



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 7 grudnia 2017 r.

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

Przewodniczący:	<i>Zastępca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Anna Packo (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Krzysztof Fijolek
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 7 grudnia 2017 r., odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Miejskiego Zarządu Nieruchomości Komunalnych w (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 2 czerwca 2017 r., sygn. akt RKO/7100/30/17, którym uznano Obwinionego 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. Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) – zwanej dalej uondfp polegającego na naruszeniu w (...) art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. oraz Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), poprzez udzielenie w 2015 r. zamówienia publicznego z wolnej ręki na „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy (...)”, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek ustawowych stosowania tego trybu udzielania zamówienia publicznego;

czas popełnienia czynu jest dniem zawarcia umowy nr (...), tj. 12 czerwca 2015 r.;

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł;

orzeka:

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

Pouczenie:

Niniejsze orzeczenie 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 2 czerwca 2017 r., sygn. RKO/7100/30/17, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, zwana dalej „Regionalną Komisją Orzekającą”, w sprawie pana (...), zwanego dalej także „Obwinionym”, dyrektora Miejskiego Zarządu Nieruchomości Komunalnych w (...), obwinionego o to, że w (...), naruszono art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), poprzez udzielenie 12 czerwca 2015 r. (dzień zawarcia umowy nr (...)) zamówienia publicznego z wolnej ręki na „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy”, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek ustawowych stosowania tego trybu udzielania zamówienia publicznego; tj. o czyn określony w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1311 z późn. zm.) zwanej uondfp, uznała (...) odpowiedzialnym za naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, polegającego na naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie ww. zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek ustawowych stosowania tego trybu udzielania zamówienia publicznego, odstąpiła jednak od wymierzenia kary. Równocześnie Regionalna Komisja Orzekająca obciążyła Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł na rzecz Skarbu Państwa.

W uzasadnieniu swojego orzeczenia Regionalna Komisja Orzekająca wskazała, że 12 czerwca 2015 r. Gmina – Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w (...) zawarł umowę nr (...) z Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania Sp. z o. o. z siedzibą w (...) na „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy” za

wynagrodzeniem 9.536.246,10 zł brutto na okres realizacji usług od 14 czerwca 2015 r. do 31 grudnia 2015 r.

Zamawiający, powołując się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wszczął postępowanie w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki w dniu 8 czerwca 2015 r. poprzez zaproszenie do negocjacji wykonawcy – Miejskiego Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o. o. z siedzibą w (...). W uzasadnieniu faktycznym i prawnym zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w (...) (zwany dalej „zamawiającym”) wskazał, że 28 maja 2015 r., w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, unieważnił postępowanie na usługi pod nazwą „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy”, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie mógł on zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Dotychczasowa umowa na świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy wygasła 13 czerwca 2015 r. Biorąc pod uwagę ww. okoliczności oraz fakt, że zaistniała sytuacja nie pozwalała na przeprowadzenie postępowania z zachowaniem terminów określonych dla udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (wymagana publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz czas niezbędny na rozstrzygnięcie postępowania), mając na względzie wyjątkową sytuację związaną z zagrożeniem sanitarno--epidemiologicznym powstałym w wyniku braku odbioru odpadów komunalnych, zamawiający w trybie awaryjnym – po przeprowadzeniu procedury zamówienia z wolnej ręki – zamierzał zawrzeć umowę na minimalny okres niezbędny do przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Konsekwencją braku realizacji przez zamawiającego obowiązków związanych z odbiorem odpadów komunalnych z nieruchomości miało być zagrożenie dla zdrowia ludzi oraz powstanie trudnych do odwrócenia szkód w środowisku (dzikie wysypiska śmieci), a także poniesienie zwiększonych środków finansowych na ich późniejsze usunięcie. Zamawiający jako jednostka organizacyjna gminy zobowiązany był na podstawie art. 3 ust. 2 oraz art. 6c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach do zapewnienia czystości i porządku na terenie gminy oraz zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy. W świetle powyższych okoliczności zamawiający uznał, że zostały spełnione przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych upoważniające go do

udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W ocenie zamawiającego, za taki stan należało uznać stan złożenia – w terminowo ogłoszonym przetargu nieograniczonym – jednej oferty, z ceną przewyższającą o 70,89% kwotę środków zaplanowanych na realizację zamówienia.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała więc za ustalony, w trakcie czynności wyjaśniających, następujący stan rzeczy.

Tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został zastosowany przez zamawiającego w celu zachowania ciągłości usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych na terenie Miasta, gdyż:

- dotychczasowa umowa w sprawie zamówienia publicznego na świadczenie ww. usług wygasła z dniem 13 czerwca 2015 r.; przyczyną wygaśnięcia tej umowy było jej wykonanie zgodnie z jej treścią w okresie do 13 czerwca 2015 r., czyli spełnienie świadczenia przez dłużnika, które powoduje zaspokojenie interesu wierzyciela, czyli zamawiającego;
- przetarg nieograniczony, prowadzony przez Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w (...) w I połowie 2015 r. w celu wyłonienia wykonawcy ww. usług został unieważniony przez zamawiającego 28 maja 2015 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Regionalna Komisja Orzekająca wskazała, że stosownie do brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Nieodzowne jest zatem, by natychmiastowe wykonanie zamówienia było konieczne ze względu na wyjątkową sytuację,

która jednocześnie, po pierwsze – nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, po drugie – była niemożliwa do przewidzenia przez zamawiającego.

Obwiniony w swoich wyjaśnieniach zwracał uwagę w szczególności, że:

- gmina przy pierwszym przetargu nie miała informacji na temat ilości odpadów i liczby były tylko szacunkowe,
- postępowanie z wolnej ręki nie miało na celu obejścia ustawy, ponieważ zawarte zostało tylko na 6 miesięcy do czasu nowego postępowania,
- dopełniono wszelkich możliwych starań, aby zadanie przeprowadzić należycie, utrzymano standard założony w przetargu i (...) ma pełny system zagospodarowania odpadów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że sytuacja, w której wymagane jest „natychmiastowe wykonanie zamówienia”, powinna być dla zamawiającego niemożliwa do przewidzenia. Należy przez to rozumieć takie zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować zamawiający. Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego.

Zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej, zamawiający nie wykazał spełnienia powyższych przesłanek ustawowych do zastosowania trybu z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ wyjątkowa sytuacja nie może być uzasadniona faktem unieważnienia wcześniej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż obowiązek taki, obciążający zamawiającego, wynika w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest sytuacją przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych, a zamawiający rzetelnie planując udzielenie zamówienia publicznego miał wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania zakończonego zawarciem umowy, wszczynając to postępowanie z odpowiednio dużym wyprzedzeniem, uwzględniającym różne sytuacje dozwolone przepisami (zastosowanie środka odwoławczego, brak oferty niepodlegającej odrzuceniu, czy niewystarczające środki finansowe). Unieważnienie postępowania jest jedną z form jego zakończenia, z którą zamawiający powinien się liczyć (w szczególności ze względu na brak możliwości finansowych) i nie stanowi sytuacji wyjątkowej, obiektywnej i niemożliwej do przewidzenia przez

zamawiającego (zob. np. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/KD 51/09).

Powyższy stan faktyczny wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielania zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Sam Obwiniony, uzasadniając termin zawarcia umowy z wolnej ręki na okres około pół roku, uzasadniał to tym, że jest to termin niezbędny do przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy.

Wskazanie jako osoby odpowiedzialnej pana (...) – zatrudnionego w chwili popełnienia czynu na stanowisku dyrektora Miejskiego Zarządu Nieruchomości Komunalnych w (...) wynika z faktu udzielenia przez ww. osobę zamówienia publicznego nr (...), co nastąpiło z chwilą podpisania ww. umowy w dniu 12 czerwca 2015 r.

Z uwagi na dotychczasową niekaralność Obwinionego, sposób i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych (w tym specyfikę zamówienia oraz czas, w którym ono było przeprowadzane) Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że występują przesłanki, o których mowa w art. 36 uondfp i postanowiła o odstąpieniu od wymierzenia kary. Przepisanie Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowiło podstawę do obciążenia Obwinionego kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa.

Od przedmiotowego orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej Obwiniony wniósł odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zwanej dalej „Główną Komisją Orzekającą”, zarzucając ww. orzeczeniu:

1) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną jego wykładnię, polegającą na bezpodstawnym przyjęciu, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie przetargu nieograniczonego, z przyczyn całkowicie niezależnych od zamawiającego, wskutek złożenia wyłącznie jednej oferty z ceną przewyższającą o 70,89 % dotychczasową cenę świadczenia tożsamyh usług, przy jednoczesnej odmowie przez organy Gminy Miasta (...) zwiększenia środków finansowych, pozwalających na wybór oferty i udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowi sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wskutek której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,

a nie jest możliwe zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, podczas gdy nie powinno budzić wątpliwości, iż taki stan faktyczny wypełniał przesłanki uprawniające do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, albowiem powstał wyłącznie w wyniku działania wykonawcy, który złożył jedną ofertę, oraz organów Gminy Miasta (...), które odmówiły zwiększenia środków finansowych pozwalających na udzielenie zamówienia publicznego, a jednocześnie nie mógł być przewidziany, a wręcz był niedopuszczalny do przewidzenia, w świetle zasad określania szacunkowej wartości zamówienia, wynikających z art. 34 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i uznanie Obwinionego za winnego popełnienia zarzucanego czynu, obejmującego udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki na „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy”, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, podczas gdy zastosowanie trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki było uprawnione na podstawie spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a fakt ten potwierdził Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie składając zastrzeżeń po otrzymaniu obligatoryjnego zawiadomienia od zamawiającego o zamiarze udzielenia zamówienia w ww. trybie, a ich zastosowanie pozwoliło zamawiającemu na uzyskanie oszczędności w szacunkowej wysokości 1.200.000,00 zł, co dodatkowo musi prowadzić do uznania zarzucanego czynu za całkowicie bezpodstawny.

Obwiniony wniósł o:

1) uchylenie w całości zaskarżonego orzeczenia i umorzenie postępowania o czyn z art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp, ewentualnie uchylenie orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach,

2) obciążenie Skarbu Państwa kosztami postępowania przed Regionalną Komisją Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach oraz przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniony wskazał, że 14 czerwca 2013 r. zawarto pierwszą umowę na realizację zadania „Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy” z terminem realizacji od 14 czerwca 2013 r. do 13 czerwca 2015 r. W umowie wskazano, że całkowita wartość zamówienia nie przekroczy kwoty zaproponowanej do przetargu nieograniczonego w wysokości 25.584.271,20 zł brutto. W marcu 2015 r. zostało opublikowane ogłoszenie o nowym zamówieniu na świadczenie przedmiotowej usługi w okresie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Termin ogłoszenia przetargu zapewniał możliwość jego rozstrzygnięcia przed upływem terminu obowiązywania wcześniejszej umowy. Jednocześnie nieuzasadnione było przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dużym wyprzedzeniem czasowym, albowiem dane podane w zamówieniu powinny być jak najbardziej aktualne i odzwierciedlające aktualny stan systemu gospodarowania odpadami w gminie. Wynikało to w szczególności z obowiązku zapewnienia konkurencyjności postępowania, a także przeciwdziałania, by przedsiębiorca do ceny odbioru lub odbioru i zagospodarowania nie doliczył ryzyka marginesu błędu oszacowania wartości usługi świadczonej w przyszłości, nie mając wszystkich rzeczywistych danych, a skutkującego obciążeniem mieszkańców Miasta (...) dodatkowymi kosztami.

Na dzień szacowania wartości tego zamówienia publicznego brak było podstaw do podjęcia decyzji o zmianie wysokości stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, założenia do przetargu były tożsame z założeniami przetargu z roku 2013, szczegółowo przeanalizowano ilości i rodzaje odpadów komunalnych stałych odbieranych od mieszkańców (...) w okresie od lipca 2013 r. do lutego 2015 r., a na rynku odpadów komunalnych nie odnotowano zmian (m.in. wzrostów cen zagospodarowania odpadów w instalacjach, podwyżek cen paliw, wzrostu kosztów zatrudnienia). Kwota zabezpieczona na udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu została oszacowana w wysokości 108% wartości wydatków, wynikających z realizacji dotychczasowej umowy.

18 maja 2015 r. odbyło się otwarcie ofert w ww. przetargu nieograniczonym. Kwota zaproponowana przez jedyne go oferenta i jednocześnie dotychczasowego wykonawcę usługi, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. przewyższała planowaną kwotę na zadanie o 19.565.655,24 zł.

W ocenie Obwinionego, nie powinno budzić wątpliwości, iż powyższy stan faktyczny, w którym znalazł się zamawiający, należy uznać za spowodowany wystąpieniem wyjątkowych (ponadstandardowych) okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć. Sam fakt złożenia w postępowaniu jednej oferty, której wartość przewyższała o 70% kwotę środków

zaplanowanych na realizację zamówienia, stanowiło sytuację wyjątkową, której zamawiający nie mógł przewidzieć, a co więcej, takie założenie, w świetle art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, było niedopuszczalne.

Sytuacji, której nie można było przewidzieć, nie sposób bowiem jedynie utożsamiać ze zdarzeniami, których wystąpienie strony uznały za nieprawdopodobne lub wręcz niemożliwe, lecz z takimi, które strony – działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie – nie zakładały i nie planowały. Tak więc, przesłanka ta odnosi się do sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne.

Zaistniała sytuacja oznaczała, że w samym planie finansowym Miejskiego Zarządu Nieruchomości Komunalnych w (...) na rok 2015 brakowało środków na sfinansowanie zadania w wysokości ok. 2,3 mln zł. 19 maja 2015 r. Obwiniony zdecydował o wystąpieniu z wnioskiem do Biura Skarbnika Miasta oraz Prezydenta Miasta o zwiększenie planu finansowego jednostki na rok 2015 o 2,3 mln zł. Pismem z 27 maja 2015 r. Zastępca Prezydenta Miasta poinformował, że w budżecie miasta nie ma środków na zwiększenie planu finansowego jednostki na rok 2015. W związku z brakiem środków w budżecie jednostki, pozwalających na zawarcie umowy i realizację zadania, 28 maja 2015 r. unieważniono ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Przyczyną podjęcia decyzji o wyborze trybu kolejnego postępowania jako zamówienia „z wolnej ręki” nie było jako takie unieważnienie uprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie przetargu nieograniczonego, lecz przyczyny i okoliczności jego unieważnienia, a przede wszystkim ewentualne konsekwencje braku zapewnienia ciągłości odbioru odpadów komunalnych stałych od mieszkańców do czasu rozstrzygnięcia kolejnego przetargu nieograniczonego.

Na gruncie prawa cywilnego, w szczególności przepisów art. 357 i art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego, okoliczności, których nie można było przewidzieć, to takie zdarzenia, których strony, działając rozsądnie i profesjonalnie, nie zakładały i nie planowały. Zdarzenia te mogą mieć charakter losowy, społeczno-gospodarczy czy prawno-polityczny. Tak więc sytuacji, której nie można było przewidzieć, nie można utożsamiać ze zdarzeniami, których wystąpienie strony uznały za nieprawdopodobne lub wręcz niemożliwe, lecz z takimi, które strony – działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie – nie zakładały i nie planowały. Tak więc przesłanka ta odnosi się do sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne.

Analiza stanu faktycznego, w którym znalazł się zamawiający, a tym samym Obwiniony jako kierownik zamawiającego, zdaniem Obwinionego, prowadzić winna do stwierdzenia, iż zdarzenie to należało uznać za spowodowane wystąpieniem wyjątkowych (ponadstandardowych) okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć.

Nadto w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie definiowano wyjątkowość sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i w tym zakresie Izba nie ograniczyła tych przypadków jedynie do katastrof, anomalii pogodowych czy wypadków związanych z siłą wyższą. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, jego szczególnością, osobliwością.

Biorąc pod uwagę opisane powyżej okoliczności, zdaniem Obwinionego, nie ulega wątpliwości, że w niniejszym przypadku wystąpiła potrzeba natychmiastowego udzielenia zamówienia. Zgodnie z art. 6c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na zamawiającym ciążył obowiązek zapewnienia ciągłości świadczonych usług.

W doktrynie Prawa zamówień publicznych podkreśla się, że z sytuacją, w której występuje konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia mamy do czynienia wówczas, gdy zamawiający zmuszony jest udzielić zamówienia publicznego bez zbędnej zwłoki, a samo zamówienie winno być zrealizowane natychmiastowo. Zgodnie z wytycznymi dotyczącymi interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, natychmiastowa konieczność wykonania zamówienia oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Dodatkowo konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Na potrzeby badania okoliczności powodujących natychmiastową konieczność wykonania zamówienia należy brać pod uwagę względy związane z interesem publicznym. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała także, że przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia może być oceniana także przez pryzmat roli, jaką zamawiający odgrywa na rynku usług oraz potencjalnych konsekwencji społecznych spowodowanych utrudnieniem w ich nieprzerwanym świadczeniu. Tym samym zasada wyjątkowości stosowania trybów niekonkurencyjnych musi w uzasadnionych sytuacjach ustąpić miejsca zasadnej potrzebie możliwości zaspokojenia określonych potrzeb społecznych. Zasada legalizmu (prymatu ścisłego stosowania prawa) nie może być celem samym w sobie, lecz powinna być postrzegana przez pryzmat konieczności

zaspokajania słuszných potrzeb społecznych. Izba wskazała również na istotny kontekst społeczny, jaki powinien być brany pod uwagę przy ustalaniu, czy zachodzi przesłanka natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia oraz możliwe negatywne skutki, jakie mogą nastąpić w przypadku nieudzielenia zamówienia natychmiast oraz zasięg ich wystąpienia.

Nie ulega wątpliwości, że w niniejszym przypadku zamawiający nie miał możliwości zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych, bowiem zanim przeprowadziłby postępowanie, wystąpiłyby negatywne skutki w postaci zagrożenia sanitarnego mieszkańców gminy w związku z brakiem świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych.

W ocenie Obwinionego, brak zatem było możliwości dochowania terminów przewidzianych dla innych trybów zamówienia niż zamówienie z wolnej ręki, a jednocześnie spełnione zostały przesłanki do jego zastosowania. Z uwagi na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nie istniała możliwość udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybach podstawowych. Podpisana 12 czerwca 2015 r. umowa obejmowała jedynie okres niezbędny do przeprowadzenia zmian w systemie gospodarowania odpadów zapewniających dodatkowe źródła finansowania, a następnie dopiero ogłoszenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

Obwiniony podkreślił też, że udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego z wolnej ręki było poprzedzone obligatoryjną kontrolą prewencyjną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, o której mowa w art. 67 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącym, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Pomimo otrzymania zawiadomienia od kierownika zamawiającego, zawierającego szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie złożył zastrzeżeń co do trybu i zakresu planowanego do udzielenia zamówienia publicznego, co, zdaniem Obwinionego, oznaczało potwierdzenie prawidłowości działania zamawiającego w tym zakresie przez organ, któremu nie sposób odmówić posiadania najwyższych kompetencji.

Zdaniem Obwinionego, Regionalna Komisja Orzekająca nie przeprowadziła wnikliwej analizy stanu faktycznego, w zaskarżonym orzeczeniu odwołując się jedynie do samego faktu unieważnienia postępowania, całkowicie pomijając okoliczności i przyczyny, jakie doprowadziły do tego stanu, co miało fundamentalne znaczenie dla prawidłowego rozpoznania niniejszej sprawy.

Obwiniony podkreślił też, że w efekcie zawarcia przedmiotowej umowy z wolnej ręki Gmina Miasto (...) w okresie jej obowiązywania poniosła koszty o około 1,2 mln zł mniejsze, niż poniosłaby, gdyby zawarła umowę zgodnie z ofertą złożoną w unieważnionym przetargu, bowiem w zamówieniu z wolnej ręki zastosowano stawki wynagrodzenia w dotychczasowej wysokości, a nie o ponad 70 % wyższe. Przemawia to za słusnością działania Obwinionego i w świetle zasad gospodarności finansów publicznych oraz logicznego rozumowania nie może prowadzić do przypisania jakiegokolwiek naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W związku z powyższym, w opinii Obwinionego, nie istniały żadne podstawy do uznania go za winnego czynu opisanego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

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

Na wstępie Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, iż odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie 14 dni od dnia doręczenia Obwinionemu odpisu orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej, stosownie do art. 138 ust. 2 i 3 uondfp.

Główna Komisja Orzekająca stwierdziła także, że stan sprawy faktyczny i prawny (tj. zastosowanie i brzmienie poszczególnych przepisów), opisany powyżej, został ustalony przez Regionalną Komisję Orzekającą prawidłowo, nie jest sporny, wynika z zawartych w aktach postępowania dokumentów, a żadne wskazywane okoliczności ani przywoływane dowody nie były kwestionowane.

Ze względu na szerokie omówienie stanu faktycznego i przytoczenie stanowisk powyżej, nie będą one powtarzane szczegółowo, natomiast w głównych swoich aspektach istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie stan faktyczny przedstawia się następująco.

12 czerwca 2015 r. zamawiający w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w (...), udzielił zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy – Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o. o. z siedzibą w (...), zawierając z nim umowę o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy.

Zamówienie to zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawę jego zastosowania.

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w (...) występował jako zamawiający w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych – odrębny od zamawiającego, którym jest gmina. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającym może być bowiem osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Tym samym również nieposiadająca osobowości prawnej jednostka organizacyjna gminy może być samodzielnym zamawiającym, jeżeli dysponuje własnym budżetem. Jak wynika z udzielonych wyjaśnień, Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w (...) posiada własny budżet – w odwołaniu Obwiniony wskazał na fakt, iż w planie finansowym Miejskiego Zarządu Nieruchomości Komunalnych w (...) na rok 2015 brakowało środków na sfinansowanie zadania, zatem Obwiniony zdecydował o wystąpieniu z wnioskiem do organów gminy o zwiększeniu planu finansowego jednostki na rok 2015.

Obwiniony w czasie popełnienia zarzucanego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych zatrudniony był w Miejskim Zarządzie Nieruchomości Komunalnych w (...) na stanowisku dyrektora. Obwiniony był więc kierownikiem zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Orzeczeniem z 2 czerwca 2017 r. Regionalna Komisja Orzekająca uznała Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp, polegające na naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie 12 czerwca 2015 r. zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek ustawowych stosowania tego trybu udzielania zamówienia publicznego, odstąpiła jednak od wymierzenia Obwinionemu kary.

Art. 17 ust. 1b pkt 2 uooudfp stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

Treść ww. przepisu nie uległa zmianie pomiędzy dniem wskazanym jako dzień popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu a dniem orzekania, tj. pomiędzy 12 czerwca 2015 r. a 7 grudnia 2017 r.

Zgodnie z art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (ustawie Prawo zamówień publicznych). Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zostały zawarte w art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na fakt, że stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki ma charakter wyjątkowy (jest to bowiem tryb w największym stopniu ograniczający zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami), do powyższej regulacji stosuje się reguły stosowania przepisów o charakterze szczególnym, z których wynika, iż wyjątków nie można interpretować i stosować rozszerzająco, lecz należy je stosować ściśle. Tym samym zamówienia z wolnej ręki nie można udzielić w przypadkach, które nie zostały wyraźnie wskazane w przepisach.

W chwili udzielenia przedmiotowego zamówienia, tj. 12 czerwca 2015 r., w dniu wskazanym przez Regionalną Komisję Orzekającą jako dzień popełnienia przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, przepis ten miał następujące brzmienie:

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

- a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,

- c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;
- 1a) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej, mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;
- 2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
- 3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;
- 4) w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;
- 6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie

uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;

7) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;

8) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;

9) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego i świadectw pochodzenia z kogeneracji na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

10) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

11) zamówienie jest udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W chwili orzekania przez Główną Komisję Orzekającą oraz Regionalną Komisję Orzekającą – od 1 stycznia 2017 r. – przepis art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma następujące brzmienie (z zastrzeżeniem dokonanej korekty numerów Dziennika Ustaw):

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

1a) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;

1b) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;

2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;

3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;

4) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

5) (uchylony)

6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości;

7) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji;

8) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;

9) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1127 i 1089), w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

10) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

11) zamówienie jest udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,

b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

14) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

15) umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,

b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,

c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Pomiędzy 12 czerwca 2015 r. a 7 grudnia 2017 r. w treści tego przepisu nie dokonywano innych zmian istotnych dla rozstrzygnięcia.

Powyższa kwestia ma znaczenie ze względu na dyspozycję art. 24 ust. 1 uodnfp, który stanowi, że 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.

Praktyka ustalania, czy w danej sytuacji można zastosować zamówienie z wolnej ręki polega na analizie całego przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdzeniu, czy istniejący stan faktyczny odpowiada którejś ze wskazanych tam przesłanek. Tym samym dla oceny poprawności zastosowania tego trybu znaczenie może mieć cały art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie tylko jego wybrany przez zamawiającego punkt.

Główna Komisja Orzekająca uznała, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie ma ustawa nowa ze względu na fakt, że w jej ocenie ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy. Jak wynika bowiem z porównania treści przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w obu jego brzmieniach, przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie punktu 3. nie zmieniły

się, natomiast w innych punktach wprowadzono odmienne oraz dodatkowe przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Główna Komisja Orzekająca stwierdziła jednak, że pomimo owego faktu wprowadzenia do przepisu odmiennych oraz dodatkowych przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie znajduje podstaw do uznania, że w zaistniałej sytuacji zamawiający podlegałby dyspozycji któregoś z nowo wprowadzonych przepisów, w tym w szczególności punktów 12-15. Jak wskazano bowiem powyżej, zamówienia z wolnej ręki nie można udzielić w przypadkach, które nie zostały wyraźnie wskazane w przepisach, a zatem przesłanki zastosowania tego trybu należy interpretować ściśle. W chwili obecnej brak jest ustalonych poglądów orzecznictwa lub piśmiennictwa z zakresu zamówień publicznych, które zaistniałą sytuację faktyczną przypisywałyby do którejś z norm art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również Obwiniony na takie okoliczności się nie powoływał.

W przedmiotowej sprawie, jak wynika z wyjaśnień Obwinionego, a co nie było sporne, 12 czerwca 2015 r. jako dyrektor Miejskiego Zarządu Nieruchomości Komunalnych w (...), zawarł on umowę z Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania Sp. z o. o. na świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z gminy (...) na okres realizacji usług od 14 czerwca 2015 r. do 31 grudnia 2015 r.

Za podstawę faktyczną pozwalającą na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Obwiniony uznał fakt unieważnienia 28 maja 2015 r. postępowania na świadczenie ww. usług, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w tym za szczególną, nieprzewidywalną okoliczność podstawę unieważnienia tego postępowania, czyli fakt, że cena jedynej złożonej oferty była aż o 70% wyższa od kwoty spodziewanej, a zamawiający nie mógł zwiększyć swojego budżetu do ceny najkorzystniejszej oferty, a także spodziewane wygaśnięcie dotychczasowej umowy z dniem 13 czerwca 2015 r. oraz konieczność zapewnienia ciągłego odbioru odpadów z terenu gminy.

Art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamówienia z wolnej ręki można udzielić, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Aby więc udzielenie zamówienia w oparciu o tę podstawę prawną było usprawiedliwione prawnie, muszą zaistnieć łącznie następujące okoliczności:

- sytuacja wyjątkowa i niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Ze względu na to, że na wcześniejszym etapie postępowania Obwinionemu nie zarzucano, iż w terminie pomiędzy 28 maja a 12 czerwca (tj. pomiędzy unieważnieniem postępowania przetargowego a zawarciem umowy) mógł przeprowadzić postępowanie w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki, Główna Komisja Orzekająca również nie będzie rozszerzała zakresu zarzutu i nie będzie tej przesłanki rozpatrywała.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, z orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej (brak szczególnej argumentacji w tym zakresie) wynika również, iż zasadniczo nie kwestionowała ona faktu, że wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia w postaci utrzymania ciągłości świadczenia usługi odbioru odpadów od mieszkańców gminy. Tym samym Główna Komisja Orzekająca również spełnienie tej przesłanki uznaje za niesporne, przy czym zwraca uwagę, że zgodnie z prezentowanymi poglądami orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych „natychmiastowe wykonanie zamówienia” może również oznaczać „natychmiastowe rozpoczęcie wykonywania zamówienia”, gdyż ze względu na jego charakter, skomplikowanie lub zakres prac nie każde zamówienie, nawet „natychmiast” (bezzwłocznie) rozpoczęte, może być „natychmiast” (tj. w krótkiej chwili) zakończone.

Spór dotyczył więc *de facto* tej części przepisu, z której wynika, iż zaistniały stan faktyczny musi być sytuacją wyjątkową i niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której to sytuacji zamawiający nie mógł przewidzieć.

W tym zakresie Główna Komisja Orzekająca uznała za prawidłowe ustalenia i stanowisko Regionalnej Komisji Orzekającej, że powyższa przesłanka w danym stanie faktycznym nie została spełniona.

Jak podkreślał sam Obwiniony w odwołaniu – z czym Główna Komisja Orzekająca się zgadza – „sytuacji, której nie można było przewidzieć” nie należy utożsamiać jedynie z katastrofą, anomaliami pogodowymi czy siłą wyższą, lecz z dużą rzadkością występowania

zjawiska, jego szczególnością, osobliwością; z sytuacjami nieprawdopodobnymi lub wręcz niemożliwymi; z sytuacjami, których strony – działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie oraz rozsądnie i profesjonalnie – nie zakładały i nie planowały; których wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne; spowodowanych wystąpieniem wyjątkowych (ponadstandardowych) okoliczności.

Jednak Główna Komisja Orzekająca uznała, że taka sytuacja nie zachodzi w przedmiotowym stanie faktycznym. Za sytuację wyjątkową i niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której zamawiający nie mógł przewidzieć, nie można bowiem uznać faktu jednokrotnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to postępowanie zostało wszczęte jedynie na ok. 3 miesiące przed upływem okresu realizacji wcześniejszej umowy.

Jak wynika ze „Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.” str. 33, dostępnego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w oparciu o dane uzyskane na podstawie ogłoszeń opublikowanych przez zamawiających w Dzienniku Urzędowym UE, średni czas trwania postępowania o wartości powyżej progów UE w roku 2015 wyniósł 85 dni (w roku 2014 – 90 dni, w 2013 – 92 dni, a w roku 2012 – 86 dni). W podziale na poszczególne tryby wskaźnik ten kształtował się następująco: przetarg nieograniczony – 85 dni (2014 – 89 dni; 2013 – 91; 2012 – 86), przetarg ograniczony – 118 dni (2014 – 117 dni; 2013 – 130; 2012 – 112), negocjacje z ogłoszeniem – 119 dni (2014 – 159 dni; 2013 – 130; 2012 – 161), dialog konkurencyjny – 100 dni (2014 – 251 dni; 2013 – 275; 2012 – 226).

Powyższe dane są, a przynajmniej powinny być, ogólnie znane uczestnikom rynku zamówień publicznych, a w szczególności zamawiającym, gdyż uwarunkowane są głównie bezpośrednio przepisami, w tym art. 43 ust. 2 i 3 i art. 94 ustawy Prawo zamówień publicznych określającym minimalny termin składania ofert oraz okres *standstill* przed zawarciem umowy – można je też obliczyć samemu na podstawie przepisów oraz czasu trwania i rodzaju czynności, których należy dokonać w danym trybie. Przybliżony okres trwania postępowania przetargowego wynika z obliczeń czasu potrzebnego na złożenie ofert, ich badanie, wyjaśnianie lub uzupełnianie, ewentualne powtórzenie czynności, odwołanie oraz okres *standstill* przed zawarciem umowy.

Tym samym wszczęcia postępowania przetargowego w marcu 2015 r., podczas gdy realizacja zamówienia miała rozpoczynać się w połowie czerwca 2015 r., czyli właściwie w

minimalnym czasie koniecznym na przeprowadzenie procedury przetargowej dla postępowania powyżej progów unijnych, nie można uznać za zachowanie przez zamawiającego należytej staranności, która pozwalałaby uznać, że zaistniały stan faktyczny był sytuacją wyjątkową i niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której zamawiający nie mógł przewidzieć.

Główna Komisja Orzekająca nie widzi też podstaw do uznania, że zamawiający z przyczyn obiektywnych nie mógł wszcząć postępowania przetargowego wcześniej niż w marcu 2015 r. Wszczęcia postępowania, np. 6 miesięcy przed zakończeniem realizacji wcześniejszej umowy nie można uznać za działanie z dużym wyprzedzeniem – jest to jedynie czas pozwalający ewentualnie powtórzyć procedurę przetargową albo też przygotować się nowemu wykonawcy do przejęcia realizacji zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego (w postępowaniach na odbiór odpadów w zależności od wielkości gminy oraz wymagań co do sposobu realizacji zamówienia może to trwać nawet kilka tygodni). Główna Komisja Orzekająca nie widzi też powodów, dla których przygotowany wcześniej niż w marcu 2015 r. opis przedmiotu zamówienia nie mógłby prawidłowo odzwierciedlać stanu systemu gospodarowania odpadami w gminie, danych do realizacji umowy, wymogów w stosunku do wykonawcy usługi, czy konkurencyjności postępowania – ostatecznie zamawiający lub gmina mogła gromadzić takie dane od roku 2013.

Podobnie sytuacją wyjątkową, której zamawiający nie mógł przewidzieć, nie był sam fakt unieważnienia postępowania, i to jednokrotnego. O unieważnieniu postępowania w żadnej mierze nie można mówić w kontekście dużej rzadkości występowania zjawiska, jego szczególności, osobliwości, nieprawdopodobieństwie, czy też wystąpienia wyjątkowych, ponadstandardowych okoliczności. Wręcz przeciwnie – unieważnienie postępowania jest częstym jego wynikiem, który każdy zamawiający działający z należyłą starannością powinien brać pod uwagę.

To, że podstawą unieważnienia był akurat fakt, że w postępowaniu wpłynęła jedynie jedna oferta, której cena była znacząco (o 70%) wyższa niż oczekiwania zamawiającego, nie tylko nie jest okolicznością nadzwyczajną, ale wręcz nie ma zasadniczego znaczenia – równie dobrze podstawa unieważnienia mogła być inna, np. brak prawidłowych ofert, niższa różnica kwot pomiędzy ceną oferty a budżetem zamawiającego na realizację tego zamówienia (5%, 7%, 10% itp. – w każdym z tych przypadków gmina mogła odmówić zwiększenia budżetu zamawiającego) albo stwierdzona wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy. Katalog podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został zawarty w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien być więc znany zamawiającemu.

Należy tu też zgodzić się z Regionalną Komisją Orzekającą, że przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować zamawiający – zatem odnosi się do tego, czy przeciętny zamawiający powinien liczyć się z koniecznością unieważnienia postępowania, a nie do tego, czy Obwiniony lub Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w (...) tę okoliczność w danym postępowaniu przewidywał. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko sytuacją, z którą działający z należyłą starannością zamawiający powinien się liczyć, ale którą wręcz powinien uwzględnić ustalając plan udzielania zamówień publicznych na dany rok.

Nie jest też prawdą twierdzenie Obwinionego, jakoby udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego z wolnej ręki było poprzedzone obligatoryjną kontrolą prewencyjną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, o której mowa w art. 67 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w trakcie której Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaakceptowałby wybrany tryb zamówienia (przynajmniej nie wynika to z aktu postępowania). W przepisie tym mowa jest bowiem o obowiązkowym zawiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w tym trybie. W następstwie takiego powiadomienia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych rzeczywiście może wszcząć kontrolę w trybie art. 161 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak oczywiste jest, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie jest w stanie skontrolować wszystkich postępowań prowadzonych przez wszystkich zamawiających, na taką kontrolę ma też 4 lata (art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), zatem brak negacji trybu danego postępowania nie jest równoznaczny z jego akceptacją pod względem legalności.

Główna Komisja Orzekająca uznała również za prawidłowe ustalenia Regionalnej Komisji Orzekającej w zakresie odpowiedzialności Obwinionego za ww. naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście art. 19 ust. 1 i 2 uodnfp.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, Regionalna Komisja Orzekająca, nawet jeśli nie zawarła tego *explicite* w uzasadnieniu (wskazała bowiem jedynie ogólnie na „sposób i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych, w tym specyfikę zamówienia oraz czas, w którym ono było przeprowadzane”) – uwzględniła również wskazywane przez Obwinionego okoliczności, w tym faktyczną konieczność udzielenia zamówienia oraz jego krótkotrwały okres (na czas do zawarcia umowy po przeprowadzeniu przetargu) – świadczy o tym wymiar kary, a dokładniej odstępnie od jej wymierzenia. Jedną z przesłanek art. 36 uoondfp warunkujących odstępnie od wymierzenia kary jest bowiem działanie lub zaniechanie ze szczególnych pobudek lub w szczególnych warunkach zasługujących na uwzględnienie, w tym w celu zapobieżenia szkodzie w mieniu publicznym.

W związku z powyższym Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.