

*Ryszard Szostak**

Z problematyki odpowiedzialności „kierownika zamawiającego” za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych

I. Ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹ określa – nieco wbrew swojej nazwie – zasady odpowiedzialności o charakterze represyjnym, a nie tylko porządkowym. Jej cele nie ograniczają się bowiem jedynie do samego zdyscyplinowania urzędników przy gospodarowaniu środkami publicznymi, lecz wiążą się bezpośrednio ze środkami typowo penalnymi, właściwymi dla odpowiedzialności karnej, na co wskazuje zwłaszcza operowanie karą pieniężną i zakazem zajmowania stanowisk kierowniczych, a także karnistyczna konstrukcja winy. Uwzględniając jednak administracyjny charakter postępowania zmierzającego do ukarania obwinionego,

* Dr hab. prof. nadzw. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.

¹ Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm. – dalej: „ustawa z 17 grudnia 2004 r.”.

odpowiedzialność ta przedstawia się jako karno-administracyjna². Przy jej stosowaniu rygorystycznie przestrzegać należy zatem konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege* (art. 42 Konst.) i związanych z nią gwarancji, ponieważ dotyczy ona nie tylko odpowiedzialności karnej *sensu stricto* (za przestępstwa), ale także innych form odpowiedzialności związanych z karaniem ludzi³. W świetle zaś zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konst.) gwarancje zawarte w rozdz. II Konstytucji odnoszą się do wszelkich postępowań represyjnych, mających na celu poddanie jednostki (obywatela) jakiejś formie ukarania⁴. W odniesieniu do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oznacza to przede wszystkim konieczność poszanowania zasady ustawowego określenia czynu zabronionego, zakazu wykładni rozszerzającej i wnioskowania przez analogię oraz podstawowych gwarancji procesowych obwinionego. Przestrzeganie tych wymagań napotyka liczne trudności w orzecznictwie, ponieważ reguły tworzące reżim (dyscyplinę) gospodarki finansowej oraz zamówień publicznych, których naruszenie jest karalne, zawarte są w kilku odrębnych ustawach.

Objęcie uchybień popełnianych przez osoby reprezentujące zamawiającego w toku udzielania zamówień publicznych odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podyktowane zostało względami funkcjonalnymi. Ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych, zwłaszcza wynikające z obligatoryjnych procedur przedumownych mają na celu przede wszystkim zapewnienie dostatecznej efektywności wydatków publicznych w rozumieniu ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵. Wydatki publiczne przewi-

² Por. W. Radecki, *Normatywne ujęcie wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo”, 2003, nr 2, s. 73 i n.; D. Szumilo-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne czy nowa dziedzina prawa?*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 3 i n.; A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 17 i n.; T. Bojarski, *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3, s. 99 i n.; P. Gryśka, T. Robaczyński, *Dyscyplina finansów publicznych*, Warszawa 2006, s. 8 i n. oraz R. Szostak, *Odpowiedzialność karno-administracyjna za uchybienia popełnione przy udzielaniu zamówień publicznych* [w:] *Finanse jako przedmiot badań interdyscyplinarnych*, S. Owsiak (red.), Kraków 2007, s. 121 i n.

³ Por. też art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

⁴ Por. D. Szumilo-Kulczycka, *op. cit.*, s. 3 i n. oraz A. Bojańczyk, *op. cit.*, s. 17 i n.

⁵ Dz.U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.

dziane na sfinansowanie dostaw, usług lub robót powinny być nie tylko celowe, ale i dokonywane oszczędnie, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, w sposób umożliwiający terminową realizację finansowanych nimi zadań publicznych. Przy zaciąganiu zobowiązań umownych liczy się zatem przejrzystość i efektywny wybór wykonawcy, zdolnego do należytego wykonania zamówienia, a także zachowanie ekwiwalentności świadczeń stron. W szczególności nie można dopuszczać do zaburzenia równowagi ekonomicznej transakcji na niekorzyść zamawiającego. Stosowane od kilkuset lat ograniczenia swobody kontraktowej i towarzyszące im procedury mają zapobiegać różnym patologiom związanym z brakiem dostatecznego nadzoru właścicielskiego przy gospodarowaniu środkami publicznymi⁶. Dlatego podstawowe trudności w stosowaniu prawa zamówień publicznych, a pośrednio także w dochodzeniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wynikają stąd, że nakazane ustawowo przy udzielaniu tych zamówień czynności przedumowne w obrocie powszechnym objęte są swobodą kontraktową. Podstawy odpowiedzialności muszą być zatem określone w sposób przejrzysty i wyczerpujący. Niestety, obowiązująca regulacja nie w pełni odpowiada temu założeniu⁷.

II. Ustawa z 17 grudnia 2004 r. nie zawiera ogólnej definicji „naruszenia dyscypliny finansów publicznych”, lecz w art. 5–18 wskazuje bezpośrednio na poszczególne typy naruszenia wymagań wyznaczonych ustawą o finansach publicznych, prawem zamówień publicznych lub inną ustawą dotyczącą publicznej gospodarki finansowej. Utrudnia to niewątpliwie rozpoznanie struktury czynu zabronionego, o niektórych bowiem jego elementach trzeba wnioskować z kazuistycznie ujętych zachowań karalnych.

Wyraźne ograniczenie podmiotowe wprowadza jednak art. 4, łącząc powyższą odpowiedzialność tylko z zachowaniami a) osób wcho-

⁶ Por. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 27.

⁷ Por. też K. Borowska, A. Kościańska-Paszowska, *Niektóre bariery dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – wnioski de lege ferenda i de lege lata* (cz. 1 i 2), „Finanse Komunalne” 2008, nr 12, s. 30 i n. oraz 2009, nr 1–2, s. 31 i n.

dzących w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych bądź innej jednostki otrzymującej środki publiczne albo organu zarządzającego mieniem tych jednostek, b) kierowników jednostek sektora finansów publicznych, c) pracowników jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych, d) osób gospodarujących środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczonym do sektora finansów publicznych. Niektóre z powyższych kategorii podmiotowych krzyżują się, zwłaszcza w odniesieniu do funkcjonariuszy jednostek sektora finansów publicznych (organy, kierownicy, pracownicy). Sytuację ratuje nieco art. 2 ustawy, zgodnie z którym określenia: „jednostka finansów publicznych”, „środki publiczne”, a także „budżet” i „plan” występują w znaczeniu nadanym przepisami ustawy o finansach publicznych (art. 4).

Objęcie odpowiedzialnością osób, wprawdzie gospodarujących środkami publicznymi, lecz poza sektorem finansów publicznych, wyraźnie rozszerza jej zakres ponad granice typowej odpowiedzialności administracyjnej związanej z zależnością służbową⁸. Nieco więcej wnosi tu art. 19 ustawy, stanowiący, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, w sposób zawiniony, w tym osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. W zakresie zatem swojego podstawowego warunku polegającego na popełnieniu czynu ustawowo zakazanego i zawinionego, odpowiedzialność ta zbliża się do konstrukcji odpowiedzialności karnej⁹ (umocnionej do-

⁸ W odniesieniu do takich osób bardziej właściwa – z uwagi na konstytucyjne gwarancje – byłaby odpowiedzialność karno-sądowa. Por. też wątpliwości przedstawione przez J. M. Salachnę, *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Publiczne” 2005, nr 6, s. 34 i n.

⁹ Por. zwłaszcza P. Kryczko, *Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* [w:] *Materiały konferencyjne z ogólnopolskiej konferencji naukowej „Sanacja finansów publicznych w Polsce – aspekty prawne i ekonomiczne”*, K. Świąch, A. Zalczewicz (red.), Szczecin 2005, s. 404 i n.; C. Kosikowski, *Odpowiedzialność za naruszenie reżimu prawnego finansów publicznych (nowa koncepcja)*, „Państwo

datkowo karnistycznym ujęciem winy w art. 22–23), co wpływa przede wszystkim na reguły wykładni przepisów ustawy z 17 grudnia 2004 r.

W odniesieniu do zamówień publicznych naruszenie dyscypliny finansów publicznych polega na popełnieniu a) ustawowo zakazanych uchybień względem wymagań proceduralnych obowiązujących przy udzielaniu zamówienia, b) doprowadzeniu do zakazanej zmiany umowy o zamówienie publiczne albo c) dopuszczeniu przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia przez inną osobę niektórych naruszeń dyscypliny wskutek zaniedbania lub niewypelnienia obowiązków w zakresie kontroli. Dodatkowo d) kilka uchybień w sferze gospodarki finansowej wiąże się bezpośrednio z udzielaniem lub wykonywaniem tego rodzaju zamówień, zwłaszcza zaciągnięcie zobowiązania ponad zaplanowany limit wydatkowy bądź z przekroczeniem zakresu upoważnienia, niedochodzenie kar umownych i dopuszczenie do konieczności zapłaty odsetek z tytułu spóźnienia w zapłacie ceny (wynagrodzenia) należnej wykonawcy. Podstawowe znaczenie mają uchybienia proceduralne objęte art. 17–17a ustawy z 7 grudnia 2004 r. Wyodrębnienie przepisów o naruszeniach zasad udzielania koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 17a), podobnie jak i regulacji samej koncesji w osobnej ustawie¹⁰ nie jest rozwiązaniem fortunnym (powtórzenia), tym bardziej, że dyrektywy europejskie ujmują koncesje w kategoriach zwyczajnych zamówień publicznych.

Ustalenie osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych napotyka niekiedy trudności, ponieważ administracyjna regulacja reżimu finansowego nie jest dostatecznie spójna z regulacją udzielania zamówień publicznych, a tym bardziej z unormowaniami zawierania i wykonywania umów majątkowych. Tymczasem podstawowym warunkiem odpowiedzialności represyjnej jest zasada ustawowej określoności czynu zabronionego, także co do jego okoliczności podmiotowych. Według art. 18 Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kie-

i Prawo” 2006, nr 12, s. 3 i n.; P. Gryśka, T. Robaczyński, *op. cit.*, s. 9 i n.; R. Szostak, *Odpowiedzialność... , op. cit.*, s. 121 i n. oraz W. Fill, *Charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6, s. 63 i n.

¹⁰ Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101).

rownik zamawiającego albo inna osoba, której powierzono określone czynności przygotowawcze lub proceduralne. Jeżeli zaś przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych zastrzeżone jest dla organu innego niż kierownik, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się do tego organu. Z jednej strony szerokie ujęcie „odpowiedzialnego kierownika” w art. 18 Pzp wykracza daleko poza pojęcie „kierownika jednostki sektora finansów publicznych” oraz „osoby gospodarującej środkami publicznymi” w jednostce niezaliczanej do tego sektora, z drugiej zaś strony art. 18 Pzp pomija zupełnie osoby udzielające zamówień i zawierające umowy, które nie posiadają statusu „kierownika”, (innego organu), ani nawet osób, którym powierzono określone czynności, np. gdy zamówienia finansowanego ze środków publicznych udzieliła bezpośrednio (we własnym imieniu) osoba fizyczna. Poza tym niejasna jest relacja pojęciowa pomiędzy „kierownikiem zamawiającego” a „osobą odpowiedzialną za gospodarowanie środkami publicznymi” w jednostce spoza sektora finansów publicznych.

W rezultacie, w imię zasad odpowiedzialności represyjnej podstawowe znaczenie przypisać trzeba unormowaniu z art. 4 ustawy z 17 grudnia 2004 r. Operujące zaś „odpowiedzialnością za przygotowanie i udzielenie zamówienia” przepisy art. 18 Pzp mogą mieć co najwyżej znaczenie pomocnicze. Z uwagi na charakterystyczne tylko dla reżimu sektora finansów publicznych pojęcia „kierownika”, przepis art. 18 Pzp wymaga odpowiedniej korekty legislacyjnej, uwzględniającej zasady zastępowania Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i innych osób prawa publicznego przy przygotowaniu i zawieraniu umów cywilnoprawnych¹¹. Ponadto, organy zarządzające wielu osób prawa publicznego, zwłaszcza spółek (przedsiębiorstw) użyteczności publicznej, pomimo deklarowanej „odpowiedzialności” w rozumieniu art. 18 Pzp, w ogóle nie podlegają reżimowi dyscypliny finansów publicznych, chyba że wyjątkowo, jako „osoby gospodarujące środkami publicznymi”.

¹¹ Por. B. Gnela, *O potrzebie prawidłowego określenia zamawiającego w ustawie Prawo Zamówień Publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 15 i n.

III. Określenie „osoba gospodarująca środkami publicznymi” indywidualizuje czyn zabroniony, ponieważ sprawcą może być wyłącznie osoba posiadająca pewne szczególne cechy, które jednak nie zostały ustawowo uszczegółowione. Na gruncie gramatycznej wykładni tego zwrotu (języka potocznego) chodzi niewątpliwie o osoby bezpośrednio zaciągające zobowiązania pieniężne lub co najmniej kierujące zaciąganiem takich zobowiązań. Dyscyplina finansowa rozciąga się oczywiście także na czynności poprzedzające zawarcie umowy majątkowej obejmującej zaciągnięte zobowiązanie. Przy wydatkach w pierwszej kolejności liczą się kompetencje statutowe, ponieważ nie chodzi przecież o jakiegokolwiek zobowiązania, lecz wyłącznie o zobowiązania zaciągane w imieniu jednostki, której przekazano środki publiczne. Podstawą identyfikacji osoby odpowiedzialnej powinny być zatem dyspozycje właściwej ustawy ustrojowej (np. kodeksu spółek handlowych, prawa o stowarzyszeniach, ustawy o fundacjach) i opartego na niej statutu, wskazujące zwłaszcza na organy zarządzające tych jednostek. Na tej samej podstawie ustalać trzeba także dopuszczalność powierzenia dalszym osobom powinności z zakresu zaciągania zobowiązań finansowych i zasady sprawowanego w tym zakresie nadzoru, który niewątpliwie mieści się w pojęciu „gospodarowania środkami publicznymi”. Problem jednak w tym, że, o ile samo zaciąganie zobowiązań majątkowych przez wskazane podmioty regulowane jest ustawowo w stopniu umożliwiającym postawienie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o tyle na ogół brak dostatecznej regulacji wykonywania nadzoru finansowego. Tymczasem w niektórych jednostkach, zwłaszcza w stowarzyszeniach i fundacjach, coraz częściej ujawniają się zaniedbania w kontroli nad osobami dokonującymi wydatków z powierzonych środków publicznych¹². Z drugiej

¹² Według przepisów art. 3 ust. 5–6 Pzp, wyznaczających granice stosowania reżimu prawa zamówień publicznych przez jednostki prywatne, chodzi o zamówienia budowlane dotyczące obiektów użyteczności publicznej o wartości przekraczającej 5.150 tys. euro, finansowane w ponad 50% ze środków publicznych, a także o jakiegokolwiek zamówienia finansowane ze środków publicznych, jeśli ich przyznanie uzależnione zostało od zastosowania procedur przewidzianych prawem zamówień publicznych. Na tle ciągłe utrzymujących się zagrożeń dyscypliny finansowej nasuwa się krytyczna uwaga odnośnie do projektowanego skreślenia art. 3 pkt 6 Pzp, co doprowadzi do znacznego wyłączenia reżimu prawa zamówień publicznych względem instytucji prywatnych wydatkujących

jednak strony, z art. 4 pkt 1 analizowanej ustawy wynika pośrednio, że osobą odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych może być „osoba wchodząca w skład organu wykonującego plan finansowy”, nawet wykreowany fakultatywnie w jednostce funkcjonującej poza sektorem finansów publicznych. Osoby upoważnione (przez organ zarządzający) nabywają zaś zdolność dyscyplinarną tylko w granicach powierzonych obowiązków. W konsekwencji, wzorem art. 296 kodeksu karnego należałoby wzbogacić przepis art. 4 pkt 4 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o zastrzeżenie wskazujące na osoby gospodarujące środkami publicznymi na podstawie ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy, natomiast w nowej ustawie o finansach publicznych pożądanym wydaje się dodatkowy przepis wymuszający obowiązkową kontrolę wewnętrzną nad gospodarowaniem środkami powierzonymi jednostkom niezaliczonym do sektora finansów publicznych. Obecnie obowiązujące przepisy przewidujące konieczność ustalenia trybu kontroli zadania finansowanego z dotacji bezpośrednio w umowie z beneficjentem o wykorzystanie dotacji (por. np. art. 209 ustawy o finansach publicznych) są niewystarczające, dotyczą bowiem wyłącznie „zewewnętrznej” kontroli wydatkowania powierzonych środków sprawowanej przez organ dotujący.

IV. Z punktu widzenia odpowiedzialności organu zarządzającego, zwłaszcza kierownika jednostki zamawiającej, doniosłe znaczenie mają przesłanki powierzenia obowiązków w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidzianych w przepisach o zamówieniach publicznych pracownikom zamawiającego¹³. Z naturalnych względów powierzenie czynności podwładnemu bądź innej osobie, z jednej strony ogranicza potencjalną odpowiedzialność kierownika, a z drugiej – kreuje odrębną podstawę odpowiedzialności innej osoby. W zakresie udzielania zamówień publicznych liczy się przede wszystkim odpowiedzialność członków komisji przetargowej i innych osób wykonujących czynności pomocnicze (por. art. 20 Pzp), z tym, że w świetle art. 4 pkt 3 ustawy

środki publiczne, a pośrednio także do osłabienia wynikającego z prawa europejskiego obowiązku zapewnienia przez władze krajowe należytej kontroli wydatkowania środków europejskich.

¹³ Por. Z. Kubot, *Czynności upoważniające w zakresie gospodarki finansowej*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 7–8, s. 25 i n.

z 17 grudnia 2004 r. brak podstaw do obciążenia odpowiedzialnością dyscyplinarną innych osób niż pracownicy jednostki sektora finansów publicznych. Z kolei w jednostkach niezaliczonych do tego sektora osoby pełniące funkcje pomocnicze trudno uznać za „gospodarujące środkami publicznymi”.

Wprawdzie powyższy przepis nie podaje, jakiego „powierzenia obowiązków” dotyczy, ani od kogo to „powierzenie” ma pochodzić, ale jego podmiotowe odniesienie do pracowników jednostki sektora finansów publicznych wskazuje wyraźnie na stosunek pracowniczy. Podstawowym jego źródłem jest umowa, wyjątkowo zaś decyzja lub inny akt administracyjny. W tym drugim przypadku trzeba też liczyć się z wolą pracownika, w imię zasady, że nawiązanie stosunku pracy oraz ustalenie warunków pracy i płacy, bez względu na podstawę stosunku, wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika (art. 11 kodeksu pracy). Najczęściej jednak powierzenie obowiązków, o których mowa w art. 4 pkt 3 ustawy następuje na mocy dodatkowego aktu umownego, potocznie zwanego „zakresem obowiązków”, stanowiącego doprecyzowanie umowy o pracę lub innego źródła stosunku pracy w odniesieniu do warunków pracy i płacy. Uzupełniającą rolę przy konkretyzacji indywidualnie ustalonych obowiązków odgrywać mogą ponadto właściwe przepisy administracyjne, a nawet regulaminy organizacyjne (pracownicze), czy regulaminy funkcjonowania komisji przetargowej. W szczególności, w oparciu o art. 21 ust. 3 Pzp kierownik zamawiającego określa skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonane czynności oraz przejrzystości prac. W odniesieniu do osób niemających statusu pracownika podstawą dopuszczenia do działania w komisji przetargowej powinna być umowa na warunkach zlecenia zobowiązująca do starannego wykonania powierzonych czynności, stanowiąca podstawę indywidualizacji odpowiedzialności cywilnoprawnej.

Umownego aktu powierzenia obowiązków, obligującego do starannego wykonania czynności z zakresu udzielania zamówień publicznych, nie można mylić z pełnomocnictwem, udzielanym (równolegle) pracownikowi lub innej osobie do podejmowania czynności prawnych, niezbędnych do zapewnienia prawidłowego toku postępowania o udzie-

lenie zamówienia publicznego, nie wspominając o upoważnieniu do podpisania umowy finalnej o zamówienie publiczne. Do ważniejszych czynności prawnych podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia należą ustalenie i udostępnienie konkurentom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty uchybiającej ustawie lub warunkom zamówienia i rozstrzygnięcie przetargu (innej procedury), które połączone jest z przyjęciem oferty najkorzystniejszej. Najczęściej jednak pełnomocnictwo w tym zakresie nie jest wyraźne, lecz dorozumiane. Jednostronna czynność prawna udzielenia pełnomocnictwa (przyjęcie nie jest potrzebne) należy do grupy czynności upoważniających, sama przez się nie rodzi po stronie upoważnionego pracownika żadnej powinności wykonania umocowania¹⁴. W konsekwencji, to nie akt pełnomocnictwa, lecz obligatoryjny akt powierzenia określonych obowiązków mu towarzyszących może być podstawą odpowiedzialności.

Powierzenie określonych obowiązków odbywa się zazwyczaj na stałe, rzadziej zaś tylko na pewien czas (oznaczony) – idzie zatem o powinność powtarzalnego ich wykonywania. Doraźnie z kolei operuje się tzw. poleceniem służbowym, które powinno być przez pracownika wykonane w ramach ogólnego obowiązku „stosowania się do poleceń przełożonych” (art. 100 § 1 kodeksu pracy). Z tego punktu widzenia odnotować należy art. 19 ust. 3 ustawy z 17 grudnia 2004 r., zgodnie z którym odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi także osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. Jest to szczególnie przypadek sprawstwa, a nie nakłaniania do czynu zabronionego, które w ogóle nie jest karalne. Dlatego w praktyce wątpliwości budzi art. 29 ust. 1 ustawy, stanowiący, że osoba która naruszyła dyscyplinę wskutek wykonania polecenia przełożonego (kierownika), dysponenta środków publicznych albo organu nadzorującego (założycielskiego) nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli przed wykonaniem polecenia zgłosiła pisemne zastrzeżenie i, pomimo tego zastrzeżenia, otrzymała pisemne potwierdzenie wykona-

¹⁴ Por. S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna*, t. II, Warszawa 1999, s. 296 i n. oraz M. Pazdan, *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 500 i n.

nia polecenia albo polecenie nie zostało odwołane (zmienione). W tym przypadku odpowiedzialność ponosi osoba, która podpisała się pod dyspozycją wykonania polecenia, a przy braku takiego dokumentu – osoba, która wydała polecenie. W szczególności zgłoszenie zastrzeżenia na piśmie przez podwładnego warunkujące wyłączenie jego odpowiedzialności uważane bywa za rozwiązanie nienaturalne. Potwierdza to również sporadyczne zastosowanie art. 29 ust. 1 ustawy, choć przypadki wydawania bezprawnych poleceń nie są rzadkie.

W piśmiennictwie¹⁵ zaznaczyl się pogląd, zgodnie z którym kierownik jednostki sektora finansów publicznych może powierzyć obowiązki z zakresu gospodarki finansowej i zamówień publicznych wyłącznie pracownikom zatrudnionym w danej jednostce na podstawie kodeksu pracy. W ogóle obowiązki takie nie mogą być wykonywane w oparciu o umowy cywilnoprawne. W praktyce powierza się je najczęściej zastępcom kierowników lub księgowym, choć nie ma przeszkód, aby cedować je również na pracowników niższego rzędu. Brak wszakże podstaw do bezpośredniej odpowiedzialności dyscyplinarnej za „winę w wyborze”, choć powszechnie zwraca się uwagę, że powierzenie obowiązków każdorazowo powinno nastąpić na rzecz osoby kompetentnej, skoro kierownik odpowiada za całość gospodarki finansowej, przede wszystkim w ramach odpowiedzialności służbowej¹⁶. Kierownik nie może jednak powierzyć swoim podwładnym wszystkich obowiązków z zakresu gospodarki finansowej. Do wyłącznej jego kompetencji zastrzega się reprezentowanie jednostki na zewnątrz, sprawowanie kontroli w rozumieniu art. 47 ustawy o finansach publicznych, nadzorowanie sprawozdawczości budżetowej oraz składanie oświadczeń woli (zaciąganie zobowiązań), gdy nic innego nie wynika z udzielonych mu upoważnień.

W przypadku odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez członków kolegiального organu zarządzającego (funduszu celowego, spółki kapitałowej, stowarzyszenia) konieczna jest

¹⁵ Por. M. Gluch, *Dyscyplina finansów publicznych*, Warszawa 2006, s. 582; E. Kowalczyk, *Odpowiedzialność kierownika i głównego księgowego jednostki sektora finansów publicznych w zakresie rachunkowości i gospodarki finansowej*, Gdańsk 2007, s. 160 oraz L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 960.

¹⁶ Por. zwłaszcza orzecznictwo powołane przez L. Lipiec-Warzechę, *op. cit.*

indywidualizacja odpowiedzialności. Podobnie zresztą jak w przypadku komisji przetargowej, która pełni funkcję pomocniczego zespołu zadaniowego zamawiającego. Możliwe są tu dwie sytuacje prawne. Funkcjonowanie organu (komisji) na zasadzie współdziałania przesądza często o tym, że podstawą odpowiedzialności jest współsprawstwo. Do elementów konstrukcyjnych współsprawstwa należy takie współdziałanie członków kolegium, że każdy z nich dopuszcza się czynu zabronionego, działając wspólnie i w porozumieniu z pozostałymi¹⁷. Jeśli zaś brak takiego współdziałania, zwłaszcza gdy zachowania poszczególnych członków były zróżnicowane, ich odpowiedzialność musi być rozpatrywana odrębnie. W obu jednak sytuacjach każda z osób odpowiada wyłącznie za siebie, w granicach swojego zamiaru.

V. Odpowiedzialnością kierownika zamawiającego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu i wykonywaniu zamówień publicznych objęte są nie tylko uchybienia związane bezpośrednio z naruszeniem reżimu prawa zamówień publicznych, lecz także ustawy o finansach publicznych. W szczególności odnotować tu trzeba: a) dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia (tzw. przekroczenie planu)¹⁸, b) wydatkowanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem lub uchylenie się od jej terminowego rozliczenia, c) zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia lub z przekroczeniem zakresu upoważnienia (kierownik nie musi mieć pełnego umocowania do wydatkowania wszystkich zaplanowanych środków), d) dopuszczenie do spóźnienia w zapłacie, którego skutkiem są odsetki, e) niedochodzenie należnych zamawiającemu kar umownych, obciążających wykonawcę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

¹⁷ Por. O. Górniok, *Z problematyki przestępstw popełnianych w działalności spółek kapitalowych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4, s. 7 oraz P. Kardas, *Kodeks karny – część szczegółowa. Komentarz*, t. III, Warszawa 2006, s. 536.

¹⁸ Por. dla przykładu wyrok NSA z 12 czerwca 2003 r. (III S.A.-305/01) – niepublikowany, a także orzeczenie GKO z 26 maja 2008 r. (DF=4900/31/07/566), „Biuletyn Orzecznictwa w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych” – dalej: „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, s. 147 i n. oraz z 21 września 2008 r. (DF-4900/57/13/08/990), „Biuletyn Orzecznictwa” 2009, nr 1, s. 139 i n.

Pośród powyższych uchybień istotne znaczenie obecnie mają nieprawidłowości z zakresu wykorzystania dotacji ze środków europejskich, przy których liczą się przede wszystkim wymagania wynikające bezpośrednio z prawa europejskiego¹⁹. Władze krajowe zobowiązane są do zorganizowania efektywnej kontroli finansowej i stosowania swojej odpowiedzialności wobec beneficjentów w postaci tzw. korekt finansowych, niezależnej od osobistej odpowiedzialności urzędników za naruszanie dyscypliny finansów publicznych. Korekty wymierzone w trybie administracyjnym²⁰ polegają na cofnięciu w całości lub w części wkładu publicznego udzielonego na zadanie finansowane w ramach programu operacyjnego²¹. Uwalniane w wyniku korekt środki mogą być ponownie przyznane innym beneficjentom, chyba że związane są z tzw. nieprawidłowościami systemowymi, powtarzalnymi w jednej i tej samej osi priorytetowej, uzasadniającymi odprowadzenie środków do budżetu UE. Dookreślenie zaś podstaw osobistej odpowiedzialności urzędników następuje w umowach o wykorzystanie dotacji, zwłaszcza co do przeznaczenia i rozliczania środków, udzielania zamówień i trybu kontroli. Na pierwszy plan wysuwa się prewencyjna funkcja odpowiedzialności, wyraźna na tle potrzeb ochrony interesów narodowych.

Opóźnienia w zapłacie za wykonane zamówienia publiczne nadal zdarzają się zbyt często²², choć z art. 44 ust. 3 pkt 3 ustawy o finansach publicznych jasno wynika, że umówiony termin zapłaty powinien być dotrzymywany. W zamówieniach publicznych udzielanych przez jednostki funkcjonujące poza sektorem finansów publicznych termin zapła-

¹⁹ Zob. zwłaszcza rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1260/1999 (O.J. L- 210, poz. 25, 31.07.2006).

²⁰ Zob. wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego z 14 marca 2008 r. w sprawie wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE.

²¹ Por. J. Odachowski, G. Karwatowicz, *Decyzja o zwrocie przez beneficjenta środków publicznych w świetle nowelizacji art. 211 ustawy o finansach publicznych z 7 listopada 2008 r.*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 3, s. 5 i n.

²² Por. orzeczenie GKO z 21 listopada 2005 r. (DF-53/69/70/2005/462) – niepublikowane oraz orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Lublinie z 9 czerwca 2008 r. (RIO-53/DFP/30/2007), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, s. 62 i n.

ty także należy do istotnych elementów transakcji (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Jeżeli zamawiający spóźni się z zapłatą, wykonawca może żądać odsetek za czas opóźnienia, choćby nie poniósł żadnej szkody, a spóźnienie zamawiającego nastąpiło wskutek okoliczności niezawinionych (art. 481 kodeksu). Dodatkowo obostrzenie wynika z art. 5 ustawy z 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych²³, według którego, jeżeli przewidziany w umowie termin zapłaty przekracza 30 dni, wykonawca może żądać odsetek ustawowych za czas począwszy od 31 dnia po spełnieniu świadczenia niepieniężnego i doręczeniu zamawiającemu faktury, aż do dnia zapłaty²⁴. Zastrzeżenia przeciwne są nieważne²⁵. Warunkiem odpowiedzialności osoby zobowiązanej do regulowania należności nie jest jednak sama wymagalność odsetek, lecz konieczność ich zapłaty przez jednostkę (uszczerpienie interesów finansowych)²⁶, ale nie dotyczy to kierownika jednostki, który odpowiada już za samo dopuszczenie do tego, że odsetki stały się wymagalne.

Inaczej przedstawia się problem kar umownych, zastrzeganych na korzyść zamawiającego, w celu zdyscyplinowania wykonawcy (funkcja prewencyjna) i uproszczenia ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (funkcja kompensacyjna). Stawka kary powinna być z góry kalkulowana na miarę tych funkcji, według spodziewanych następstw majątkowych, wynikłych z uchybień wykonawcy zamówienia. W praktyce – niestety – kary umowne kalkulowane są zbyt często przypadkowo (dominują stawki procentowe, a nie kwotowe), co powoduje, że zamawiający nierzadko odstępuje potem od ich dochodzenia, bezpodstawnie usprawiedliwiając się brakiem szkody, czy innymi szczególnymi okolicznościami²⁷. Na tym tle doniosłe znaczenie ma remedium w postaci

²³ Dz.U. Nr 139, poz. 1323.

²⁴ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2006 r. (III CZP-124/05), z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 7–8, s. 156 i n.

²⁵ Por. R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 135 i n.

²⁶ Por. orzeczenie GKO z 21 listopada 2005 r. (DF-53/69-70/2005/462).

²⁷ Por. stany faktyczne spraw rozstrzygniętych orzeczeniami GKO: z 8 listopada 2007 r. (DF- 4900/56/60/07/2487), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 2, s. 70 i n.; z 21 czerwca 2008 r. (DF- 4900/6/6/08/339), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 3, s. 106 i n. oraz z 11 września 2008 r. (DF-4900/32/30/08/1323), „Biuletyn Orzecznictwa” 2009, nr 1, s. 122 i n.

tw. miarkowania kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 kodeksu cywilnego, który bynajmniej nie ulega wyłączeniu w zamówieniach publicznych. Stosownie do tego przepisu, jeżeli zobowiązanie nie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik-wykonawca może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Z punktu widzenia reżimu finansów publicznych, jest to problem dopuszczalności umarzania i rozkładania na raty spłaty należności o charakterze cywilnoprawnym, o których mowa w art. 55 ustawy o finansach publicznych. Stosowanie ulg w zakresie kar przypadających jednostkom samorządu terytorialnego powinno odbywać się na zasadach określonych uchwałą organu stanowiącego. W razie sporu, także sąd rozpoznający sprawę może zastosować miarkowanie kary umownej. W konsekwencji, ukaraniu dyscyplinarnemu podlega nie tylko zaniechanie dochodzenia należnej zamawiającemu kary umownej, ale i niezgodne z przepisami jej umorzenie albo dopuszczenie do przedawnienia roszczenia o jej zapłatę.

VI. Pośród uchybień w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych największe trudności w orzecznictwie wywołują: a) udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany w trybie ustawowym²⁸, b) naruszenie przesłanek dopuszczalności procedury pozaprzetargowej²⁹, c) zaniechanie urzędowego ogłoszenia o zamówieniu, d) bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, e) dopuszczenie do czynności postępowania osoby podlegającej wyłączeniu ze względu na niebezpieczeństwo stronniczości.

Udzielenie zamówienia z pominięciem trybu ustawowego stanowi uchybienie dotkliwe dla interesów publicznych. Narusza bowiem zasady równego dostępu do zamówień publicznych i uczciwej kon-

²⁸ Por. zwłaszcza orzeczenia GKO z 26 marca 2007 r. (DF-4900/43/06/3363), „Biuletyn Orzecznictwa” 2007, nr 3, s. 53 i n.; z 10 września 2007 r. (DF-4900/14/07/1617), „Biuletyn Orzecznictwa” 2007, nr 4, s. 124 oraz z 8 października 2007 r. (DF-4900/45/49/07/1944), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 1, s. 68 i n., a także orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej przy Ministrze Sprawiedliwości z 10 października 2007 r. (DKSiWK/361/13/19/07), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, s. 4 i n.

²⁹ Por. dla przykładu orzeczenia GKO z 15 października 2007 r. (DF-4900/45/49/07/1944), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 1, poz. 68 oraz z 22 września 2008 (DF-4900/41/31/12/08/1647), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 1, s. 116 i n.

kurencji, uniemożliwia ocenę efektywności udzielonego zamówienia i zachowania wymogu oszczędności przy wydatkowaniu środków niezbędnych na jego opłacenie, prowadzi też do nieważności umowy finalnej. W świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r. (IV CKN-381/00)³⁰, umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej jest nieważna bez względu na to, czy przepisy przewidują wyraźnie skutek nieważności (art. 58 k.c.). W rezultacie może dojść do rewizji świadczeń spełnionych w wykonaniu nieważnej umowy. W praktyce unikanie stosowania procedur przewidzianych w prawie zamówień publicznych zdarza się zazwyczaj w wyniku niedbalstwa, zwłaszcza wskutek wadliwego oszacowania wartości zamówienia i bezpodstawnego skorzystania ze zwolnienia dopuszczalnego przy udzielaniu drobnych zamówień publicznych.

W orzecznictwie nieoczekiwane trudności wywołały okoliczności podmiotowe. Obecny art. 7 ust. 3 Pzp jednoznacznie zastrzega, że zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Stąd wyklucza się cesję wierzytelności nabytej w drodze obligatoryjnego przetargu lub w wyniku innej procedury (roszczenia o zawarcie umowy) na inną osobę³¹ z uwagi na konieczność każdorazowej weryfikacji warunków ubiegania się o zamówienie publiczne (art. 22–26 Pzp). Ze względu na szczególną więź nie do pomyślenia jest zawarcie umowy z osobą trzecią, która w ogóle nie poddała się rygorom procedury (przetargowej) lub została w jej toku wyeliminowana. Poza tym niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego³².

Zawarcie umowy z naruszeniem ustawowych przesłanek procedur udzielania zamówień zdarza się stosunkowo często. Zamawiający dążą

³⁰ „Orzecznictwo Sadu Najwyższego – Izba Cywilna” 2002, nr 6, poz. 7.

³¹ Por. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2003 r. (IV CKN-302/01) z krytyczną glosą W. Kocota, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2004, nr 5, poz. 77 oraz z aprobującą glosą R. Szostaka, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 115.

³² Por. wyrok SN z 13 stycznia 2004 r. (VCK-97/03), z aprobującą glosą R. Szostaka, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, Nr 2, poz. 22, s. 88 i n. oraz dalsze orzecznictwo przedstawione przez M. Kalinę-Nowaczyk, *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 53 i n.

bowiem do wyboru trybu łagodniejszego (biurokratycznie), który ustawa dopuszcza wyjątkowo (np. udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji bądź też w trybie tzw. zapytania o cenę), natomiast rzadziej zainteresowani są udzieleniem zamówienia w drodze rozwiniętego przetargu, nieobarczonego żadnymi przesłankami. Posłużenie się niedopuszczalną procedurą prowadzi na ogół do utrudnienia dostępu do zamówień publicznych, obniżenia lub całkowitego wyeliminowania konkurencyjności postępowania i w rezultacie do naruszenia zasad gospodarności i efektywności przy wydatkowaniu środków publicznych. Niejasne jest stanowisko ustawodawcy co do nieważności umowy finalnej w takich sytuacjach (art. 146 ust. 1 Pzp). Wydaje się, że konsekwentnie, z uwzględnieniem kierunku orzecznictwa powołanego przy prezentacji poprzedniego naruszenia, zastosowanie niewłaściwej procedury udzielenia zamówienia publicznego uznać trzeba za przyczynę nieważności umowy na podstawie art. 58 k.c. z uwagi na kolizję z art. 7 ust. 3 Pzp, skoro w świetle tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Dlatego wątpliwości budzić może projektowana zmiana art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z 17 grudnia 2004 r. przewidująca karalność jedynie udzielenia zamówienia z naruszeniem przesłanek zastosowania negocjacji bez ogłoszenia oraz wolnej ręki.

Uchylenie się od ustawowego obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu (przetargu) większej wartości do Dziennika Oficjalnych Publikacji WE zdarza się zazwyczaj w wyniku błędnej oceny skutków tzw. dzielenia zamówienia, niestety niezbyt jasno unormowanych w art. 32 ust. 2 Pzp. Kierujący się kwotą jednorazowego wydatku, zamiast łączną sumą przewidywanego wydatku w zakresie tego samego rodzaju dostaw lub usług albo robót niezbędnych do wzniesienia (remontu) pojedynczego obiektu budowlanego, zamawiający zakłada niekiedy błędnie, że wystarczające będzie zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, przewidzianym do ogłoszeń zamówień mniejszej wartości na rynku polskim. Tymczasem, zaniechanie ogłoszenia właściwego dla rynku europejskiego pociąga nieważność umowy o zamówienie publiczne, a także uzasadnia na ogół zwrot dotacji udzielonej na jego sfinansowanie. Sytuację łagodzi nieco nowy art. 6a Pzp, według którego, przy udzielaniu zamówienia częściowego zamawiający może stosować

przepisy właściwe jedynie dla wartości części, jeżeli jest ona mniejsza niż 80 tys. euro lub 1 mln. euro w odniesieniu do robót budowlanych.

Karalność bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniona jest wysoką szkodliwością zuchwałego procederu zamykania postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej, celem uniknięcia umowy z najlepszym konkurentem. W ramach powtórnie organizowanego przetargu zainteresowanie słabnie, a nierzadko brak jest jakiegokolwiek konkurencji, co otwiera drogę do z góry zamierzonego udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Obok zależnej od winy odpowiedzialności osobistej urzędnika (organu) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w grę wchodzi jeszcze zobiektywizowana odpowiedzialność odszkodowawcza jednostki zamawiającej na podstawie art. 93 ust. 4 Pzp, uzasadniająca zwrot kosztów uczestnictwa wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jeżeli unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyny po stronie zamawiającego.

Istotną gwarancję bezstronności zamawiającego (równego traktowania konkurentów) spełnia ustawowy wymóg wyłączenia od czynności organizatorskich postępowania wszelkich osób pozostających z którymkolwiek z konkurentów w jakimkolwiek stosunku mogącym budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób (art. 17 ust. 1 Pzp). Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania (art. 233 kodeksu karnego), pisemne oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności uzasadniających wyłączenie na podstawie art. 17 ust. 1 Pzp. Do kręgu tych osób należy także organ zarządzający bądź inna osoba upoważniona do zawarcia umowy finalnej, ponieważ z jej udziałem dochodzi przecież do wiążącego ustalenia warunków zamówienia, w tym projektu umowy (art. 36 Pzp.)³³. Po wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający nie może odmówić zawarcia umowy na uprzednio zadeklarowanych warunkach (art. 94 Pzp.). Członek komisji przetargowej lub inny urzędnik występujący w postępowaniu w imieniu zamawiającego,

³³ J. Nowicki, *Wyłączenie z postępowania osób wykonujących czynności w postępowaniu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2006, nr 4, s. 28. Por. też orzeczenie GKO z 10 maja 2007 r. (DF-4900/31/6/07/275), „Biuletyn Orzecznictwa” 2007, nr 3, poz. 10, s. 82.

który uchylił się od złożenia wymaganego oświadczenia, popełnia uchybienie dyscyplinarne.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest także niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia osoby podlegającej wyłączeniu na podstawie ustawy. Za dopuszczenie do działania takiej osoby odpowiada zazwyczaj organ zarządzający albo przewodniczący komisji przetargowej. Szkodliwość uchybienia jest znaczna, pomijając zagrożenie przestępstwem utrudniania przetargu z art. 305 kodeksu karnego. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania (art. 17 ust. 3 Pzp). Zbyt późne wykrycie uchybienia może uzasadniać konieczność unieważnienia postępowania bądź nawet umowy finalnej.

Podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej są względnie przejrzyste, jeśli do czynności postępowania dopuszczono osobę, która w ogóle nie złożyła oświadczenia o braku okoliczności z art. 17 ust. 1 Pzp. lub osobę, która przyznała występowanie przeszkód przewidzianych w tym przepisie. Sprawa ulega zaś skomplikowaniu, gdy doszło do złożenia fałszywego oświadczenia o zupełnym braku okoliczności mogących budzić wątpliwości, co do bezstronności osoby reprezentującej zamawiającego. Ocena znamion czynu karalnego po stronie urzędnika odpowiedzialnego za wyłączenie osoby jest niezwykle utrudniona, ponieważ chodzi o zarzut zaniechania należytej weryfikacji przesłanek wyłączenia drugiego z czynności postępowania, z powodu okoliczności mających na ogół charakter osobisty. W rezultacie efektywność prewencyjno-represyjnych funkcji odpowiedzialności ulega osłabieniu wobec nadrzędnej zasady domniemania niewinności. Dodatkowe komplikacje wynikają stąd, że zakres powyższej odpowiedzialności pokrywa się częściowo z unormowaną w art. 17 ustawy z 2004 r. odpowiedzialnością kierownika jednostki sektora finansów publicznych za dopuszczenie do popełnienia naruszenia dyscypliny w wyniku niewyłączenia osoby od udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej.

VII. Według art. 17 ust. 6 ustawy z 17 grudnia 2007 r., naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy o zamówienie publiczne z naruszeniem art. 140 ust. 3 lub art. 144 Pzp. Pierwszy z tych przepisów zakazuje zmiany umowy „wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, natomiast drugi sprzeciwia się innym niż odnoszącym się do przedmiotu zamówienia „zmianom postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający z góry przewidział możliwość takich zmian w ogłoszeniu lub w warunkach zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”³⁴.

W zakresie naruszenia powyższych zakazów odpowiedzialność ponoszą też zazwyczaj organy zarządzające jednostek zamawiających, dysponujące stosownym upoważnieniem do składania oświadczeń woli. Szkodliwość naruszeń jest znaczna, ponieważ zmiana umowy, zwłaszcza rozszerzenia zakresu zamówienia, podwyższenie należnego wykonawcy wynagrodzenia czy przedłużenia terminu realizacji zamówienia prowadzą do obejścia wyniku przetargu (innej procedury), godząc przede wszystkim w majątkowe interesy publiczne. Wyraźny wzrost liczby naruszeń nastąpił po zaostrzeniu zakazu z art. 144 Pzp. w związku z nowelizacją tego przepisu, która weszła w życie 24 października 2008 r.³⁵. Wielu uchybień można by jednak uniknąć, stosując rozwiązania zastępcze. W szczególności, zamiast niedopuszczalnej zmiany umowy w kierunku zwiększenia przedmiotu świadczenia w sytuacjach nieprzewidywalnych – można udzielić zamówienia dodatkowego, nawet temu samemu wykonawcy z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z kolei zmianę wysokości ceny (wynagrodzenia) można zapewnić, zastrzegając z góry w umowie stosowną klauzulę indeksacyjną. Przedłużenie zaś terminu do wykonania zamówienia w ogóle jest zbędne, ponieważ, gdy wykonawca spóźni się ze spełnieniem świadczenia – zobowiązanie nie wygasa, lecz co najwyżej zamawiający może je wypowiedzieć. Niektóre z uchybień są wynikiem pewnych przyzwyczajęń wywodzących się jeszcze z poprzedniego okresu ustrojowego, gdy umowy o zamówienia publiczne

³⁴ Por. R. Szostak, *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umów o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 241 i n.

³⁵ Dz.U. Nr 171, poz. 1058.

powiązane były instrumentalnie z kształtowanymi dyrektywnie planami gospodarczymi³⁶. Spadek liczby naruszeń zakazu z art. 144 Pzp. nastąpi niewątpliwie w związku z planowanym jego złagodzeniem na mocy nowelizacji prawa zamówień publicznych, dopuszczającej tzw. nieistotne zmiany umowy, zwłaszcza, co do trudno przewidywalnych okoliczności współdziałania stron przy realizacji zamówienia³⁷.

VIII. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do: a) dokonania wydatku powodującego przekroczenie kwoty ustalonej w rocznym planie finansowym, b) niewykonania zobowiązania zapłaty w terminie, wskutek zaniedbania lub niewypelnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej, c) udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w ustawie, d) zawarcia umowy bez zachowania formy pisemnej, przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu lub na czas dłuższy niż określony w ustawie, e) bezzasadnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, f) niewyłączenie z postępowania osoby podlegającej wyłączeniu. Są to uchybienia natury „organizacyjnej” związane z wadliwym zarządzaniem jednostką zamawiającą. Chodzi bowiem o zaniechanie lub zaniedbanie przez jej kierownika obligatoryjnej kontroli zarządczej (wewnętrznej). Jednakże karalność czynu uzależniona została od nastąpienia skutku w postaci samego „dopuszczenia do naruszenia prawa” przez kogokolwiek w podległej jednostce (w przypadkach a i b) albo „dopuszczenia do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych” przez inną osobę (w pozostałych przypadkach). Unormowanie powyższe stanowi przyczynę uciążliwych trudności w orzecznictwie³⁸, zwłaszcza na tle zasady „ustawowej określoności” czynu zabronionego.

³⁶ Por. dla przykładu stan faktyczny sprawy rozstrzygniętej orzeczeniem GKO z 22 września 2008 r. (DF-4900/4131/12/08/1648), „Biuletyn Orzecznictwa” 2009, nr 1, poz. 10, s. 110 i n.

³⁷ Por. Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591.

³⁸ Por. Z. Kubot, *op. cit.*, s. 25 oraz K. Borowska, A. Kościńska-Paszowska, *op. cit.* (cz. 2), s. 33 i n., a także wyrok SNA z 12 czerwca 2003 r. (III SA-305/01) – niepublikowany oraz orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej przy Ministrze Sprawiedliwości z 10 października 2007 r. (DKSiW/361/13/19/07), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, poz. 1, s. 4 i n.

Po pierwsze, wprowadzie, zgodnie z art. 44 ustawy o finansach publicznych, kierownik jako odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej i należytego udzielania zamówień publicznych zobowiązany jest zorganizować właściwą kontrolę, ale brak jest ustawowego określenia reguł tej kontroli, których łamanie można by objąć zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Formułując ogólną przesłankę odpowiedzialności kierownika za prawidłowe funkcjonowanie kontroli zarządczej, przepis art. 44 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wprowadza kryterium „wykonywania określonych ustawą obowiązków w zakresie kontroli”. Tymczasem, regulujący ten problem art. 47 wskazuje jedynie na sam zakres kontroli (ocena celowości zaciąganych zobowiązań, badanie zaciąganych zobowiązań i dokonywanie wydatków z punktu widzenia ich zgodności z prawem, weryfikowanie poprawności udzielanych zamówień publicznych itd.), odsyłając w zakresie procedury kontroli do regulaminu wewnętrznego ustalanego przez samego kierownika. Wobec tego, łatwiej powiązać z naruszeniem ustawy całkowite zaniechanie kontroli, niż jej „zaniedbanie”, przez co rozumie się przecież niestaranie jej przeprowadzenie, a to nie jest już tylko problem samej oceny badanej działalności, lecz także procedury i częstotliwości kontroli.

Po drugie, wprowadzie nie budzi wątpliwości, że odpowiedzialność kierownika jednostki zamawiającej za zaniechanie lub zaniedbanie kontroli stanowi odpowiedzialność osobistą za własne zachowanie (czyn), a nie za zachowanie podwładnego, ale dodatkowa przesłanka odpowiedzialności kierownika wiąże się także z ujemnym zachowaniem osoby podporządkowanej, jako skutkiem (związek przyczynowo-skutkowy) uchybienia w zakresie kontroli. Ta dodatkowa przesłanka odpowiedzialności kierownika nie ma jednak jednorodnego charakteru. O ile bowiem przy „dopuszczeniu” do przekroczenia planu wydatków lub do niewykonania zobowiązania pieniężnego w terminie nie ma znaczenia, czy osoba dokonująca wydatku bądź obsługująca płatności (podwładny) sama naruszyła dyscyplinę finansów publicznych³⁹, o tyle w pozostałych przypadkach odpowiedzialności kierownika za zaniechanie (zaniedbanie) kontroli dodatkową przesłanką jest „dopuszczenie do popełnienia naruszenia dyscypliny” przez inną osobę. Tymczasem, z art. 17 ust. 7 ustawy

³⁹ Por. też: K. Borowska, A. Kościańska-Paszkowska, *op. cit.*, s. 35 i n.

z dnia 17 grudnia 2004 r. nie wynika jednoznacznie, czy bezprawność i ewentualna wina osoby naruszającej dyscyplinę stanowią tylko okoliczności prejudycjalne, ustalane każdorazowo w związku z wymierzaniem odpowiedzialności kierownikowi, czy też konieczne jest uprzednie prawomocne stwierdzenie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez osobę podlegającą kontroli. Na tle reguł odpowiedzialności represyjnej trafne wydaje się tylko to drugie rozwiązanie.

IX. Tytułem podsumowania stwierdzić trzeba, że unormowania podstaw odpowiedzialności organów zarządzających za uchybienia popełniane w związku z udzielaniem zamówień publicznych zawarte w ustawie z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastrożają sporo trudności interpretacyjnych. Niektóre z nich wyeliminowane zostaną zapewne z biegiem czasu przez orzecznictwo. W znacznej części jednak uzasadniają one potrzebę zmian legislacyjnych, zwłaszcza w kierunku doprecyzowania ustawowych znamion czynów zabronionych, w zgodzie z konstytucyjną zasadą, że przesłanki odpowiedzialności represyjnej powinny być określone wyczerpująco w ustawie.

Bibliografia

- Bojańczyk A., *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9.
- Bojarski T., *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3.
- Borowska K., Kościańska-Paszkowska A., *Niektóre bariery dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – wnioski de lege ferenda i de lege lata*, (cz. 1 i 2), „Finanse Komunalne” 2008, nr 12 oraz 2009, nr 1–2.
- Fill W., *Charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6.
- Gluch M., *Dyscyplina finansów publicznych*, Wydawnictwo Indor, Warszawa 2006.

- Gnela B., *O potrzebie prawidłowego określenia zamawiającego w ustawie Prawo Zamówień Publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Górniok O., *Z problematyki przestępstw popełnianych w działalności spółek kapitałowych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4.
- Gryśka P., Robaczyński T., *Dyscyplina finansów publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Kalina-Nowaczyk M., *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Kardas P., *Kodeks karny – część szczegółowa. Komentarz*, t. III, Lexis-Nexis, Warszawa 2006.
- Kosikowski C., *Odpowiedzialność za naruszenie reżimu prawnego finansów publicznych (nowa koncepcja)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 12.
- Kowalczyk E., *Odpowiedzialność kierownika i głównego księgowego jednostki sektora finansów publicznych w zakresie rachunkowości i gospodarki finansowej*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk 2007.
- Kryczko P., *Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych [w:] Materiały konferencyjne z ogólnopolskiej konferencji naukowej „Sanacja finansów publicznych w Polsce – aspekty prawne i ekonomiczne”*, K. Świąch, A. Zalcewicz (red.), Szczecin 2005.
- Kubot Z., *Czynności upoważniające w zakresie gospodarki finansowej*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 7–8.
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008.
- Nowicki J., *Wyłączenie z postępowania osób wykonujących czynności w postępowaniu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2006, nr 4.
- Odachowski J., Karwatowicz G., *Decyzja o zwrocie przez beneficjenta środków publicznych w świetle nowelizacji art. 211 ustawy o finansach publicznych z 7 listopada 2008 r.*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 3.
- Pazdan M., *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2002.

- Radecki W., *Normatywne ujęcie wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo”, 2003, nr 2.
- Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna*, t. II, LexisNexis, Warszawa 1999.
- Salachna J. M., *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Publiczne” 2005, nr 6.
- Szostak R., *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umów o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Szostak R., *Odpowiedzialność karno-administracyjna za uchybienia popełnione przy udzielaniu zamówień publicznych [w:] Finanse jako przedmiot badań interdyscyplinarnych*, S. Owsiak (red.), Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, Kraków 2007.
- Szostak R., *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca”, Warszawa 2007.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, Kraków 2005.
- Szumilo-Kulczycka D., *Prawo administracyjno-karne czy nowa dziedzina prawa?*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9.

SUMMARY

The issues of the Head of the Awarding Entity's responsibilities for the violation of public finances discipline while awarding a public contract.

The statutory basis of responsibility for violating the discipline of public finances cause many practical difficulties with regard to managers of entities awarding a public contract. An insufficient definition of a “prohibited act” (which either provokes the necessity of using an extended interpretation of the rules or forces to renounce from punishing the accused for a harmful act – which however have not been clearly forbidden by the law) is the essential drawback. Within the scope of disciplinary responsibility, similarly to penalization of crimes, constitutional rule *nullum crimen sine lege* is in force. Difficulties refer mainly to the

term of “violating the discipline of public finances” itself, to responsibility of persons who were trusted with finances or public contracts, to liability of people who manage funds which were entrusted to the non public sector subjects, as well as to the responsibility of the people awarding a public contract with omission of procedures prescribed by the law. Thus, there is a need of legislative intervention in this area. Improvement both of the practice and of jurisdiction’s quality will be sufficient in the matter of responsibility in reference to other disciplinary infringement, especially to expend donations against their aim, to assume obligations without authorization, to pay after the due date, to mitigate the contractual penalties, to describe the object of the contract in discriminative way, to violate the equal treatment rule (impartiality of the awarding entity) and to allow the infringements which influence the outcome of the tendering or other procedure of awarding the public project.