obarczone zostało wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W ocenie Gminy była ona zobowiązana do unieważnienia przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Pomimo braku w ogłoszeniu Nr 114/2020 Wójta Gminy z dnia 2 stycznia 2020 r., uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania określającego wadę prawną jakim jest obarczone,

postępowanie zostało rozstrzygnięte i żaden z oferentów tego nie zakwestionował. Gmina ustosunkowała się także do zarzutu wątpliwości co do prawidłowości przekazanej informacji o podstawie unieważnienia i pozorności dokonanych czynności, uznając że nie mają uzasadnienia, bowiem w drodze korespondencji mailowej w dniu 2 stycznia 2020 r. wystosowane zostały wiarygodne informacje poparte stosownym dokumentem na temat podstawy unieważnienia postępowania (K. 79, 12-13).

Jak ustaliła RKO z pisemnych wyjaśnień skierowanych w dniu 14 lutego 2020 r. do Urzędu Zamówień Publicznych przez Obwinioną wynika, że powodem unieważnienia (ww. postępowania) były nieścisłości, które pojawiły się w zapisach uchwały Nr (...) Rady Gminy z dnia 9 grudnia 2019 r. w sprawie uchwalenia budżetu Gminy na 2020 r. W trakcie opracowywania budżetu na 2020 r. założono realizację przedmiotowej inwestycji przez Gminę. Mając na uwadze pilną potrzebę posiadania przez Gminę ciągnika do wykonywania bieżących zadań własnych, jeszcze w 2019 r. ogłoszony został przetarg nieograniczony na jego zakup. W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający dopatrył się zapisu w załączniku Nr 3 do uchwały budżetowej dotyczącego zadania inwestycyjnego pn. „ Dotacja dla ZUK na zakup ciągnika rolniczego 110 KM z ładowaczem czołowym", który wskazywał realizację zadania przez Zakład Usług Komunalnych. Jednakże analizując budżet stwierdzono, iż dotacja dla ZUK nie została zaplanowana, a nazwa zadania ujęta w załączniku inwestycyjnym wynika z omyłki.

Na rozprawie Pani (...) wraz z pełnomocnikiem podtrzymywali, iż powodem unieważnienia postępowania była wada prawna uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przyczyna tej wady polegała na nieścisłościach w uchwale w sprawie uchwalenia budżetu Gminy na 2020 r., których Zamawiający dopatrył się w trakcie badania i oceny ofert. W załączniku Nr 3 „Zadania inwestycyjne w 2020 roku" i Nr 10 „Dotacje planowane na 2020 rok" do uchwały budżetowej przedmiotowe zadanie zostało zapisane jako „Dotacja dla ZUK na zakup ciągnika rolniczego 110 KM z ładowaczem czołowym", co wskazywało na realizację zadania przez Zakład Usług Komunalnych w (...), który powinien występować w tak wskazanych zapisach uchwały budżetowej po stronie Zamawiającego, ewentualnie upoważnić Gminę do występowania w jego imieniu. Jednocześnie załącznik Nr 11 do budżetu „Plan finansowy samorządowego zakładu budżetowego" nie odzwierciedlał powyższych zapisów, co powodowało kolejne rozbieżności.

Wg Obwinionej, wada prawna, która stanowiła podstawę do unieważnienia postępowania była niemożliwa do usunięcia, gdyż zgodnie z ustawą o finansach publicznych jednostka sektora finansów publicznych, umocowana jest do zaciągania zobowiązań wyłącznie w zakresie wskazanym w jej planie finansowym. Wójt Gminy argumentowała, że tym samym zaciąganie zobowiązań wykraczających poza plan finansowy stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nawet w sytuacji w której plan ten w późniejszym czasie zostanie zmieniony. Zgodnie ze stanowiskiem Obwinionej w przedmiotowej sprawie istniały rozbieżności zapisów uchwały budżetowej, które z jednej strony przy wszczętym przez Zamawiającego zamówieniu nie dawały możliwości wyboru wykonawcy ze względu na brak zabezpieczenia finansowania, a z drugiej strony nasuwały poważne wątpliwości w zakresie właściwego określenia podmiotu Zamawiającego, którym przy zapisach w uchwale budżetowej „dotacja dla ZUK”, powinien być właśnie Zakład budżetowy Gminy. Wg Obwinionej Wójt Gminy będący kierownikiem Zamawiającego, którym była Gmina, nie posiadał uprawnień do rozwiązania istniejących rozbieżności, w związku z czym, obawiając się o możliwość zaistnienia sytuacji wyboru wykonawcy bez zapewnienia finansowania, unieważnił postępowanie dotknięte wadą, chcąc uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Wójt Gminy zaznaczyła, że wyłącznie organem uprawnionym do zmiany istniejącego stanu rozbieżności zapisów uchwały budżetowej była Rada Gminy, która mogła zdecydować o zmianie uchwały poprzez przesunięcie środków na stronę Gminy (Urzędu Gminy) lub pozostawienie tych środków po stronie dotacji dla ZUK (K. 207-213).

Na rozprawie świadek Pani (...) złożyła w przedmiotowej sprawie wyjaśnienia. Potwierdziła wystąpienie omawianych nieprawidłowości. Zapewniała, że po ujawnieniu błędu wszystkie zabiegi kierowane były aby nie naruszyć dyscypliny finansów publicznych, unieważnienie postępowania nie było celowym działaniem, a ogłaszając kolejny przetarg gmina uzyskała ofertę tańszą o ponad 10 tys. zł. Stwierdziła, że Pani Wójt unieważniając postępowanie była nieświadoma naruszenia przepisów. W ocenie Pełnomocnika w tym przypadku nie doszło do złamania zasad i przepisów dotyczących odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wszczęcie postępowania przetargowego przy niezabezpieczonych środkach w budżecie byłoby postępowaniem niewłaściwym. Motywy działań Pani Wójt były takie aby nie dopuścić do podpisania umowy w sytuacji, w której w Urzędzie Gminy nie było zabezpieczonych środków. Ponadto przedsięwzięła inicjatywę zwołania sesji nadzwyczajnej,

na której doszło do doprecyzowania zapisów korygujących uchybienie. Wg Pełnomocnika nie zostały uszczuplone należności publiczno-prawne, nie została naruszona zasad konkurencyjności w omawianym postępowaniu. Zdaniem Pełnomocnika wymierzenie Pani Wójt kary nagany jest wygórowane a istnieją przesłanki do odstąpienia od wymierzenia kary.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny i prawny oraz wyjaśnienia złożone na rozprawie RKO ustaliła i zważyła, co następuje. Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do zapisów zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieusuwalna wada postępowania to taka wada, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, w taki sposób, że powoduje jej bezwzględną nieważność zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Jest to wada uniemożliwiająca obiektywne dokonanie wyboru najlepszej oferty. Wady postępowania mogą być spowodowane zmianą warunków udziału w postępowaniu czy zmianą opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Przepisy Pzp nie pozwalają na unieważnienie postępowania z innych przyczyn niż wskazane w art. 93 ust. 1, ust. la, lb i ld. Wada postępowania musi oddziaływać na ważność zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi być na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Jeśli wada postępowania jest usuwalna, konieczne i wystarczające jest jej usunięcie, a nie unieważnienie całego postępowania. Jeżeli wady nie da się usunąć i oddziałuje ona na ważność umowy - zamawiający obligatoryjnie unieważnia postępowanie. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez podania przyczyn.

Następnie RKO wskazała, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględniając treść art. 146 ust. 1 Pzp konieczność unieważnienia postępowania występuje co najmniej w sytuacji:

- 1) zastosowania trybów negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę bez spełnienia przesłanek tych trybów,
- 2) niezamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nieprzekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,
- 3) uniemożliwienia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwienie wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem.

Zdaniem Komisji I instancji biorąc pod uwagę wykładnię celowościową przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne staje się wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w ocenie RKO, powinien brać pod uwagę zarówno okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jak i okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, który łączy nieważność umowy z dokonaniem przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W przepisie tym określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jak podniosła w uzasadnieniu orzeczenia RKO 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). Błędy w postępowaniu, które miały lub mogły mieć wpływ na jego wyniki są nieusuwalne i skutkują koniecznością unieważnienia

postępowania. Wykładnię tę potwierdza KIO w wyroku z dnia 24 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2375/17) orzekając, iż przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

RKO zwróciła uwagę, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 146 ustawy Pzp znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp podstawy podlegania umowy unieważnieniu.

RKO przywołała także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2014 r., sygn. akt KIO 1804/14 odnosząc się do „niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” zwróciła uwagę, że „Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej „, takie wady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie wyczerpują one wszystkich wadliwości postępowania, jakich może dopuścić się zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania. W orzecznictwie wskazuje się na to, że również okoliczności uprawniające Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy stanowią przesłankę dla samodzielnego dokonania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wymóg, aby wada była

wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania”.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, a zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub ust. 6 ustawy Pzp. Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (wyrok z dnia 17 marca 2016 r. sygn. KIO 314/16). Jednocześnie owo usunięcie może nastąpić w dowolny sposób, który nie jest sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania.

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zarówno w uzasadnieniu prawnym jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7, a art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Pzp. Dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie czynności z naruszeniem przepisu Pzp musi dotyczyć kluczowych etapów, czynności fundamentalnych dla wyniku postępowania i wtedy nawet wpływ o charakterze minimalnym powinien skutkować wystąpieniem z wnioskiem o unieważnienie. W wyroku z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1291/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest obligatoryjne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przywołany przepis w swojej dyspozycji, wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli - w sytuacji ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu - doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega

unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp".

Reasumując, RKO stwierdziła, iż unieważnienie postępowania ma:

- charakter wyjątkowy,
- zamawiający jest obowiązany uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 lub ust. 6 ustawy Pzp, a wykonawca ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia,
- unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc z uwagi na zaistnienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy wada ta nie tylko jest nieusuwalna ale dodatkowo ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego i po analizie stanu faktycznego sprawy RKO stwierdziła, że w tej konkretnej sprawie nie wystąpiły obiektywne przesłanki uzasadniające unieważnienie przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem”. W ocenie Komisji, nie zaistniała niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada prawna, na którą powołała się Gmina unieważniając ww. postępowanie, tj. sytuacja, gdy w świetle zapisów uchwały budżetowej postępowanie miał przeprowadzić Zakład Usług Komunalnych (zorganizowany w formie zakładu budżetowego - jednostki organizacyjnej Gminy), a nie Gmina, nie wypełnia znamion art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Gmina (...), tj. Zamawiający w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp. Gmina publikując ogłoszenie o zamówieniu, zobowiązywała się że się do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta byłaby najlepsza.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 30 grudnia 2019 r., a okres związania ofertą wynosił 30 dni. Wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty byli nimi związani do dnia 29 stycznia 2020 r. W protokole postępowania o udzielenie zamówienia ZP-PN (K. 143) zatwierdzonym w dniu 2

stycznia 2020 r. przez Wójta Gminy (...), Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 270.000,00 zł.

W Uchwale Nr (...) Rady Gminy (...) z dnia 9 grudnia 2019 r. w sprawie uchwalenia budżetu Gminy (...) na 2020 r. (K. 44-51), powyższą kwotę zaplanowano w wydatkach w dz. 900 „Gospodarka komunalna i ochrona środowiska”, rozdziale 90017 z § 6210 „Dotacje celowe z budżetu na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji i zakupów inwestycyjnych samorządowych zakładów budżetowych”. W załączniku Nr 3 do uchwały budżetowej i zał. Nr 10 przedmiotowe zadanie zostało zapisane jako (...) w wys. 270 000 zł. Jednocześnie załącznik Nr 11 do ww. Uchwały (...) nie odzwierciedlał powyższych zapisów. RKO podzieliła stanowisko Rzecznika, że jeżeli Zamawiający podczas badania i oceny ofert dopatrył się nieścisłości w zapisach uchwały budżetowej Nr (...) Rady Gminy z dnia 9 grudnia 2019 r. to biorąc pod uwagę okres związania ofertą przez Wykonawców, Zamawiający miał czas na wyeliminowanie nieścisłości ww. uchwale. Uczynił to doprowadzając do zmiany uchwały budżetowej na 2020 r. w dniu 7 stycznia 2020 r. Uchwałą Nr (...) Rady Gminy (...), poprzez wprowadzenie zmian w następujący sposób:

- 1) W zał. Nr 1 w dziale 900 rozdziale 90017 w § (...) przesunięto środki finansowe w wysokości 270.000,00 zł do rozdziału 90095 i § 6060.
- 2) W załączniku Nr 2 do uchwały budżetowej (...) zmieniono nazwę zadania inwestycyjnego zapisaną pod poz. 12 i jego klasyfikację budżetową z (...) na (...) na 900/90095/6060 (...).
- 3) W załączniku Nr 3 do uchwały budżetowej (...) z dotacji celowych dla jednostek sektora finansów publicznych wykreślono dotację z działu 900, rozdziału 90017, paragrafu 6210 w wysokości 270.000,00 zł.

W ocenie Komisji Orzekającej, w dniu 7 stycznia 2020 r. wada została wyeliminowana, co spowodowało, że Gmina jako Zamawiający mogła dokonać (po spełnieniu warunków określonych w SIWZ) wyboru najkorzystniejszej z oferty. Przesłanka unieważnienia przedmiotowego postępowania - nie spełniała przymiotu trwałości, tj. możliwe było usunięcie wady postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Komisji Orzekającej I instancji nieprawidłowym działaniem było wszczęcie kolejnego postępowania w dniu 9 stycznia 2020 r. na (...), w

którym złożone zostały dwie oferty przez tych samych wykonawców, tj. (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) na kwotę 244.770,00 zł i (...) sp. j. z siedzibą w (...) na kwotę 252.027,00 zł. Postępowania rozstrzygnięto i dokonano wyboru oferty (...) sp. z o.o, która okazała się korzystniejsza o 12.300,00 zł niż najniższa złożona w postępowaniu wszczętym w 2019 r.

RKO odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Obwinioną dot. możliwości zaciągania zobowiązań przez jednostki sektora finansów publicznych wyłącznie w zakresie wskazanym w jej planie finansowym RKO stwierdziła, że zasady dotyczące zaciągania zobowiązań wynikają z art. 46 ust. 1 i dodatkowo z dyspozycji art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.) zwanej dalej ufp. W myśl art. 46 ust. 1 ufp jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153. Natomiast zaciąganie zobowiązań musi odbywać się w granicach limitów wyznaczonych kwotą wydatków ustaloną w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. W przeciwnym wypadku czyny naruszające tę zasadę podlegają penalizacji dla w grupy naruszeń dotyczących zaciągania zobowiązań - art. 15 uondfp. Zobowiązanie w ujęciu prawa cywilnego jest stosunkiem zobowiązaniowym, w którym jedna osoba (wierzyciel) może żądać od drugiej (dłużnik) świadczenia, a ta ostatnia powinna to świadczenie spełnić (por. orzeczenie GKO z 4 października 2004 r., DF/GKOOdw.-64/90-91/2004/782). Zaciągnięcie zobowiązań których źródłem jest umowa, następuje w chwili podpisania umowy (orzeczenie GKO z 22 czerwca 2006 r., DF/GKO-4900-43/56/06/1249).

Ponadto, zdaniem RKO, zgodnie z ustawą Pzp, Zamawiający może podjąć się ogłoszenia procedury przetargowej, czyli de facto wszcząć postępowanie o udzielanie zamówienia publicznego, niezależnie od tego czy w budżecie posiada całość, czy tylko część środków finansowych niezbędnych na realizację zadania, gdyż nie stanowi to zaciągnięcia zobowiązania. Niemniej jednak niedopuszczalne jest zaciągnięcie zobowiązań, tj. zawarcia umowy w sytuacji nieposiadania zabezpieczenia środków finansowych w planie finansowym na ich realizację. RKO zgodziła się ze stanowiskiem Rzecznika i nie podzieliła zdania Obwinionej, iż w przedmiotowej sprawie istniejące na dzień 2 stycznia 2020 r. rozbieżności

zapisów uchwały budżetowej nie dawały możliwości wyboru wykonawcy ze względu na brak zabezpieczenia finansowego. Jeżeli w budżecie Gminy (...) zaplanowane zostały wydatki na zakup ciągnika, to było to wystarczające źródło prawa zezwalające na zaciągnięcia zobowiązania. W ocenie Komisji Orzekającej | I instancji w przedmiotowym stanie faktycznym, nieścisłość w uchwale budżetowej Rady Gminy Nr (...) z dnia 9 grudnia 2019 r., tj. sytuacja gdy w świetle zapisów uchwały budżetowej postępowanie miał przeprowadzić Zakład Usług Komunalnych, a nie Gmina (...), wynikała z pomyłki Zamawiającego, co przyznała również Obwiniona w udzielonych wyjaśnieniach: „w trakcie opracowywania budżetu na 2020 r. założono realizację przedmiotowej inwestycji przez Gminę, natomiast dotacja dla ZUK nie została zaplanowana, a nazwa zadania ujęta w załączniku inwestycyjnym wynika z omyłki”. Zamawiający więc wszczął postępowanie zgodnie z pierwotnym zamiarem.

Ponadto, zdaniem RKO podjęcie przez Radę Gminy w dniu 7 stycznia 2020 r. uchwały Nr (...) zmieniającej Uchwałę Rady Gminy Nr (...) z dnia 9 grudnia 2019 r, w której dokonano przeniesień wydatków tj. zmiany formy zakupu ciągnika rolniczego z dotacji dla Zakładu Usług Komunalnych w (...) na zakup przez Gminę, w związku z potrzebą korekty omawianej pomyłki, było dopuszczalną zmianą w planie wydatków budżetu, której mógł dokonać organ wykonawczy, w myśl art. 257 uofp, bez uprzedniego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uchwale Nr (...) z dnia 9 grudnia 2019 r w sprawie uchwalenia budżetu Gminy na 2020 r., w par. 11 Rada Gminy upoważniła Wójta do: „ dokonywania zmian w budżecie polegających na przeniesieniach w planie wydatków między paragrafami i rozdziałami w ramach działu, w zakresie wydatków bieżących łącznie z wydatkami na uposażenia i wynagrodzenia ze stosunku pracy oraz dokonywania zmian w planie wydatków majątkowych”. Powyższy zapis był wystarczającą delegacją prawną do sprostowania przez Obwinioną zaistniałej nieprawidłowości.

Zarzucając Pani (...) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, RKO uwzględniła art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Od kierownika jednostki należy oczekiwać podejmowania decyzji w sprawach zamówień publicznych z poszanowaniem litery prawa. Standard wymagań wobec osób dysponujących środkami publicznymi przy podejmowaniu decyzji rodzących konsekwencje finansowe jest z pewnością wyższy niż w stosunku do przeciętnego obywatela. Z racji pełnionej funkcji - kierownik

jednostki jest osobą szczególnie odpowiedzialną za dobro finansów publicznych, w związku, z czym, w zakresie gospodarowania środkami publicznymi mógł podejmować jedynie te działania, które miały umocowanie w obowiązującym stanie prawnym.

Zgodnie z art. 19 ust. 1, 2 i 3 uondfp, 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, jeżeli osoba nie dała posłuchu normie prawnej w sytuacji, gdy miała możliwość zachowania zgodnego z prawem. Warunkiem przypisania winy jest niedołożenie staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku. Jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie określonego obowiązku, to wprost wyrażona jest zasada niemożności poniesienia odpowiedzialności za naruszenie, na którego zaistnienie nie ma się wpływu.

Przepis art. 19 ust. 2 uondfp opiera się na koncepcji zindywidualizowanej staranności (ostrożności) wymaganej od osób wykonujących różne obowiązki w zakresie szeroko rozumianej gospodarki finansowej, w szczególności odmiennym podejściu do osób zajmujących stanowisko kierownika jednostki sektora finansów publicznych. Obowiązek ostrożności musi być rozpatrywany z punktu widzenia obowiązków związanych z określonym stanowiskiem czy wykonywaną funkcją (orzeczenie GKO z dnia 1 marca 2004 r., DF/GKO/Odw.-127/163/2003), spoczywających np. na kierowniku jednostki sektora finansów publicznych, na którym ciąży m.in. szczególny obowiązek dbałości o dobro finansów publicznych, jak również nadzoru nad pracą podległych pracowników (orzeczenie GKO z dnia 24 czerwca 2002 r., DF/GKO/Odw.- 46/62/2002). Zdaniem RKO odpowiedzialność Obwinionej wynika z art. 53 ust. 1 ufp, a jako kierownika Zamawiającego, wynika z dyspozycji art. 18 ust. 1 Pzp. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik Zamawiającego. RKO zważywszy na przedstawioną sytuację oraz opierając się na zgromadzonej dokumentacji uznała przypisany czyn za udowodniony i zawiniony. Przy ocenie stopnia szkodliwości czynów Komisja uwzględniła wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia. Bezwzględny warunkiem przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest wina sprawcy. O winie

Obwinionej w niniejszej sprawie można mówić, ponieważ nie dała ona posłuchu normom prawnym określającym zasady, o których mowa w art. 17 ust. 3 uoondfp, co stanowi naruszenie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 44 ust. 4 ufp. 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 nieznaidujące 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 uoondfp penalizującym tę czynność. Jeśli naruszenie zasad zamówień publicznych jest ewidentne, jak w niniejszym przypadku, w tym większym stopniu narusza to ład finansów publicznych. 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.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 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 oraz znanych od początku reguł. Jak wskazała RKO 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.

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 (zob. Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 11 października 2018 r., sygn. BDF1.4800.77.2018).

Jak słusznie zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 "przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, 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 omawianym postępowaniu właśnie wykonawca (...) sp.j., z siedzibą w (...) który złożył w unieważnionym postępowaniu ofertę z najniższą ceną, a nie uzyskał zamówienia ze względu na nieuzasadnione unieważnienie postępowania (zamówienie zostało udzielone w powtórzonym postępowaniu innemu wykonawcy tj. (...) Sp. z o.o., z siedzibą w (...), który w pierwszym postępowaniu złożył drugą ofertę cenową), mając wątpliwości co do obiektywizmu Zamawiającego złożył informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp oraz zawiadomienie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego następstwem było postępowanie prowadzone przez Rzecznika.

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 Pzp jest ewidentna.

RKO 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).

Zdaniem RKO gdyby Obwiniona na etapie tworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia przeanalizowała dokumentację postępowania, a zwłaszcza wzór umowy i treść ogłoszenia o zamówieniu mogłaby uniknąć wskazanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Przy zachowaniu staranności wymaganej od Obwinionej jako kierownika Zamawiającego było możliwe to do zrealizowania. Tym bardziej, że Obwiniona na podst. art. 238 ufp będąc inicjatorem sporządzenia projektu uchwały budżetowej na 2020 r. na podstawie, której doszło do wyżej opisanych nieprawidłowości winna mieć wiedzę o błędnych zapisach zawartych w tej uchwale.

Obwiniona miała możliwość zachowania się zgodnego z obowiązującymi przepisami i podjęła takie działania (poprzez przygotowanie projektu zmiany uchwały budżetowej) i skutecznie wszelkie nieścisłości z uchwały budżetowej zostały wyeliminowane poprzez wprowadzenie zmian uchwałą Nr (...) Rady Gminy (...) w dniu 7 stycznia 2020 r. W ocenie Komisji Orzekającej gdy okres związania ofertą przez wykonawców wynikający z SIWZ wynosił 30 dni (do 29 stycznia 2020 r.), to był jeszcze czas i nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający podpisał umowę z wykonawcą (...) sp.j., którego oferta była najkorzystniejsza. Ponadto Obwiniona jako organ wykonawczy mogła przede wszystkim wcześniej zareagować i wywołać zarządzenie oraz dokonać sprostowania błędnych zapisów, do czego upoważniał ją par. 11

zawarty w uchwale Rady Gminy Nr (...) z dnia 9 grudnia 2019 r w sprawie uchwalenia budżetu na 2020 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia RKO podzieliła stanowisko Rzecznika co do odpowiedzialności oraz winy Pani (...). Orzekając co do kary RKO orzekła najniższą możliwą karę za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidzianą w art. 31 ust. 1 uondfp, 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 dotychczasową niekaralność Obwinionej oraz pozytywną opinię o sposobie wywiązywania się przez nią z obowiązków służbowych. Komisja wzięła również pod uwagę dość krótki okres zatrudnienia na zajmowanym stanowisku (była to pierwsza kadencja Obwinionej na stanowisku Wójta - od 22 listopada 2018 r.). W sprawie nie wystąpiły okoliczności, które pozwalałyby na zastosowanie nadzwyczajnej instytucji, jaką jest odstąpienie od wymierzenia kary, o co wnioskował Pełnomocnik Obwinionej. W ocenie Komisji 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.

Odwołanie Obwinionego

Obwiniony – Pani (...) wniesionym odwołaniem z dnia 05.11.2020 r., działając na podstawie art. 137 ust. 5 w zw. z art. 138 ust. 2 uondfp, zaskarżyła orzeczenie o sygn.:

RIO/KO/4111/24/2020 Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych Nr RIO/KO/4111/24/2020 z dnia 29 września 2020 r., które zostało doręczone pełnomocnikowi Obwinionej wraz z uzasadnieniem w dniu 23 października 2020 r. Odwołanie na korzyść Obwinione zostało zaskarżone w całości i zarzucono mu:

1) naruszenie przepisów prawa tj.:

- a) art. 17 ust. 3, uondfp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), poprzez ich niewłaściwą wykładnię, która doprowadziła do błędnego uznania przez komisję

orzekającą, iż czynności unieważnienia postępowania przetargowego stanowiły czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych;

- b) art. 19 ust. 2 uondfp poprzez jego niewłaściwą wykładnię, która pomimo iż odwołującej nie sposób przypisać winy, doprowadziła do uznania iż odwołująca ponosi odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;
- c) art. 28 uondfp przez jego niezastosowanie pomimo iż, stopień społecznej szkodliwości działania odwołującej, jest znikomy, co niweczy możliwość uznania iż zachodzi po jej stronie do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;
- d) art. 36 uondfp, poprzez brak zastosowania instytucji odstąpienia od wymierzenia kary, w sytuacji, której okoliczności faktyczne niniejszej sprawy w pełni uzasadniają takie rozwiązanie.

Wskazując na powyższe zarzuty pełnomocnik Obwinionej wniósł o:

- 1) zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uznanie iż obwiniona nie popełniła czynu, naruszającego dyscyplinę finansów publicznych

ewentualnie

- 2) w sytuacji uznania iż czyn obwinionej naruszał dyscyplinę finansów publicznych, zmianę orzeczenia poprzez odstąpienie od wymierzenia kary.

W ramach uzasadnienia odwołania zostało wskazane, co następuje.

Ustalenia stanu faktycznego, które potwierdza Obwiniona.

Obwiniona potwierdza, że w dniu 20 grudnia 2019 r., Gmina, której obwiniona jest wójtem, wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „ Dostawa fabrycznie nowego ciągnika rolniczego wraz z dodatkowym osprzętem”. Jako zamawiającego wskazano Gminę (...).

W dniu zaplanowanym przez zamawiającego, na dzień otwarcia ofert tj. w dniu 30 grudnia 2019 r., podczas czynności badania, okazało się, że postępowanie niniejsze obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą prawną, polegającą na tym, że w załączniku nr 3 i nr 10 do uchwały budżetowej przedmiotowe zadanie inwestycyjne zostało zapisane jako Dotacja dla ZUK na zakup ciągnika rolniczego 110 KM z ładowaczem czołowym, co wskazywało na realizację zadania przez Zakład Usług Komunalnych w (...), który powinien występować w tak

wskazanych zapisach uchwały budżetowej po stronie Zamawiającego, ewentualnie upoważnić Gminę (...) do występowania w jego imieniu. Wskazuję również, że Załącznik nr 11 do budżetu nie odzwierciedlał powyższych zapisów, co powodowało kolejne rozbieżności.

Dowód 1) wyjaśnienia obwinionej na etapie postępowania sprawdzającego (w aktach)

Powyższe było powodem unieważnienia postępowania na podstawie wady prawnej nie nadającej się do usunięcia, co nastąpiło zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).

Następnie kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) zostało wszczęte po podjęciu przez Radę Gminy Uchwały Nr (...) zmieniającej uchwałę nr (...) Rady Gminy z dnia 9 grudnia 2019r. w sprawie uchwalenia budżetu Gminy (...) na 2020 rok, w której dokonano zmiany formy zakupu ciągnika rolniczego z dotacji dla zakładu budżetowego na zakup przez gminę oraz doprecyzowano nazwę zadania.

W kolejnym postępowaniu, nieobarczonym wadą prawną, w którym złożone oferty okazały się być korzystniejsze niż te złożone w pierwszym przetargu. Gmina zakupiła więc ciągnik dla ZUK po cenie korzystniejszej niż w pierwszym postępowaniu przetargowym

Ocena działania Obwinionej w świetle przepisów prawa.

W ocenie Obwinionej wada prawna, która stanowiła podstawę do unieważnienia postępowania była niemożliwa do usunięcia. Po pierwsze wskazać należy, że ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 869 z późn. zm.) stanowi, że jednostka sektora finansów publicznych, umocowana jest do zaciągania zobowiązań wyłącznie w zakresie wskazanym w jej planie finansowym. Zaciąganie zobowiązań wykraczających poza plan finansowy stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nawet w sytuacji, w której plan ten zostanie w późniejszym czasie zmieniony. W przedmiotowej sprawie istniały rozbieżności zapisów uchwały budżetowej, które z jednej strony przy wszczętym przez Zamawiającego zamówieniu, nie dawały możliwości wyboru wykonawcy ze względu na brak zabezpieczenia finansowania, z drugiej strony nasuwały poważne wątpliwości w zakresie właściwego określenia podmiotu Zamawiającego, którym przy zapisach w uchwale budżetowej „dotacja dla ZUK”, powinien być właśnie Zakład

Budżetowy Gminy. Wójt Gminy będący kierownikiem Zamawiającego, którym była Gmina (...), nie posiadał uprawnień do rozwiązania istniejących rozbieżności, w związku z czym, obawiając się o możliwość zaistnienia sytuacji wyboru wykonawcy bez zapewnienia finansowania, unieważnił postępowanie dotknięte wadą, chcąc uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którym niewątpliwie byłoby prowadzenie postępowania i wybór wykonawcy, który z jednej strony obciążony był wadą braku legitymacji występowania jako Zamawiający, z drugiej brakiem środków finansowych w budżecie. Wyłącznie uprawnionym do zmiany istniejącego stanu rozbieżności zapisów uchwały budżetowej była Rada Gminy, która mogła zdecydować o zmianie uchwały poprzez przesunięcie środków na stronę gminy, lub pozostawienie tych środków po stronie dotacji dla ZUK.

Po przeprowadzeniu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Gmina zakupiła ciągnik dla ZUK po cenie korzystniejszej niż w pierwszym postępowaniu przetargowym. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zostały naruszone żadne zasady transparentności czy konkurencyjności. Do postępowania mogli przystąpić wszyscy oferenci zainteresowani ogłoszeniem o przetargu.

W przedmiotowej sprawie, nie uszczuplono żadnych należności publicznych, a zachowanie Wójta unieważniające przetarg, nastawione było wyłącznie na wyeliminowanie realnej i spodziewanej możliwości naruszenia dyscypliny finansów, którym z pewnością byłby wybór oferty, przy pierwotnie, niejasnych i wątpliwych zapisach uchwały budżetowej gminy, które nie zapewniały właściwego finansowania ostatecznie zrealizowanego zamówienia.

Procedura udzielenia zamówienia publicznego odbyła się w sposób przejrzysty z zachowaniem zasad konkurencyjności. Wybrany wykonawca spełnił kryteria wymagane przez Zamawiającego oferując niższą cenę za przedmiot zamówienia.

Następnie Obwiniona wskazała, że unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oznaczone nr (...), Zamawiający kierował się dyscypliną finansów publicznych. Ustawa o finansach publicznych wymaga, aby zamawiający zaciągał zobowiązania w zakresie przewidzianym w swoim planie budżetowym. Jeśli zamówienie wykraczało w ówczesnym brzmieniu uchwały budżetowej z 2019 r. poza zakres wydatków w nim przewidzianych, stanowiło to, zdaniem Zamawiającego, naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Konsekwencją braku ujęcia w planie budżetowym tego zadania jako zadanie Gminy był brak możliwości określenia wartości zamówienia tj. kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", czyli wartości wynikającej z planu finansowego jednostki uwzględniającej podatek VAT. Zamawiający zobowiązany jest odczytać ją podczas sesji otwarcia ofert i w oparciu o nią dokonać oceny, czy może zawrzeć umowę z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Kwota ta powinna już odzwierciedlać możliwości zamawiającego wynikające z odpowiedniego dokumentu finansowego jednostki. Powinna więc być to, co do zasady, wartość wynikająca wprost z budżetu oznaczająca środki, jakie mają być przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji zamówienia.

Z powyższego względu, zdaniem Obwinionej, należy przyjąć, iż do dnia otwarcia ofert zamawiający, który wszczął postępowanie na wykonanie zamówienia nieuwzględnionego w budżecie powinien uzyskać zabezpieczenie środków finansowych odzwierciedlone w planie finansowym. Konsekwencją braku potwierdzonych środków na realizację przedmiotu zamówienia na tym etapie była konieczność unieważnienia postępowania, co zostało w sprawie uczynione.

Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Obwiniona wskazała w uzasadnieniu prawnym odwołania, iż Jej działania nie naruszały dyscypliny finansów publicznych, a sama Obwiniona nie powinna ponosić z tego tytułu odpowiedzialności. Wada prawna, którą dotknięte było postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego była wadą, w ocenie Obwinionej niemożliwą do usunięcia. Właściwa interpretacja art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, która dała podstawę obwinionej do unieważnienia postępowania, powinna być rozpatrywana przez pryzmat wszelkich możliwych przesłanek unieważnienia, a nie tylko tych, które wskazane są w art. 146 ust. 1 ustawy. (Vide: Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV).

Wszelkiego rodzaju wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, zdaniem Obwinionej, stanowią przesłankę do unieważnienia postępowania. Wada, która miała miejsce w pierwotnie wszczętym przez Gminę (...) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w ocenie obwinionej była wadą niemożliwą do usunięcia. Nie jest tak, jak zawarte zostało w zaskarżonym orzeczeniu, że wada była usuwalna co obwiniona

uczyniła. Prawdą jest, że rada Gminy w (...), na zwołanej z inicjatywy obwinionej sesji nadzwyczajnej, która odbyła się w dniu 7 stycznia 2020 r., zmienione zostały zapisy uchwały budżetowej, tym niemniej pozornie kosmetyczne zabiegi w treści uchwały budżetowej, miały daleko idące znaczenie. Jak zostało wskazane w treści odwołania przy braku unieważnienia postępowania, nie można było, w ocenie obwinionej dokonać zarówno skutecznej oceny ofert złożonych przez oferentów, jak i podpisać ewentualnej umowy. Pozwoliły na to zmiany uchwały budżetowej, które dały legitymację do wszczęcia nowego zamówienia na zakup tożsamego ciągnika dla ZUK. Obwiniona wskazuje, że Jej działania, co potwierdzają dokumenty, Jej zeznania złożone przed Regionalną Komisją Orzekającą oraz zeznania świadka Pani (...), nie dają podstaw do przypisania Obwinionej winy, choćby w postaci nieumyślnej. Wszelkie działania podejmowane przez obwinioną miały na względzie uniknięcie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Motywacja Obwinionej służyła wyłącznie zapobieżeniu sytuacji, w której podpisana zostałaby umowa z wykonawcą, pomimo braku należycie zabezpieczonych środków budżecie Gminy (...). W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że sprawie niniejszej, co zauważył również przewodniczący Regionalnej Komisji Orzekającej (w ustnych motywach rozstrzygnięcia), mamy do czynienia z paradoksem, bowiem działając w inicjatywie i motywach zmierzających do uniknięcia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, dyscyplinę (według Regionalnej Komisji Orzekającej) naruszono. Okoliczności te, z jednej strony uzasadniają brak winy po stronie obwinionej, co uniemożliwia przyjęcie, że doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, dają również pełną podstawę do zastosowania procedury odstąpienia od wymierzenia kary, w sytuacji w której przyjąć, że dyscyplina finansów została jednak naruszona. Zdaniem Obwinionej RKO, nie zastosowała jednak właściwie art. 19 ust. 2 oraz 36 uodnfp, z czym Obwiniona się nie godzi. W odwołaniu zostało również wskazane, dla umocnienia argumentacji dla zastosowania art. 36 w/w ustawy, oprócz braku świadomości Obwinionej oraz pozytywnej motywacji, zwrócić należy uwagę na pozytywną opinię Przewodniczącego Rady Gminy o pracy Obwinionej, oraz braku doświadczenia na stanowisku organu wykonawczego Gminy, bowiem jest to pierwsza kadencja obwinionej na tym stanowisku. Cele postępowania polegające osiągnięte zostały z całą pewnością, poprzez bardzo stresujące dla Obwinionej czynności wyjaśniające w niniejszej sprawie. Dla potwierdzenia braku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, należy w przedmiotowej sprawie poddać właściwej analizie również art. 28 uodnfp, czego jednak nie uczyniła RKO.

Zgodnie z treścią tego przepisu nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień społecznej szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy.

W ocenie Obwinionej, przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych (tak jak w niniejszej sprawie) a przy zarzucie naruszenia dyscypliny z art. 17 ust. 3 uondfp, pod uwagę bierze się sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W sprawie niniejszej w ponownym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zostały naruszone żadne zasady transparentności czy konkurencyjności. Do postępowania mogli przystąpić wszyscy oferenci zainteresowani ogłoszeniem o przetargu, na identycznych zasadach jak w przetargu pierwszym. Żaden z wykonawców nie zgłaszał zastrzeżeń do przetargu, nikt nie został wykluczony, parametry przetargu zostały utrzymane w 100%, żaden z wykonawców nie korzystał z trybu odwoławczego. Zakup ciągnika nastąpił w cenie korzystniejszej dla Gminy, aniżeli w przetargu unieważnionym. Trudno zatem, zdaniem Obwinionej, doszukać się złamania zasad transparentności oraz konkurencyjności, co uzasadnia, że stopień społecznej szkodliwości dla finansów publicznych, jest w niniejszej sprawie znikomy.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej zwana GKO), zważyła, co następuje.

GKO, po analizie materiału dowodowego uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO, zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego w czasie popełnienia czynu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp: jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. GKO po przeprowadzonej analizie uznała, że sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu popełnienia naruszenia, gdyż przepisy obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie były względniejsze dla sprawców. Nie uległy zmianie przepisy uondfp, zaś doszło do uchylecia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i tym

samym ujętego tam art. 93 zawierającego regulacje odnośnie czynności unieważnienia postępowania. W nowej regulacji ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320, z 2021 r. poz. 464) odpowiednikiem uchylonego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jest art. 255 pkt 6), którego brzmienie jest identyczne jak uchylonego przepisu. Stąd też uchylenie ustawy obowiązującej w momencie popełnienia czynu pozostaje bez wpływu dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

RKO w sposób prawidłowy dokonała również ustaleń odnoszących się do strony podmiotowej odpowiedzialności. Pani (...) pełniąca funkcję Wójta Gminy pozostaje bowiem w kręgu osób podlegających odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, według którego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych.

GKO także zauważa, że RKO w sposób całościowy i kompleksowy dokonała oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Tym samym GKO podzieliła w całej rozciągłości ustalenia faktyczne dokonane przez Komisję I instancji, dokonaną w tym zakresie ocenę zgromadzonego materiału dowodowego oraz kwalifikację prawną naruszenia przez Obwinioną dyscypliny finansów publicznych, stopień jego zawinienia i okoliczności towarzyszące popełnionym czynom. Obwiniona w treści wniesionego odwołania nie kwestionowała ustaleń faktycznych w tym zakresie.

RKO w uzasadnieniu wydanego w dniu 29 września 2020 r. orzeczenia w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt Nr (...) oceniła, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych czynów przypisanych Obwinionemu jest wyższy niż znikomy (art. 28 ust. 1 uondfp), którą to ocenę GKO podzieliła w całej rozciągłości. Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych opisanych wyżej naruszeń dyscypliny finansów publicznych RKO uwzględniła przede wszystkim wagę naruszonych obowiązków, a także sposób i okoliczności ich naruszenia (art. 28 ust. 1a uondfp).

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

Oceniając stopień zawinienia Obwinionej Pani (...), mając na względzie treść art. 19 ust. 2 uondfp (według którego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia), RKO rozważyła, czy Obwiniony miał możliwość innego zachowania, które pozwoliłoby uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Doszła w tym zakresie do przekonania, że obiektywnie taka możliwość istniała, w szczególności nie wystąpiły przeszkody uniemożliwiające zmianę uchwały budżetowej jeszcze w trakcie trwania pierwszego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe stanowisko RKO podziela w całej rozciągłości wskazując dodatkowo, że jeżeli zmiana przedmiotowej uchwały została dokonana zaraz po unieważnieniu pierwszego z postępowań nic nie stało na przeszkodzie aby takiej zmiany dokonać w trakcie trwającego postępowania, którego zostało w sposób niezgodny z prawem unieważnione.

Stąd w ocenie RKO wina Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na niezgodnym z prawem unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wypełniało hipotezę normy prawnej ujętej w treści art. 17 ust. 3 uondfp.

Mając na uwadze powyższe GKO w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę w całości podzieliła ustalenia faktyczne oraz kwalifikację prawną naruszenia dokonaną przez RKO i tym samym stwierdza, że złożone przez Obwinioną odwołanie nie może być uwzględnione. Należy stwierdzić, że stan faktyczny został w toku dotychczasowego postępowania ustalony w sposób prawidłowy i nie jest przedmiotem sporu.

Główna Komisja Orzekająca za prawidłową uznaje ocenę dokonaną przez Komisję I instancji, że w stwierdzonym stanie faktycznym uzasadnione jest stanowisko, zgodnie z którym działanie Obwinionej polegające na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych stanowiło nadużycie tej instytucji nie znajdujące podstaw w istniejącym w sprawie stanie faktycznym.

Należy przy tym zaznaczyć, że w złożonym odwołaniu Obwiniona nie przytacza nowych argumentów mających przemawiać na rzecz Jej uniewinnienia, lecz zmierza do wyłączenia swojej winy upatrując ekskulpacji w fakcie przeprowadzenia nowego postępowania, w

którym oferty mogli wziąć udział wszyscy dotychczasowi wykonawcy (wykonawcy biorący udział w pierwszym – unieważnionym postępowaniu). Odnosząc się do tego ostatniego argumentu GKO wskazuje, że brak jest jakiegokolwiek normatywnej podstawy do takiego założenia. Nadto przyjęcie takiej tezy umożliwiałoby niemal każdemu podmiotowi zamawiającemu wszczynanie i na dowolnym etapie unieważnianie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego celem przeprowadzenia procedury od nowa z udziałem tych samych wykonawców, np. celem uzyskania niższych cen lub korzystniejszych warunków realizacji przedmiotu zamówienia (przy współistniejących z kryterium ceny kryteriach pozacenowych).

Jak słusznie wskazała RKO w uzasadnieniu zaskarżonego przeczenia unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do zapisów zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieusuwalna wada postępowania to taka wada, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, w taki sposób, że powoduje jej bezwzględną nieważność zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Jest to wada uniemożliwiająca obiektywne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Przesłanka ujęta w treści art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powinna być interpretowana ściśle i zakazane jest dokonywanie rozszerzającej wykładni tego przepisu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest swego rodzaju przyrzeczeniem publicznym a jego celem jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gmina jako organ założycielski do spółki komunalnej, dla której nabywany był ciągnika rolniczego mogła a czasami miała obowiązek prowadzić postępowanie w imieniu i na rzecz tej jednostki prowadzonej w formie zakładu budżetowego, zaś wskazanie w pierwotnej uchwale budżetowej, że środki na zakup ww. przedmiotu stanowiły „dotację dla (...)” nie stanowiły, w ocenie GKO, przeszkody do kontynuowania i sfinalizowania postępowania. Ciągnik ten po

jego nabyciu przez Gminę mógł zostać w dowolnej formie wniesiony do majątku (...) prowadzonego jako zakład budżetowy.

Jak wynika z ustaleń GKO otwarcie ofert w pierwszym postępowaniu nastąpiło dnia 30.12.2019 r., termin związania ofert wynosił 30 dni i upływał 29.01.2020 r. Zmiana wskazanej przez Obwinioną uchwały budżetowej nastąpiła dnia 07.01.2020 r. – a więc w czasie związania ofertami wykonawców umożliwiającym kontynuowanie i rozstrzygnięcie pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezwyczajnie istotną okolicznością w ocenie niniejszego stanu faktycznego jest okoliczność, że drugie z postępowań zostało przeprowadzone przez tego samego Zamawiającego (Gminę ...), z identycznymi warunkami zamówienia, opisem jego przedmiotu i jedynie nieznaczną modyfikacją kryteriów oceny ofert. Z drugiej strony jeżeli Gmina dokonała zmiany uchwały budżetowej, która według Obwinionej (czego GKO w niniejszym składzie nie podziela) stanowiła przeszkodę w prowadzeniu i rozstrzygnięciu postępowania nic nie stało na przeszkodzie aby taka zmiana została dokonana w toku pierwszego, niezasadnie unieważnionego postępowania.

Jak wynika z ustaleń akt postępowania to jeden z wykonawców, który w pierwszym postępowaniu złożył najkorzystniejszą ofertę powiadomił organ kontroli w osobie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o niezasadnym postępowaniu, które poskutkowało zawiadomieniem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych i tym samym wszczęciem postępowania (zakończonego uznaniem Obwinionej winną przez Komisję I Instancji).

Zdaniem GKO, przypisane Obwinionej naruszenie przepisów miało wpływ na wynik postępowania, gdyż w drugim postępowaniu została wybrana oferta innego wykonawcy niż wynikało z rankingu ofert pierwszego z nich – niezasadnie unieważnionego przez Gminę (...).

Zwrócić w tym wypadku należy również uwagę, że zarówno pierwsze, jak i drugie z postępowań były prowadzone w trybach poniżej progów unijnych (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem (...) w dniu 20.12.2019 r., a więc na mocy art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wykonawcom nie przysługiwało od czynności unieważnienia postępowania odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Stąd też wykonawca (...) skierował do Gminy (...) w dniu

02.01.2020 r. oraz w dniu 22.01.2020 r. dwa kolejne pisma z zawiadomieniem o dokonaniu niezgodnej z prawem czynności unieważnienia postępowania, zwracając m.in. uwagę na fakt, iż drugie postępowanie zostało przeprowadzone przez tego samego zamawiającego.

Tożsamej treści zawiadomienie zostało również skierowane przez ww. wykonawcę do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych celem wszczęcia kontroli. Nie jest zatem tak, iż żaden z wykonawców biorących udział w pierwszym z postępowań nie zgłaszał zastrzeżeń do jego przebiegu. Dodatkowo zawiadomienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skierowane do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego dla Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy poskutkowało sporządzeniem i wniesieniem w dniu 15.07.2020 r. wniosku o ukaranie.

W ocenie GKO niewątpliwym jest, że stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż pierwsze postępowanie, które mogło i powinno być kontynuowane nie zostało rozstrzygnięte przez wybór oferty najkorzystniejszej. Wykonawca (...), który złożył w jego trakcie najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę miał prawo zakładać, iż to jego oferta zostanie wyłoniona w postępowaniu i z nim zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Jak wyżej zostało wskazane ogłoszenie postępowania stanowi swego rodzaju przyrzeczenie publiczne i winno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bez znaczenia również pozostaje okoliczność, że w drugim z postępowań uzyskano cenę korzystniejszą niż w pierwszym postępowaniu. Jeżeli celem Zamawiającego było uzyskanie tylko takiego efektu to wskazać należy, że temu nie służy zwykła procedura przetargu nieograniczonego, lecz korzystniejsze postąpienia można uzyskać przeprowadzając aukcję elektroniczną (ówczesny art. 91a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych).

W ocenie GKO, wbrew stanowisku wyrażonemu w treści wniesionego odwołania, brak było podstaw do założenia, że tylko unieważnienie pierwszego postępowania pozwoli uniknąć Obwinionej naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez podpisanie umowy z wykonawcą, pomimo braku należycie zabezpieczonych środków w budżecie Gminy, gdyż zapobiec temu mogła stosowna zmiana uchwały w trakcie trwania pierwszego z postępowań.

Obwiniona miała nie tylko możliwość uniknięcia naruszenia, a jeżeli taka sytuacja nie wystąpiła, to wynikała jedynie z braku należytej staranności wymaganej od osoby, której funkcja obejmowała nadzór nad poprawnością funkcjonowania jednostki. Jak wynika jednak z podejmowanych działań możliwa była zmiana uchwały budżetowej w przeciągu zaledwie kilku dni – a więc w 30 dniowym terminie związania ofertą. Mając na uwadze powyższe GKO nie dopatrzyła się, wskazanego we wniesionym odwołaniu, naruszenia przez RKO art. 17 ust. 3 uondfp przez jego niewłaściwą, zdaniem Obwinionej, wykładnię, jak również nie dopatrzyła się naruszenia art. 19 ust. 2 uondfp w zakresie przypisania winy oraz art. 36 uondfp przez brak zastosowania instytucji odstąpienia od wymierzenia kary.

GKO w niniejszym składzie, w ślad za RKO oceniła, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych czynów przypisanych Obwinionemu jest wyższy niż znikomy (art. 28 ust. 1 uondfp). Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych opisanych wyżej naruszeń dyscypliny finansów publicznych GKO, za Komisja I instancji, uwzględniła przede wszystkim wagę naruszonych obowiązków, a także sposób i okoliczności ich naruszenia (art. 28 ust. 1a uondfp).

Jedynie na marginesie GKO zwraca uwagę, iż RKO, mając powyższe na względzie, wymierzyła Obwinionej najniższą z możliwych kar, tj. karę upomnienia.

Reasumując, zdaniem GKO, wskazane przez RKO przepisy prawa materialnego (źródłowego) zostały naruszone, a tym samym zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych i należało oddalić odwołanie Pani (...) i utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie.

Mając na uwadze powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji orzeczenia.