



**ORZECZENIE**  
**GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH**  
**O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 11 lipca 2013 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Gryśka</b> ( <i>spr.</i> )
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Iwona Bendorf-Bundorf</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Przemysław Szelerski</b>
Protokolant:		<b>Hanna Kąkol</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2013 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego (X) - pełniącego w czasie popełnienia czynu zabronionego funkcję Zastępcy Komendanta Wojewódzkiego Policji - od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt MAC-MKO-361/106/79/2012, którym uznano Obwinionego (X), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), zwanej dalej ustawą, polegającego na udzieleniu (LSP sp.) w dniu 14 maja 2010 r. zamówienia publicznego na Organizację i przeprowadzenie szkoleń językowych w ramach projektu Wsparcie językowe na potrzeby Euro 2012 r. – współpraca międzynarodowa Policji, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, a mianowicie art. 67 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)

oraz wymierzono Obwinionemu karę nagany i obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 297,47 zł,

1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych:
  - 1) uchyła zaskarżone orzeczenie w całości,
  - 2) uniewinnia Obwinionego (X) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy;
2. na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

**Pouczenie:**

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

## **UZASADNIENIE**

Orzeczeniem z dnia 23 stycznia 2013 r. Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji uznała (X), pełniącego funkcję Zastępcy Komendanta Wojewódzkiego Policji, winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu firmie (LSP sp.) w dniu 14 maja 2010 r. zamówienia publicznego na organizację i przeprowadzenie szkoleń językowych, w ramach projektu „Wsparcie językowe na potrzeby Euro 2012 r. – współpraca międzynarodowa Policji”, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, tj. art. 67 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1a pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, co stanowiło naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Za przypisany czyn obwinionemu wymierzono karę nagany.

Komisja orzekająca pierwszej instancji oparła swoje orzeczenie o następujący stan faktyczny.

Obwiniony uzyskał środki na realizację kwestionowanego zamówienia na podstawie umowy zawartej z MSWiA w dniu 29 września 2009 r. o dofinansowanie projektu w ramach POKL. Zgodnie z zawartą umową obwiniony zobowiązany był do zakończenia realizacji projektu do dnia 31 grudnia 2011 r. Postępowanie o udzielenie zamówienia, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, obwiniony unieważnił w dniu 17 marca 2010 r., ponieważ w przetargu nie została złożona żadna oferta. Wskutek powyższego, zakończenie - przewidywanego w ramach projektu - zakresu szkolenia w terminie określonym w przywołanej wyżej umowie z MSWiA okazało się niemożliwe. W tej sytuacji obwiniony wystąpił do MSWiA z wnioskiem o przesunięcie terminu realizacji projektu. Wnioskując o przesunięcie terminu, uwzględniono termin rozpoczęcia EURO 2012, przed którym projekt musiał być zakończony, w tym rozliczony. Obwiniony w wyjaśnieniach podnosił, że aby projekt mógł być zrealizowany przed rozpoczęciem EURO 2012, umowa dotycząca przeprowadzenia szkoleń musiała być podpisana do dnia 30 kwietnia 2010 r. W dniu 14 kwietnia 2010 r. obwiniony uzyskał zgodę MSWiA na zmianę terminu realizacji projektu oraz harmonogramu płatności.

Umowa z (LSP sp.) na organizację i przeprowadzenie szkoleń językowych podpisana została przez obwinionego w dniu 14 maja 2010 r. Zamówienie to zostało udzielone w trybie z wolnej ręki.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki zostało zakwestionowane przez Urząd Zamówień Publicznych, który uznał że „w przedmiotowej sprawie Zamawiający mógł wszcząć postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zakończyć je i zawrzeć umowę z wybranym wykonawcą do - przewidzianego w harmonogramie realizacji projektu - dnia 30 kwietnia 2010 r., zapewniając w ten sposób terminową realizację zamówienia. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie zostały spełnione przesłanki wynikające z tego przepisu”. Stanowisko co do braku zasadności zastosowania art. 5

ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych podzieliła również Krajowa Izba Odwoławcza, która rozpatrywała zastrzeżenia obwinionego od wyników kontroli doraźnej UZP.

Rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji podzielił stanowisko organów kontrolnych i w dniu 1 października 2012 r. skierował wniosek o ukaranie obwinionego.

Obwiniony, w składanych w toku postępowania w pierwszej instancji wyjaśnieniach, zarzucił Rzecznikowi, że nie podważył on przyjętych przez obwinionego terminów, ani nie wykazał, że możliwe było przeprowadzenie postępowania w trybie innym niż z wolnej ręki, przyjmując jako pierwszy możliwy dzień wszczęcia postępowania dzień 14 kwietnia 2010 r. Podnosił też, że stanowisko UZP o możliwości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego opierało się wyłącznie na możliwości wszczęcia postępowania w dniu 18 marca 2010 r., tj. przed uzyskaniem zgody MSWiA na zmianę harmonogramu realizacji projektu. UZP wskazywał, że Komenda Wojewódzka Policji mogła skorzystać z art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko takie zostało jednak zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Obwiniony wnosił o uznanie go za niewinnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Komisja orzekająca pierwszej instancji uznała, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy podstawowe znaczenie ma rozstrzygnięcie, czy obwiniony miał możliwość udzielenia zamówienia w innym trybie niż z wolnej ręki.

Komisja wskazała, że zgodnie z art. 66 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Jest to tryb, którego zastosowanie może mieć miejsce tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach. Przypadki te zostały enumeratywnie wymienione w art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, ustawodawca stworzył możliwość skorzystania z trybu z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku zamówień, których przedmiotem są

usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w uzasadnionych przypadkach innych niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Możliwość skorzystania z uprawnień, jakie przyznaje przywołany przepis została zatem uzależniona od zaistnienia szczególnych przesłanek powodujących, iż skorzystanie z trybów zapewniających konkurencyjność byłoby z jakichś względów mniej korzystne od udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia.

W ocenie Komisji orzekającej pierwszej instancji, postępowanie dowodowe wykazało, że obwiniony miał możliwość udzielenia zamówienia w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki. Warunki udziału w pierwszym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały przez obwinionego określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opis tych warunków w istotny sposób ograniczył krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia, ponieważ uniemożliwił złożenie oferty wykonawcom, którzy posiadali doświadczenie w zakresie odpowiednich usług szkoleniowych, ale usługi te nie były realizowane w ramach EFS. Przebieg tego postępowania nie jest wprawdzie przedmiotem oceny Komisji, niemniej jednak Komisja uznała, że nie można pominąć faktu, że właśnie takie określenie warunków przez obwinionego doprowadziło do konieczności unieważnienia przetargu i stało się przyczyną opóźnienia w realizacji projektu. Obwiniony natomiast właśnie tak spowodowanym opóźnieniem, za które sam ponosi odpowiedzialność, uzasadniał konieczność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielenia zamówienia.

Zastrzeżenia Komisji orzekającej pierwszej instancji wzbudził harmonogram, wskazany przez obwinionego w piśmie z dnia 3 stycznia 2013 r., który miał uzasadniać, że nie jest możliwe zastosowanie trybu innego niż zamówienie z wolnej ręki. W harmonogramie tym obwiniony wykazywał, że aby projekt został zrealizowany w terminie konieczne jest zawarcie umowy do dnia 30 kwietnia 2010 r. Tymczasem w praktyce obwiniony zawarł umowę dwa tygodnie później. W harmonogramie tym przewidziano aż dwumiesięczną przerwę w przeprowadzaniu szkoleń w okresie letnim (wakacyjnym). Przewidziano, że szkolenia rozpoczną się w dniu 1 czerwca 2010 r. i po miesiącu nauki zostaną przerwane, aż do 1 września 2010 r. Takie założenie budzi wątpliwości zwłaszcza w świetle opóźnienia w rozpoczęciu szkoleń. Ponadto podmioty świadczące usługi polegające na prowadzeniu szkoleń językowych nie przerywają działalność w okresie wakacji. Często właśnie w okresie wakacji organizują kursy językowe. W ocenie Komisji orzekającej pierwszej instancji, skrócenie przerwy w pierwszym roku dodatkowo pozwoliłoby na udzielenie zamówienia w innym trybie niż z wolnej ręki.

Komisja, podzielając stanowisko Rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji stwierdziła, że uznanie przez obwinionego daty 30 kwietnia 2010 r. jako granicznej daty udzielenia zamówienia było subiektywne. Obwiniony nie wykazał innych okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki, w związku z czym dopuścił się umyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Komisja orzekająca pierwszej instancji uznała, iż z uwagi na to, że obwiniony nie był dotychczas karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierzenie mu kary nagany będzie adekwatne do wagi popełnionego czynu i zapobiegnie naruszaniu dyscypliny finansów publicznych w przyszłości. Na korzyść obwinionego uwzględniono motywację działania, jaką była chęć możliwie pełnego wykorzystania dofinansowania ze środków europejskich. Jednakże ranga naruszonych przepisów prawa oraz wysoka wartość udzielonego zamówienia publicznego nie uzasadniały wymierzenia obwinionemu niższej kary niż nagana.

Obwiniony odwołał się od orzeczenia pierwszej instancji pismem z dnia 28 marca 2013 r. Wniósł o uniewinnienie go od przypisanego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W odwołaniu obwiniony podtrzymał wszystkie twierdzenia i wyjaśnienia, jakie składał w trakcie postępowania w pierwszej instancji. Wniósł o szczegółowe odniesienie się do wniosków jakie wskazał w piśmie z 2 stycznia 2013 r., których celem było wykazanie nieściśłości i niezgodności w przeprowadzonej kontroli UZP oraz w postępowaniu wyjaśniającym. Obwiniony podniósł, że Komisja orzekająca pierwszej instancji nie odniosła się w żaden sposób do złożonych wniosków dowodowych, a z orzeczenia nie wynika, czy zostały one w ogóle wzięte pod uwagę.

Odnosząc się do zawartego w uzasadnieniu orzeczenia pierwszej instancji stwierdzenia, jakoby możliwe było skrócenie przerwy wakacyjnej, obwiniony zauważył, że jest to element nowy, który nie był podnoszony w trakcie postępowania w pierwszej instancji i po raz pierwszy został ujawniony w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Obwiniony nie miał więc możliwości odniesienia się do niego wcześniej. W odwołaniu obwiniony stwierdził, że rozwiązanie takie było brane pod uwagę, nie skorzystano jednak z niego z uwagi na skalę planowanych szkoleń oraz konieczność zapewnienia właściwej obsady służby w trakcie okresu, w którym tradycyjnie wykorzystywane są urlopy. Obwiniony przedstawił szczegółowe dane i wyliczenia w tym zakresie.

W trakcie rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą, obrońca obwinionego zakwestionowała znajdujące się w uzasadnieniu orzeczenia pierwszej instancji stwierdzenie, że zamawiający przeprowadzał postępowanie przetargowe, w którym postawił warunki ograniczające konkurencję, a w konsekwencji, z własnej winy, musiał je unieważnić. Obrońca stwierdziła, że ogłoszenie, które pojawiło się na stronie internetowej 23 października 2010 r., nie było ogłoszeniem o przetargu, lecz chodziło o rozpoznanie rynku w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, gdyż na zastosowanie takiego trybu pozwalały obowiązujące wówczas przepisy. Następnie szczegółowo wskazała działania podejmowane w celu udzielenia zamówienia po podpisaniu umowy na realizację projektu i przyczyny unieważnienia pierwszego

postępowania (w dniu 17 marca 2010 r.). Wskazała także, że harmonogram postępowania sporządzony został w celu weryfikacji, czy możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie innym, niż z wolnej ręki. Uwzględniał on potrzeby realizowanego projektu, który musiał zakończyć się przed rozpoczęciem EURO 2012, stąd przyjęto jako datę końcową - 1 czerwca. Przeliczono cztery semestry (tyle miało trwać szkolenie) od tyłu, z przerwą wakacyjną, w ten sposób powstał 30 kwietnia, jako data udzielenia zamówienia. Data ta nie była więc żadną subiektywną oceną obwinionego, lecz wynikała z konkretnych wyliczeń.

Obrońca obwinionego odniosła się również do – przywołanej przez zastępcę Głównego Rzecznika dyscypliny finansów publicznych za rozstrzygnięciem KIO – okoliczności, iż ze złożonego przez zamawiającego harmonogramu realizacji projektu wynikało, że sam proces wyboru wykonawców miał trwać do końca lipca 2010 r. Wyjaśniła, iż był to błąd KIO, która wzięła pod uwagę harmonogram realizacji zadania pierwszego projektu, na które składały się: zarządzanie, monitoring, ewaluacja projektu, obsługa księgową, obsługa administracyjną, proces rekrutacji. W zadaniu pierwszym chodziło więc o wybór wykonawców na powyższe usługi, a nie na prowadzenie szkoleń językowych. Obrońca wskazała, że prowadzenie szkoleń językowych w harmonogramie ujęte jest w zadaniu trzecim, tj.: organizacja i realizacja szkoleń - usługa zlecona wyspecjalizowanej firmie lub firmom zewnętrznym, etap 1-szy realizacja szkoleń i jednoznacznie wskazuje na kwiecień 2010 roku. KIO dokonała więc błędnego odczytania harmonogramu.

Obrońca powtórzyła zarzut z odwołania, że organy orzekające pierwszej instancji nie odniosły się do powyższych wyjaśnień, które konsekwentnie były przedstawiane w toku kontroli i postępowania odwoławczego oraz w trakcie postępowania przez organami orzekającymi w sprawie.

Rozpoznając odwołanie, Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności GKO potwierdziła ustalenia Komisji orzekającej pierwszej instancji co do stanu prawnego przyjętego za podstawę rozstrzygnięcia. Stosownie bowiem do art. 24 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, 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. Przepis powyższy ma zastosowanie nie tylko do ustawy będącej podstawą wydawania orzeczenia przez organy orzekające (tj. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), ale również do wszystkich ustaw szczególnych, mających znaczenie dla rozpoznania postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 11 lutego 2012 r. weszła w życie nowelizacja ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dokonana ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1429). Przywołana ustawa w zasadniczy sposób zmieniła sposób uregulowania zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ustawa, pozostawiając podstawową zasadę odpowiedzialności, polegającą na konieczności przypisania sprawcy winy w czasie popełnienia czynu, zrezygnowała z rozróżniania działań umyślnych i nieumyślnych oraz regulowania wynikających z tego konsekwencji. Mimo niezmienionego katalogu kar za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, modyfikacji uległy zasady ich wymiaru. Wszystkie te elementy muszą zostać rozważone przy podejmowaniu decyzji o wyborze stanu prawnego będącego podstawą oceny działania obwinionego.

Główna Komisja Orzekająca – podobnie jak Komisja orzekająca pierwszej instancji – uznała, że zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, rozpozna sprawę na podstawie stanu prawnego obowiązującego w dniu orzekania. W ocenie GKO, przemawia za tym przede wszystkim fakt, iż obwiniony jest osobą mieszczącą się w kręgu osób odpowiadających za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zarówno w dotychczasowym, jak i w zmienionym stanie prawnym a zakres przedmiotowy czynu przypisanego obwinionemu orzeczeniem pierwszej instancji nie uległ zmianie merytorycznej (zmiana w tym zakresie miała jedynie charakter redakcyjny), nie zmieniły się również przepisy kształtujące sytuację obwinionego, jeżeli chodzi o

podstawowe zasady odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, iż zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone w art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, badanie zasadności zastosowania przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie powyższego przepisu uwzględniać musi jego brzmienie, cel wprowadzenia oraz zastosowaną technikę legislacyjną. Należy mieć na uwadze, że przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 Nr 223, poz. 1778), przepis pozwalał na udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez konieczności uwzględniania ogólnych przesłanek jego zastosowania. Oznaczało to, że w każdym przypadku udzielania zamówienia na tzw. usługi niepriorytetowe, zamawiający mógł zastosować tryb z wolnej ręki. Jak wynika z uzasadnienia projektu nowelizacji (Sejm RP VI kadencji, nr druku 2310), stan taki uznany został za sprzeczny z Komunikatem Wyjaśniającym Komisji Europejskiej z dnia 1 sierpnia 2006 r. dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02).

Zaproponowano więc (i w takim kształcie ustawa została ostatecznie uchwalona) „*ograniczenie stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe do uzasadnionych przypadków. W szczególności zamawiający będą uprawnieni zastosować ww. tryby, gdy zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasady celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków lub dokonywania wydatków w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań lub poniesieniem straty w mieniu publicznym lub uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. Różnica z aktualnym stanem prawnym w ww. zakresie sprowadza się zatem **wyłącznie** (podkr. GKO) do wprowadzenia wymogu uzasadniania wyboru trybu niekonkurencyjnego dla zamówień na usługi niepriorytetowe - po to, aby stosowanie tych trybów nie było nadużywane.*”.

W ocenie GKO, zamierzenia leżące u podstaw projektu zostały w pełni odzwierciedlone w brzmieniu przepisu. Przede wszystkim więc, dodatkowej przesłanki nie ujęto w katalogu zawartym w art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zawartym w odrębnym oddziale regulującym ten tryb postępowania) lecz pozostawiono w przepisie art. 5. Dodatkowo, zawarta w tym przepisie przesłanka ma charakter otwarty – mowa jest o **innych uzasadnionych** przypadkach, a katalog okoliczności, które należy uwzględnić również ma charakter przykładowy („*w szczególności zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować ...*”). Takie rozwiązanie prawodawcy zmierza do ograniczenia nadużywania trybu z wolnej ręki, ale nie zamyka go w dodatkowej, precyzyjnie określonej przesłance.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, aby przypisać naruszenie dyscypliny finansów publicznych skutek niewłaściwego zastosowania art. 5 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy wykazać, że przypadek zastosowania trybu z wolnej ręki był nieuzasadniony, czego w niniejszej sprawie nie dokonano.

Przypisując obwinionemu zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, Komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że postępowanie dowodowe wykazało, że obwiniony miał możliwość udzielenia zamówienia w innym trybie niż

zamówienie z wolnej ręki (str. 4 uzasadnienia orzeczenia pierwszej instancji). Następnie wywodzi, że mogło to nastąpić, gdyby pierwsze postępowanie (unieważnione w marcu 2010 r.) nie zawierało warunku ograniczającego udział w postępowaniu. Pozostawiając na marginesie fakt, że w uzasadnieniu orzeczenia (str. 2) błędnie wskazuje się, że było ono prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, należy podkreślić, że okoliczności jego prowadzenia oraz przyczyna unieważnienia nie są przedmiotem niniejszego postępowania. Również z art. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby podstawa jego zastosowania miała uwzględniać poprzednio stosowane tryby (tak jak np. w art. 67 ust. 1 pkt 4) lub zawinione bądź nie ich unieważnienie. Powyższe stanowisko GKO podzielił także na rozprawie w drugiej instancji Zastępca Głównego Rzecznika dyscypliny finansów publicznych. Aby zatem wykazać, że zastosowanie trybu z wolnej ręki było nieuzasadnione, należało dowieść, że obwiniony, podejmując czynności w postępowaniu wszczętym po unieważnieniu postępowania pierwszego miał możliwość zastosowania innego trybu, który byłby działaniem racjonalnym z punktu widzenia realizacji projektu.

Główna Komisja Orzekająca zauważa natomiast, że w niniejszej sprawie zarówno organy kontrolne (UZP, KIO) jak i organy właściwe w sprawach egzekwowania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stwierdzając, że możliwe było zastosowanie innego trybu nie wykazały w sposób szczegółowy i rzetelny tej możliwości. W szczególności należy wskazać, że zupełnie inaczej prowadzone jest postępowanie w trybie z wolnej ręki, w którym w toku negocjacji z wybranym wykonawcą zamawiający ustala warunki realizacji zamówienia, a zupełnie innego przygotowania wymaga przetarg nieograniczony, gdzie wszystkie zasadnicze kwestie muszą być ustalone już w momencie wszczęcia postępowania. Stąd nie do przyjęcia są twierdzenia UZP zawarte w złożonym w sprawie zawiadomieniu (a następnie przywołane we wniosku o ukaranie przez Rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji jako podzielane i uznane za własne), że obwiniony mógł wszcząć postępowanie już 18 marca 2010 r. Data ta nie uwzględnia terminu zgody MSWiA na zmianę czasu realizacji szkoleń i opiera się na błędnym założeniu o możliwości zastosowania art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo należy uwzględnić, że skoro pierwsze

postępowanie prowadzone było też z wolnej ręki, to trudno racjonalnie zakładać, że już następnego dnia obwiniony mógł posiadać gotową dokumentację do wszczęcia postępowania o tak złożonym zakresie i skali. Z tego względu nawet możliwość niestosowania przepisów dotyczących terminów wymaganych przy takiej wartości zamówienia nie gwarantowałyby zakończenia postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w terminie pozwalającym zamawiającemu – na zgodną z potrzebami – realizację projektu. Stanowisko UZP, będące jednym z argumentów złożonego zawiadomienia, a dotyczące możliwości zastosowania art. 93 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych zostało podważone przez KIO, która z kolei w swoim rozstrzygnięciu błędnie odczytała harmonogram realizacji projektu, przyjmując do rozważań datę realizacji innego zadania niż objęte kwestionowanym zamówieniem. Błąd ten został również przywołany przez Zastępcę Głównego Rzecznika dyscypliny finansów publicznych na rozprawie przed GKO. Mimo wyjaśnienia powyższej kwestii przez obrońcę obwinionego, w żaden sposób nie zmieniło to stanowiska oskarżyciela w sprawie.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, mimo prezentowanych w toku całego postępowania w sprawie rzetelnych i konsekwentnych wyjaśnień obwinionego, organy właściwe w sprawach egzekwowania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wykazały w sposób niebudzący wątpliwości, że w niniejszej sprawie nie zachodził uzasadniony przypadek zastosowania trybu z wolnej ręki, a tym samym zakazu zastosowania art. 5 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie mogą tego podważyć ogólne, i nieodnoszące się do wyjaśnień obwinionego, stwierdzenia o możliwości skrócenia terminów (UZP), „ścieśnienia” harmonogramu szkoleń (Rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji), czy przyczynienia się do powstałej sytuacji, bądź skrócenia przerwy wakacyjnej (Komisja orzekająca pierwszej instancji). Główna Komisja Orzekająca, analizując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uznała wyjaśnienia obwinionego za uzasadniające zastosowanie w sprawie trybu zamówienia z wolnej ręki. Z tego względu, uniewinniła obwinionego od zarzutu przypisanego mu orzeczeniem pierwszej instancji.

Powyższe rozstrzygnięcie nie oznacza podważenia ogólnych twierdzeń o ograniczonym przez przepisy zakresie stosowania trybów niekonkurencyjnych. Główna Komisja Orzekająca w niniejszym składzie podziela stanowisko powszechnie wyrażane w doktrynie oraz orzecznictwie, że podstawowymi trybami wyboru wykonawców na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Nie oznacza to jednak, że w sytuacji, w której polski ustawodawca, zgodnie z przepisami UE, dopuścił pewną elastyczność postępowania (opisaną wyżej w niniejszym uzasadnieniu), orzecznictwo powinno ją ograniczać, interpretując przesłankę z art. 5 ust. 1a w sposób bezzasadnie zawężający. W ocenie GKO, należy bowiem uwzględniać całokształt okoliczności sprawy, racjonalność działań zamawiającego i przesłanki, którymi się kieruje. W niniejszej sprawie żaden organ nie wskazał, że postępowanie obwinionego było niegospodarne, że zapłacił za zamówienie więcej niż jego rynkowa wartość lub że kierował się pozamerytorycznymi przesłankami wybierając wykonawcę. Jak się więc wydaje, dążenie do ograniczania stosowania wolnej ręki przesłoniło organom uczestniczącym w postępowaniu całościowy ogląd sprawy i racjonalną, ale zgodną z literalnym brzmieniem, wykładnię art. 5 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stwierdzając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.