

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

Warszawa, dnia 16 lipca 2018 r.

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Agata Mikołajczyk (spr.)</i></b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Katarzyna Ronikier-Dolańska</i></b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Elżbieta Gnatowska</i></b>
<b>Protokolant:</b>		<b><i>Dorota Machnicka</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 16 lipca 2018 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...) (zam. ul. (...)) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...) Instytucji Gospodarki Budżetowej (...) w (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości z dnia 3 listopada 2017 r. sygn. akt: Ds.13/2016, którym Międzyresortowa Komisja Orzekająca uznała (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 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 polegającego na zawarciu, wbrew przepisom art. 5b pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, dzieląc zamówienie na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania wartości umów, z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych, 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)” na łączną kwotę 886,920,00 zł, tj.:

1. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...) na kwotę 36.480,00 zł;

2. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 4.560 zł, przy czym kwota ta została następnie zwiększona aneksem nr 1 z dnia 31 grudnia 2013 r. do kwoty 9.120,00 zł, aneksem nr 2 z dnia 17 lutego 2014 r. do kwoty 10.280,00 zł, aneksem nr 3 z dnia 31 marca 2014 r. do kwoty 22.880,00 zł i aneksem nr 4 z dnia 30 września 2014 r. do kwoty 36.480,00 zł;
3. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 4.560 zł;
4. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 22.800 zł;
5. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 22.800 zł;
6. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 45.600 zł;
7. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 22.800 zł;
8. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 22.800 zł;
9. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 27.360 zł;
10. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 45.600 zł;
11. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 27.360 zł;
12. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 45.600 zł;
13. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 50.160,00 zł
14. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 47.880,00 zł;
15. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 47.880,00 zł;
16. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 45.600 zł;
17. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego (...)na kwotę 45.600 zł;
18. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 63.840,00 zł;
19. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 63.840,00 zł;
20. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 63.840,00 zł;
21. umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego nr (...)na kwotę 57.000,00 zł;

Regionalna Komisja Orzekająca wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

**orzeka:**

- 1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uondfp uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i uniewinnia (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp,
- 2) na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

**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 dnia 3 listopada 2017 r. sygn. Ds. 13/2016 Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości [zwana także: Komisja I instancji lub MKO] uznała obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej: uondfp) polegającego na zawarciu - wbrew przepisom art. 5b pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp), dzieląc zamówienie na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania wartości umów i z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych - 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...) na łączną kwotę 886. 920 zł, wskazując następująco - bez daty ich zawarcia - na umowy:

- 1) nr (...) na kwotę 36.480,00 zł;
- 2) nr (...) na kwotę 4.560 zł, która to kwota została następnie zwiększona aneksem nr 1 z dnia 31 grudnia 2013 r. do kwoty 9.120,00 zł, aneksem nr 2 z dnia 17 lutego 2014 r. do kwoty 10.280,00 zł, aneksem nr 3 z dnia 31 marca 2014 r. do kwoty 22.880,00 zł i aneksem nr 4 z dnia 30 września 2014 r. do kwoty 36.480,00 zł;
- 3) nr (...) na kwotę 4.560 zł;
- 4) nr (...) na kwotę 22.800 zł;
- 5) nr (...) na kwotę 22.800 zł;
- 6) nr (...) na kwotę 45.600 zł;

**Sygn. akt BDF1.4800.49.2018**

- 7) nr (...)na kwotę 22.800 zł;
- 8) nr (...)na kwotę 22.800 zł;
- 9) nr (...)na kwotę 27.360 zł;
- 10) nr (...)na kwotę 45.600 zł;
- 11) nr (...)na kwotę 27.360 zł;
- 12) nr (...)na kwotę 45.600 zł;
- 13) nr (...)na kwotę 50.160,00 zł
- 14) nr (...)na kwotę 47.880,00 zł;
- 15) nr (...)na kwotę 47.880,00 zł;
- 16) nr (...)na kwotę 45.600 zł;
- 17) nr (...)na kwotę 45.600 zł;
- 18) nr (...)na kwotę 63.840,00 zł;
- 19) nr (...)na kwotę 63.840,00 zł;
- 20) nr (...)na kwotę 63.840,00 zł;
- 21) nr (...)na kwotę 57.000,00 zł.

Na podstawie art. 35 uondfp MKO wymierzyła obwinionemu karę upomnienia, a na podstawie art. 167 ust. 1 tej ustawy obciążyła kosztami postępowania w sprawie w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia MKO wskazała, co następuje:

Orzeczeniem z dnia 28 kwietnia 2016 r. (sygn. BDF1.4800.3.2016) Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej: GKO) uchyliła w całości orzeczenie Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości (dalej: MKO lub Komisja) z dnia 9 października 2015 r. (sygn. Ds. 21/2015) w sprawie (...) pełniącego w chwili popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...) Instytucji Gospodarki Budżetowej „(...) w (...). Przekazując sprawę do ponownego rozpoznania GKO zobligowała MKO w szczególności do uzupełnienia materiału dowodowego o wszystkie umowy o nadzór inwestorski dotyczące tego samego zadania inwestycyjnego pn. „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)”, finansowanego z tego samego źródła, co pozwoli na rozstrzygnięcie, czy obwiniony naruszył art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) w brzmieniu z dnia popełnienia zarzucanego czynu, tj. czy dokonał podziału zamówienia publicznego w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Nawiązując do wniosku o ukaranie z dnia 28 października 2016 r. Ds./Rz 25/2015 Komisja wskazała, że zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Międzyresortową Komisją Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości, działając na podstawie art. 130 ust. 2 uodnfp zarzucił (...)zawarcie wskazanych 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)” na łączną kwotę 886,920,00 zł. Zdaniem zastępcy Rzecznika obwiniony podzielił zamówienie na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości, czym naruszył art. 5b pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i zgodnie z jego wnioskiem o ukaranie zawarł wskazane umowy z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych.

MKO na rozprawach w dniach: 25 października 2016 r., 2 grudnia 2016 r., 13 stycznia 2017 r., 27 marca 2017 r., 25 września 2017 r. oraz 3 listopada 2017 r. przeprowadziła postępowanie dowodowe z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, a ponadto na podstawie art. 128 ust. 3 ustawy uzupełniła dowody z urzędu o: (1) umowy o pełnienie nadzoru inwestorskiego zawarte w 2013 r. przez (...) Instytucję Gospodarki Budżetowej (...) w(...); (2) dokumenty towarzyszące uzasadniające wydatkowanie środków publicznych i wskazujące szacunkową wartość zamówienia; (3) protokół kontroli realizacji zadania pod nazwą „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)”; (4) opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 grudnia 2016 r. sygn. (...)uzyskaną na wniosek MKO (na podstawie art. 86 ust. 2 udfp) w przedmiocie zasadności objęcia wszystkich 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego jednym zamówieniem publicznym.

We wskazanej opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podano w szczególności, że szacując wartość zamówień na usługi nadzoru inwestorskiego zakres przedmiotowy tych zamówień będzie zazwyczaj bardzo zbliżony. Prezes UZP wskazał na art. 25 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 z późn.zm.), zgodnie z którymi do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy w

szczegółności reprezentowanie inwestora na terenie budowy przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, jak również sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub znikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania. W uzasadnieniu orzeczenia MKO wskazała ponadto, że działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Pzp złożyła wniosek o wszczęcie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej dotyczącej zawarcia w dniu 30 września 2013 r. przez (...)dwudziestu jeden umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)” na łączną kwotę 886.920,00 zł. W konkluzji informacji z dnia 29 maja 2017 r. o wyniku kontroli doraźnej przedstawionej przez Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że wskutek zaniechania łącznego oszacowania wartości poszczególnych zamówień, zamawiający zaniechał stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i wybrał poszczególnych wykonawców zamówień niezgodnie z tymi przepisami, co naruszyło art. 4 pkt 8 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 40 ust. 2 i art. 48 ust. 1 ustawy Pzp.

MKO zaliczyła wszystkie wskazane dokumenty w poczet materiału dowodowego. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy MKO uwzględniła dyspozycję art. 150 ustawy, obligującą komisję orzekającą, której została przekazana sprawa do ponownego rozpoznania, do orzekania w granicach, w jakich nastąpiło przekazanie (w niniejszej sprawie w całości) oraz dotyczącą związania Komisji wskazaniem GKO.

Rozważając stan prawny przyjęty za podstawę wydanego rozstrzygnięcia MKO w pierwszej kolejności zważyła na dyspozycję art. 24 ust. 1 uondfp, określającą reguły intertemporalne stosowane w razie zmiany przepisów w okresie pomiędzy datą popełnienia zarzucanych we wniosku o ukaranie czynów a datą orzekania. MKO odnośnie zarzucanego obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp - udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisanych o zamówieniach publicznych – stwierdziła, że brzmienie tego przepisu w dniu orzekania jest identyczne z wersją obowiązującą w dniu popełnienia zarzucanego czynu. Odnośnie z kolei przepisów stanowiących materialnoprawną podstawę

odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. art. 32 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazała, że (...) W dacie popełnienia zarzucanego czynu, tj. w dniu 30 września 2013 r., przepis ten stanowił, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia publicznego na części lub zaniżać jego wartości. Na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. dokonano zmiany brzmienia tego przepisu, zakazując zamawiającemu zaniżania wartości zamówienia lub wyboru sposobu obliczania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Jednocześnie powołana nowelizacja dodała do przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych art. 5b. Zgodnie z art. 5b pkt 2 zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości”. Zdaniem MKO, przepis ten jest powtórzeniem normy wynikającej z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp – uchylonego nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. albowiem oba analizowane przepisy mają na celu przeciwdziałanie dzieleniu zamówień, które mogą być udzielone w drodze jednego postępowania, aby uniknąć łącznego ich szacowania. W związku z powyższym MKO postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dacie orzekania, jako że obowiązujące w dacie naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie są względniejsze dla sprawcy tego naruszenia.

MKO, rozważając przedmiotowe znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych zarzucanego obwinionemu wskazała, że podstawą ustalenia wartości zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. W myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu oraz odpowiednio art. 5b pkt 2 powołanej ustawy w dacie orzekania zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części. Ratio legis powyższych regulacji sprowadza się do zapobieżenia sytuacji, w której zamawiający mógłby dokonać podziału zamówienia (zaniżenia jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, jak również do nieuprawnionego stosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu.

Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa nie jest zabronione, zarówno na gruncie przepisów obowiązujących w dacie popełnienia zarzucanego czynu, jak również w dacie orzekania, zakazany sam podział zamówienia. Zakaz dotyczy takiego podziału, którego celem jest uniknięcie stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. MKO wskazała ponadto, że zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp dopuszczalne jest składanie ofert częściowych albo udzielenie zamówienia publicznego w częściach, z których każda z części stanowi przedmiot odrębnego postępowania, jednakże wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Na podstawie powołanej regulacji dopuszczalne jest dokonanie podziału zamówienia na części (np. ze względów organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.), dla których prowadzone będą odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej części zamówienia jest łączna wartość wszystkich części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Analizując obowiązek łącznego szacowania wartości zamówienia w przedmiotowej sprawie MKO stwierdziła, że zamawiający powinien traktować jako jedno zamówienie takie zamówienia, które mają zasadniczo te same lub podobne funkcje techniczne lub gospodarcze oraz służą temu samemu celowi lub są związane z realizacją tego samego zamierzenia. Wskazała ponadto, że w tej sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania z analizy zebranych dokumentów bezspornie wynika, kumulatywne spełnienie następujących (trzech) przesłanek:

- ✓ usługi mają takie same lub podobne przeznaczenie oraz są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia;
- ✓ usługi są dostępne u jednego wykonawcy;
- ✓ usługi są nabywane w przewidywalnym zamawiającemu czasie,

a zatem wartość udzielonych zamówień należało ustalić łącznie. Zdaniem MKO, część z udzielonych zamówień miało takie same lub podobne przeznaczenie i zakres obowiązków wykonawcy, jak również były nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, tj. realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)”. Z treści opisów przedmiotu zamówienia wskazanych w załącznikach do zawartych umów wynika

zbieżność pod kątem spełniania określonych wymogów przez osoby, z którymi zostały zawarte. Opisy przedmiotu zamówienia nie odznaczają się odmiennym i zróżnicowanym charakterem. W ocenie MKO, spełnione również przesłanka odnoszące się do możliwości realizacji wszystkich zamówień przez jednego wykonawcę oraz warunek zaplanowania udzielenia zamówień w określonym czasie (wszystkie umowy zostały zawarte w tej samej dacie, tj. w dniu 30 września 2013 r.). MKO nie podzieliła argumentów przedstawianych na rozprawie przez obrońcę obwinionego odnoszących się do świadczenia usług na rzecz ośmiu różnych jednostek w odrębnych lokalizacjach. Zdaniem Komisji nie implikuje to twierdzenia, że umowy nie były tożsame rodzajowo. Przeciwnie, charakter świadczonej usługi (zakres czynności wykonawcy) pozostawał bez zmiany, bez względu na odmienne lokalizacje. Ponadto, konieczność świadczenia konkretnej usługi w zróżnicowanych lokalizacjach nie stanowiła przeszkody udzielenia zamówienia publicznego tym samym wykonawcom, w tym samym dniu oraz na ten sam okres. Podkreśliła także, że lokalizacje świadczonych usług objęte były zakresem działania Okręgowego Inspektoratu Służby Więziennej w (...), zatem odległości te nie były aż tak znaczące, by poszczególnych zamówień z uwzględnieniem ich przedmiotu nie mógł realizować ten sam wykonawca. Uwzględniając powyższe okoliczności MKO wskazała, że odrębne szacowanie zamówień na usługi nadzoru inwestorskiego było nieuprawnione, a ustalenie przez zamawiającego wartości poszczególnych zamówień odrębnie stanowiło naruszenie art. 32 ust. 1, 2 i 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp. Zdaniem MKO, obwiniony w konsekwencji w sposób nieuprawniony udzielił zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Analiza okoliczności towarzyszących przedmiotowej sprawie wskazuje, że podmiotowa odpowiedzialność obwinionego za przypisane mu naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie budzi wątpliwości. Prawną podstawę jej odpowiedzialności stanowi art. 18 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, aby obowiązki w tym zakresie kierownik zamawiającego - Dyrektor (...)Instytucji Gospodarki Budżetowej w(...) powierzył innej osobie. Zawinione działanie obwinionego w rozumieniu art. 19 ust. 2 uoondfp nie budzi, zdaniem MKO, żadnych wątpliwości. Dzieląc zamówienie na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości i podpisując 21 umów o

pełnienie nadzoru inwestorskiego nie dołożyła ona staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za zgodne z normatywnie określonymi zasadami zaciąganie zobowiązań i wydatkowanie środków publicznych w trybie i na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, do czego obliguje art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2207). W dniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych obwiniony (...)miał faktyczną i prawną możliwość zachowania się zgodnie z przepisami, poprzez – jak zostało uprzednio uzasadnione – udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, przy czym wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, co czyniłoby zadość wymogom art. 32 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa GKO oraz sądów administracyjnych od dysponenta środków publicznych należy oczekiwać wysokiej świadomości prawnej oraz znajomości przepisów prawa na poziomie wyższym niż podstawowy.

Dokonując oceny stopnia szkodliwości przypisanego obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, z uwzględnieniem przesłanek określonych w art. 28 ustawy, MKO stwierdza, że jest ona znaczna. Jednym z dóbr prawnie chronionych w systemie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest przestrzeganie zasad kształtujących system wydatkowania środków publicznych w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Zgodnie z przyjętą przez ustawodawcę aksjologią oparcie systemu dokonywania zakupów przez jednostki sektora finansów publicznych (do których należą również instytucje gospodarki budżetowej) na zasadach i rygorach przepisów o zamówieniach publicznych w najpełniejszy sposób gwarantuje efektywność ekonomiczną wydatków dokonywanych ze środków publicznych. Szkodliwości naruszenia tych zasad dla finansów publicznych nie można – jak wielokrotnie wskazywała GKO – utożsamiać wyłącznie z rzeczywistym uszczerbkiem finansowym (orzeczenie GKO z dnia 12 maja 2016 r., BDF1.4800.114.2015). Należy w tym miejscu przytoczyć również tę linię orzecznictwa Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów publicznych, która podkreśla, że odpowiedzialność z art. 17 uondfp nie wymaga zaistnienia dalszych skutków negatywnych dla ładu finansów publicznych. Bezpodstawne jest twierdzenie, że poprzez udzielenie zamówienia z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych nie nastąpił uszczerbek w środkach publicznych i doprowadzi się do pewnych oszczędności, bowiem to właśnie stosowanie tych przepisów gwarantuje udzielenie najkorzystniejszych

zamówień dla jednostek sektora finansów publicznych (orzeczenie GKO z dnia 30 września 2004 r., DF/GKO/Odw.-71/99/2004/870). Szkodą dla finansów publicznych jest sam fakt, że o wydatkach publicznych mogą decydować osoby, które nie przestrzegają obowiązującego prawa, same decydując o tym, co będzie dla finansów publicznych lepsze (orzeczenie GKO z dnia 14 stycznia 2008 r., DF/GKO-4900-83/91/07/3594).

Wymierzając obwinionemu karę upomnienia MKO wzięła pod uwagę dyrektywy określone w art. 33 oraz 35 uondfp. Zastosowanie tej sankcji, będącej najłagodniejszą z ustawowego katalogu kar przewidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wystarczający sposób piętnuje naganność czynu popełnionego przez obwinionego, jednocześnie nie stanowiąc dla niego nadmiernej dolegliwości. Uwzględniając zakres zawinionego działania obwinionego pełniącego funkcję kierownika zamawiającego i związane z tym wymogi w zakresie zachowania standardów zachowania przy podejmowaniu decyzji w jednostce oraz niebagatelny stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych, jakim jest przede wszystkim naruszenie podstawowej zasady rozdysponowywania środków publicznych Komisja nie znalazła podstaw do zastosowania względem obwinionego dobrodziejstwa odstąpienia od wymierzenia kary, o którym mowa w art. 36 uondfp. O kosztach postępowania rozstrzygnięto w oparciu o art. 167 ust. 1 uondfp, zgodnie z którym każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zwraca - na rzecz Skarbu Państwa - koszty postępowania. Koszty te określa się ryczałtowo w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 26 tej ustawy.

Odwołanie od orzeczenia MKO wniósł obrońca obwinionego zaskarżając to orzeczenie w całości na korzyść obwinionego. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

- I. obrazę przepisu art. 38 ust. 1 w zw. z art. 130 ust. 2 ustawy z uwagi na orzeczenie co do czynów objętych wnioskiem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w oczywisty sposób przedawnionych;
- II. obrazę przepisu art. 17 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy w zw. z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie sumowania wartości zamówień udzielonych przez zamawiającego Instytucję Gospodarki Budżetowej, której kierownikiem jest obwiniony, w zakresie 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego mimo, że ocenie powinny podlegać jedynie 4 umowy, a przy prawidłowym zastosowaniu zasad sumowania

zamówień wartość każdej z odrębnie zawartych umów nie przekroczyłaby ustawowego progu równowartości 30 tys. euro,

- III. obrazę przepisu art. 151 ustawy i ustanowionego tamże zakazu reformationis in peius poprzez wydanie w stosunku do obwinionego wyroku surowszego wobec objęcia stanem faktycznym wszystkich 21 umów, niż w pierwszym postępowaniu, mimo, że odwołanie w poprzednim postępowaniu wniesiono wyłącznie na korzyść obwinionego;
- IV. obrazę przepisu art. 19 ust. 2 ustawy w zw. z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp przez nie ustalenie w zaskarżonym wyroku formy winy obwinionego mimo, że czyn określony w art. 32 ust. 2 Pzp można popełnić tylko umyślnie.

Obrońca wniósł o: zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie obwinionego, względnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Komisji Orzekającej w pierwszej instancji.

W uzasadnieniu wskazał w szczególności na następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Orzeczeniem z dnia 9 października 2015 r. MKO przy Ministrze Sprawiedliwości uznała obwinionego winnym popełnienia zarzucanego mu czynu - naruszenia art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy. Orzeczenie to zostało następnie uchylone orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej z dnia 28 kwietnia 2016 r. Po ponownym rozpoznaniu sprawy, Międzyresortowa Komisja Orzekająca ponownie wydała wyrok uznający obwinionego za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów, przy czym w toku postępowania przed Komisją, dopiero w dniu 28 października 2016 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, działając w trybie art. 130 ust. 2 ustawy wniósł rozszerzony wniosek o ukaranie.

- I. Uzasadnienie co do orzekania mimo przedawnienia (naruszenie art. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 130 ust. 2 ustawy)

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy karalność naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęły 3 lata. Jeżeli jednak w tym okresie wszczęto postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, karalność ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu. Postępowanie w zakresie umów objętych nowymi zarzutami Rzecznika wszczęto dopiero najwcześniej z chwilą ich wniesienia do Komisji, co nastąpiło już po upływie 3-letniego okresu. Przedłużenie okresu przedawnienia, o którym mowa w zdaniu 2 tego przepisu, oczywiście nie może mieć zastosowania, gdyż wcześniejszy wniosek w żadnym zakresie nie dotyczył „nowych” umów. Zarzucane obwinionemu nowe czyny nie

były objęte dotychczasowym wnioskiem o ukaranie, co wynika z samej podstawy nowego wniosku (art. 130 ust. 2). Obrońca podnosił tę kwestię w toku postępowania, jednakże Komisja nie ustosunkowała się do niej w uzasadnieniu wyroku.

**II. Uzasadnienie w zakresie zarzutu obrazy art. 151 ustawy i zakazu reformationis in peius**

Zakaz reformationis in peius, dotyczący w ogólnym ujęciu zakazu orzekania przy ponownym rozpoznaniu sprawy na niekorzyść obwinionego, jeżeli odwołanie wniesiono wyłącznie na jego korzyść, jest fundamentem wszystkich procedur karnych i quasi karnych. Tymczasem w sprawie niniejszej zakaz ten został w sposób rażąco naruszony. Odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej zostało wniesione wyłącznie na korzyść obwinionego. Przez objęcie zarzutami dodatkowych 17 umów, nastąpiło istotne pogorszenie sytuacji obwinionego, gdyż w innym przypadku Komisja musiałaby orzekać wyłącznie co do 4 umów, w tym analizować zasady sumowania zamówień w odniesieniu wyłącznie do 4 umów, a także w tym zakresie stosować dyrektywy wymiaru kary. Zwrócił także uwagę, że zgodnie z treścią art. 152 ustawy do postępowania obejmującego ponowne rozpoznanie sprawy, przepisy o postępowaniu przed komisją orzekającą stosuje się nie wprost, a odpowiednio. Zgodnie z przyjętą powszechnie i jednolicie w judykaturze, praktyce stosowania prawa i doktrynie zasadą, odpowiednie stosowanie oznacza stosowanie wprost, stosowanie ze zmianami lub niestosowanie w ogóle. W każdym przypadku należy badać specyfikę konkretnego przypadku. W ocenie obrony, w sytuacji, w jakiej mamy do czynienia w sprawie niniejszej, stosowanie art. 130 ust. 2 ustawy jest wyłączone, gdyż właśnie prowadzi do naruszenia zakazu reformationis in peius.

**III. Uzasadnienie w zakresie zarzutu obrazy art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy**

Jak wynika ze wcześniejszych wywodów, orzekając prawidłowo należało uwzględnić jedynie 4 umowy. W odniesieniu do pełnienia nadzoru inwestorskiego jest to niemal modelowy przykład zamówienia, które z reguły nie może być pełnione przez te same osoby, już choćby z faktu istnienia różnych branż budowlanych, uprawnień i specjalności, a także niemożności wykonania zamówienia w jednym czasie przez jedną osobę z uwagi na skomplikowanie obiektu budowlanego i jego rozległość terytorialną. Komisja winna zatem dokonać oceny wyłącznie czterech umów, których zakres jest różny (w części również miejsce wykonywania) i dopiero wówczas przy użyciu przyjętych kryteriów dokonać oceny dopuszczalności bądź nie ich sumowania. Jak wskazał Prezes UZP, „niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części w świetle art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, jest także ustalenie czy wskazane zamówienia stanowią w istocie jedno zamówienie, czy też odrębne następujące po sobie zamówienia dotyczące podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia.

Podkreślenia bowiem wymaga, iż sam fakt, że mamy tu do czynienia z zamówieniami tego samego rodzaju, oznaczonymi tym samym kodem CPV, nie przesądza ipso se, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem w rozumieniu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Jak już wskazano powyżej dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się wskazanymi powyżej kryteriami (podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia, tożsamość czasowa zamówienia, możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę). Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp. W przeciwnym przypadku, tj. w sytuacji, w której poszczególne zamówienia nie mogą być wykonane przez tego samego wykonawcę, pomimo że przedmiot zamówienia można zakwalifikować do tego samego kodu CPV, należy uznać, iż nie mamy do czynienia z jednym zamówieniem, lecz z kilkoma niezależnymi od siebie zamówieniami, których wartość będzie szacowana odrębnie z zachowaniem reguł określonych w art. 32 i n. ustawy PZP. Ocena ta z istoty rzeczy zawsze będzie dokonywana w konkretnych okolicznościach faktycznych. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym dzieleniem zamówienia, o którym mowa w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli zatem - jak w odniesieniu do umów, które prawidłowo powinny być przedmiotem orzekania, mielibyśmy do czynienia:

1. z jedną umową dotyczącą weryfikacji podwykonawców, drugą dotyczącą spraw kadrowych, trzecią i czwartą dotyczącą rozliczeń finansowych z wykonawcą i (...)dla różnych lokalizacji,
2. są to umowy wymagające różnej wiedzy i spełnienia różnych warunków,
3. częściowo realizowane w różnych miejscach,

4. opierające się o przepisy różnych ustaw (podwykonawcy - kodeks cywilny art. 6471 kc, sprawy kadrowe - kodeks pracy, umowa zlecenia w kc, rozliczenia finansowe - ustawa o finansach publicznych, umowa o dofinansowanie),

5. są to umowy realizowane przez pojedyncze osoby fizyczne, których jedna osoba niewątpliwie zrealizować nie może,

to okoliczności te należy bezwzględnie uwzględnić jako przemawiającą za nie sumowaniem wartości tych umów.

#### IV. Uzasadnienie w zakresie nie ustalenia formy winy

Jak wskazano wcześniej, zasadniczy motyw rozstrzygnięcia polega na ustaleniu naruszenia zasad sumowania zamówień (naruszenia zakazu określonego w art. 32 ust. 2 PZP). Czyn ten jednak może być popełniony wyłącznie umyślnie, jak wskazała to GKO w orzeczeniu z dnia 1 marca 2007 roku DF/GKO-4900-91/111/06/98. Tymczasem w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ponownie nie ma słowa na temat formy winy. Domniemywać można - przy braku jakichkolwiek dowodów wskazujących na umyślność obwinionego, że czyn został popełniony przy winie nieumyślnej, co najmniej w nierozzerwalnym elemencie tego czynu, jakim było sumowanie zamówień. Oznacza to bezwzględny nakaz uniewinnienia obwinionego. Jak wskazała to Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 7 grudnia 2009 r. znak BDF1/4900/72/73/09/33, Ustalenie winy w momencie popełnienia czynu ma podstawowe znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stanowi bowiem warunek tej odpowiedzialności. Jeżeli zatem wina jest warunkiem ponoszenia odpowiedzialności, to orzeczenie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi również zawierać przypisanie winy.

Reasumując obrońca stwierdził, że całokształt wyżej wskazanych okoliczności przemawia za tym, że orzeczenie winno ulec zmianie bądź uchyleniu.

**Główna Komisja Orzekająca po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 16 lipca 2018 r. stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Obrońca obwinionego w odwołaniu zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu MKO obrazę:

- I. przepisu art. 38 ust. 1 w zw. z art. 130 ust. 2 ustawy z uwagi na orzeczenie co do czynów objętych wnioskiem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w oczywisty sposób przedawnionych;
- II. przepisu art. 17 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy w zw. z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie sumowania wartości zamówień udzielonych przez zamawiającego w zakresie 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego pomimo, że ocenie powinny podlegać tylko 4 umowy, których wartość, każdej odrębnie, nie przekroczyłaby ustawowego progu równowartości 30 tys. euro,
- III. przepisu art. 151 ustawy i ustanowionego w nim zakazu reformationis in peius z uwagi na wydanie w stosunku do obwinionego wyroku surowszego wobec objęcia stanem faktycznym wszystkich 21 umów, niż w pierwszym postępowaniu, pomimo, że odwołanie w poprzednim postępowaniu wniesiono wyłącznie na korzyść obwinionego;
- IV. przepisu art. 19 ust. 2 ustawy w zw. z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na nie ustalenie w zaskarżonym wyroku formy winy obwinionego pomimo, że czyn określony w art. 32 ust. 2 Pzp można popełnić tylko umyślnie.

GKO zważywszy na dyspozycję art. 24 ust. 1 uondfp, określającego reguły intertemporalne stosowane w razie zmiany przepisów w okresie pomiędzy datą popełnienia zarzucanych we wniosku o ukaranie czynów a datą orzekania, postanowiła stosować ustawy obowiązujące w dacie orzekania uznając, że ich przepisy (proceduralne i materialne) obowiązujące w czasie popełnienia zarzucanego obwinionemu naruszenia nie były względniejsze dla obwinionego. W tym zakresie ustalenia MKO, co do braku zmiany art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp jak i zmian wynikających z ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) w zakresie dodanego art. 5b pkt 2 oraz art. 32 ust.1 i 2 oraz ust.4 były prawidłowe.

GKO rozpoznając odwołanie postanowiła, w pierwszej kolejności, z uwagi na złożoność tego stanu faktycznego, wynikającą także z wydanego w sprawie orzeczenia GKO z dnia 28 kwietnia 2016 r. (sygn. BDF1.4800.3.2016) - odnieść się do zarzutu obrazy przepisu art. 17 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy w zw. z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp opartego na twierdzeniu ich niewłaściwego zastosowania i dokonania niezasadnego sumowania wartości zamówień udzielonych przez zamawiającego w zakresie 21 umów o pełnienie nadzoru

inwestorskiego pomimo, że ocenie powinny podlegać jedynie 4 umowy, których wartość, każdej odrębnie, nie przekroczyłaby ustawowego progu równowartości 30 tys. euro.

Rozpoznając ten zarzut GKO miała na uwadze następujący stan faktyczny:

Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w (...) była Generalnym Wykonawcą zadania „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)” dla którego Inwestorem inwestycyjnym był Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w (...). Nadzór inwestorski w ramach wskazanego zadania miał być wykonywany przez Generalnego Wykonawcę dla kompleksu obiektów, a mianowicie: (...); 2. (...); 3. (...); 4. Zakład Karny (...); 5. Zakład Karny w (...) Przeróbce; 6. Zakład Karny w (...); 7. Zakład Karny w (...); 8. Zakład Karny w (...). Na podstawie umowy z (...) oraz (...) w (...) określony został zakres czynności do wykonania w ramach pełnienia czynności nadzoru inwestorskiego na rzecz inwestora, (...). Czynności te zostały zaakceptowane kwotowo w ramach procedur konkursowych (...). W zadaniu tym – jak wskazał obwiniony w ramach wyjaśnień - występowały ograniczenia czasowe i finansowe (budżet określony przez (...)), w związku z tym czynności wyboru personelu nadzorującego dostosowano do tych uwarunkowań. Prace budowlane dotyczące zadania na obiektach ruszyły pod nadzorem tylko funkcjonariuszy i pracowników (...) w (...) z stosownymi uprawnieniami (bez składu nadzoru technicznego zgodnie z umową). Podpisanie umowy przez Inwestora nastąpiło 18.07.2013r. gdzie realizacja niektórych prac nie mogła odbywać się bez nadzoru. Na podstawie powyższego dokonano zaproszeń na spotkanie kwalifikacyjne z udziałem przedstawicieli (...) w (...) (zgodnie z umową). W zaproszeniach podano: • maksymalną kwotę finansową dla poszczególnych zadań; • zakres obowiązków; • rejon wykonywanych prac; • zakres czynności prac do wykonania w zakresie wiedzy budowlanej, finansowej, prawnej oraz BHP. Podczas pierwszego spotkania pojawiło się tylko trzech kandydatów. Także podczas drugiego spotkania również nie pojawili się wszyscy kandydaci na stanowiska z uwzględnieniem rejonu m.in. branży elektrycznej, budowlanej i sanitarnej dla (...)czy ZK (...). Również zakres prac rozliczeniowo - technicznych nie był kompletny. Terminowość realizacji całego zadania była zagrożona, co groziło niekorzystnym skutkiem finansowym dla (...). Angażowano wszystkie osoby chętne do wzięcia udziału za określone stawki finansowe (spełniające jednak określone kryteria potrzeb dla realizacji zadania). Na podstawie powyższego powstała lista kandydatów (osoby fizyczne), z którymi zostały podpisane w dniu 30 września 2013 r. umowy objęte zwolnieniem ze stosowania ustawy z dnia 29 stycznia

**Sygn. akt BDF1.4800.49.2018**

2004 r. Prawo zamówień publicznych, określone w art. 4 pkt 8 (zamówienia poniżej 14.000 EURO).

Osobom tym powierzono – tak jak w zaproszeniu do udziału w konkursie - zadania w następującym zakresie:

Numer projektu umowy	Zakres nadzoru
(...)	Pracownik techniczno-finansowy
(...)	Pracownik techniczno-finansowy
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży elektrycznej (AŚ (...), AŚ .., ZK (...), ZK (...), ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży elektrycznej (AŚ (...), ZK (...), ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży sanitarnej (AŚ (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży sanitarnej (AŚ (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży sanitarnej (ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży budowlanej (AŚ (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży budowlanej (AŚ (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży budowlanej (ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży budowlanej (ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży budowlanej (ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży sanitarnej (ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży sanitarnej (ZK (...))
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży elektrycznej i sanitarnej (wszystkie jednostki)
(...)	Radca Prawny Nadzoru Inwestycyjnego w zakresie prawnym (...)
(...)	Radca Prawny Nadzoru Inwestycyjnego w zakresie prawnym (...)
(...)	Pracownik techniczno-organizacyjny budowy ((...))
(...)	Pracownik techniczno-organizacyjny budowy (AŚ (...))g, ZK (...), ZK Kwidzyn, ZK (...)

(...)	Koordinator ds. kadrowych i rozliczeń finansowych w zakresie realizacji umowy zawartej z (...) wszystkie jednostki)
(...)	Starszy inspektor ds. finansowych w zakresie realizacji umowy zawartej z (...)
(...)	Inspektor ds. finansowych w zakresie realizacji umowy zawartej z (...)
(...)	Inspektor nadzoru inwestycyjnego w branży BHP (wszystkie jednostki)
(...)	Pracownik nadzoru dokumentacyjnego (wszystkie jednostki)
(...)	Inspektor nadzoru w zakresie czynników ochrony oraz wykonawców (wszystkie jednostki)

Obwiniony w wyjaśnieniach podnosił również, że prowadzony proces inwestycyjny był procesem dynamicznym, szczególnie w realizacji działań obiektów funkcjonujących jednostek penitencjarnych i dlatego z Inwestorem na bieżąco prowadzone były rozmowy celem należytego prowadzenia nadzoru jak i osiągnięcia zamierzonego celu zadania (gdzie nadzór techniczny był kluczowym elementem uzyskania zakończenia prac). Dotyczyło to również m.in. zatrudnienia osób w procesie inwestycyjnym. W okresach comiesięcznych podpisywana była prawidłowość wykonywanych prac przez funkcjonariusza (...) oraz akceptowana przez Dyrektora Okręgowego.

Zaskarżone orzeczenie MKO dotyczy 21 umów spośród zawartych 25, których dotyczą zadania opisane w tabeli. Nie objęto tym orzeczeniem - czterech umów (nr 001 i 002 oraz nr 024 i 025) ujętych w powyższym zestawieniu, których przedmiotem - w ramach nadzoru inwestorskiego - są zadania związane - w przypadku dwóch pierwszych - z nadzorem budowlanym nad branżą elektryczną oraz - kolejnych - z nadzorem dokumentacyjnym i z nadzorem w zakresie czynników ochrony oraz wykonawców - wszystkich jednostek.

GKO stwierdza również, że w sentencji orzeczenia MKO nie wskazała dat ich zawarcia (30 września 2013 r.), które odnoszą się do czasu popełnienia przypisanego naruszenia. Jest to niewątpliwie wada tego orzeczenia, albowiem art. 135 ust.1 pkt 5 uondfp wymaga określenia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz (...) z *podaniem sposobu i czasu jego popełnienia, naruszonego przepisu prawa oraz przepisu ustawy określającego to naruszenie;*”. Jednakże ta data była możliwa do ustalenia także w oparciu o argumentację jaka została podana w jego uzasadnienia (str 5 akapit), gdzie

wskazano: (...) *wszystkie umowy zostały zawarte w tej samej dacie, tj. w dniu 30 września 2013 r. (...)*. Z tego też względu GKO nie uwzględniła wniosku Zastępcy Głównego Rzecznika o przekazanie tej sprawy tylko z tego powodu do ponownego rozpoznania przez MKO i rozpoznała sprawę co do jej meritum.

W ocenie GKO, w stanie faktycznym sprawy nie doszło do nieuprawnionego podziału zamówienia i w konsekwencji udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Odrębne szacowanie zamówień w ramach zadania „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)” w podziale na poszczególne zakresy obowiązków ujęte w powyższej tabeli i w konsekwencji zawarcie umów z uwzględnieniem zwolnienia ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, określonego w art. 4 pkt 8 było uprawnione, a tym samym nie stanowiło wskazanego w orzeczeniu MKO naruszenia art. 5b pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji także zarzucane obwinionemu działanie nie stanowiło naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uodnfp.

Wbrew twierdzeniom MKO, z analizy dokumentów bezspornie wynika, że dla ustalenia przedmiotu umowy kluczowe znaczenie miał § 1 ust.1 każdej z tych umów, w którym wskazano cyt.: *„1.Szczegółowy zakres obowiązków i uprawnień nadzoru inwestorskiego określa Załącznik nr 1 stanowiący integralną część umowy oraz obowiązujące przepisy i wytyczne wynikające z przyjętych procedur dotyczących tej inwestycji uzgodnionych w trakcie realizacji umowy.”* Z kolei w jego ust. 2 ustalono dla jakiego kompleksu *„2. Zleceniodawca zleca, a Zleceniobiorca przyjmuje do wykonania działając tylko i wyłącznie na rzecz Okręgowego Inspektoratu Służby Więziennej w (...) pełnienie nadzoru inwestorskiego w zakresie (...)*. Wskazany załącznik nr 1 opisujący przypisane zindywidualizowane zadania dla danej osoby, która była stroną umowy - stanowił jej integralną część. MKO za wspólną cechę kluczową dla tej sprawy niesłusznie przyjęła tytuł tych umów oraz preambułę opisującą te umowy jako umowy o pełnienie (na wykonanie) nadzoru inwestorskiego, podczas gdy w stanie faktycznym tej sprawy niewątpliwie kluczowe były zadania opisane w załączniku nr 1 oraz przypisane lokalizacje jednostek podległych (...)na których te zadania miały być wykonywane. Przykładowo, zgodnie z umową nr

(...)nadzór budowlany nad branżą sanitarną z lokalizacją dla trzech jednostek (AŚ (...), AŚ (...) i ZK (...)). Podobne ustalenia wynikają z pozostałych umów. GKO zwraca uwagę na różnorodność zadań. Oprócz bowiem typowych zadań związanych z nadzorem budowlanym w danej branży (elektrycznej, sanitarnej robót ogólnobudowlanych) oraz w związku z pełnieniem funkcji Inżyniera projektu w podziale na obiekty - indywidualne umowy dotyczyły także: weryfikacji prawnej dokumentacji, rozliczeń finansowych, spraw kadrowych, nadzoru dokumentacyjno-organizacyjnego, nadzoru ochronnego i pracowniczego z przypisanymi różnymi lokalizacjami w ramach ośmiu jednostek.

Wbrew twierdzeniom MKO świadczenie usług na rzecz ośmiu różnych jednostek w odrębnych lokalizacjach - odległych od siebie znacząco (nawet powyżej 80 km) i ze znaczącym czasem przejazdów (w zależności od średniej prędkości uzależnionej także od sytuacji na drodze nawet powyżej 2 godzin ) również implikuje twierdzenie, że te usługi z założenia - z uwagi na regulę z art. 5b pkt 2 czy też z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp - nie musiały być zlecone jednemu wykonawcy, (w tym przypadku czytaj: przedsiębiorcy), a mogły być zlecone różnym osobom fizycznym na podstawie odrębnych umów cywilno-prawnych. W tym przypadku należało się zgodzić z obrońcą obwinionego, że w przypadku tego stanu faktycznego odnoszącego się do organizacji pełnienia zadań z zakresu nadzoru inwestorskiego – w szerszym niż w jego standardowym ujęciu (różne branże budowlane, uprawnienia i specjalności, zadania ekonomiczne, prawne i organizacyjne) - jest to niemal modelowy przykład zamówienia, które z reguły nie musi być zlecone do wykonania przez Generalnego Wykonawcę jako koordynatora przedsięwzięcia jednemu wykonawcy (przedsiębiorcy), ale różnym osobom fizycznym. To z kolei pozwalało obwinionemu na odrębne zawarcie wskazywanych w zaskarżonym orzeczeniu 21 umów. Obwiniony bowiem nie był zobowiązany, uwzględniając reguły z art. 32 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp w związku z jej art. 5b pkt 2, kwalifikować tych zamówień jako jednego zamówienia tylko dlatego, że w ich tytule oraz preambule posłużył się oznaczeniem umowy o pełnienie (na wykonanie) nadzoru inwestorskiego. Tak jak to wskazywał obrońca z treści tych umów wynikają następujące ustalenia:

- ✓ umowy cechują różne przedmiotowo zakresy – zadania ujęte w załączniku miały być wykonywane w oparciu o przepisy różnych ustaw (podwykonawcy - kodeks cywilny art. 647 (1) kc, sprawy kadrowe - kodeks pracy, umowa zlecenia w kc, rozliczenia finansowe - ustawa o finansach publicznych, umowa o dofinansowanie), a zatem są to umowy wymagające różnej wiedzy i spełnienia różnych warunków,

- ✓ umowy były wykonywane w podziale na różne lokalizacje, tylko częściowo pokrywające się, odległe od siebie i ze znaczącym czasem dojazdu,
- ✓ umowy były realizowane przez pojedyncze osoby fizyczne, których niewątpliwie nie mogłaby realizować jedna i ta sama osoba.

Niewątpliwie te okoliczności bezwzględnie należało uwzględnić jako przemawiające przeciwko bezwzględnemu obowiązkowi sumowania ich wartości.

Powyższe ustalenia zdecydowały o uniewinnieniu obwinionego od przypisanego mu zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uodnfp, albowiem GKO uznała, że w stanie faktycznym sprawy zawarcie 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego dla realizacji zadania „Zmniejszenie energochłonności obiektów budowlanych podległych Okręgowemu Inspektoratowi Służby Więziennej w (...)” dla którego Inwestorem inwestycyjnym był Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w (...)nie naruszało reguły z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp.

GKO odnosząc się, co do zarzutu obrazy przepisu art. 38 ust. 1 w zw. z art. 130 ust. 2 uodnfp a także obrazy przepisu art. 151 tej ustawy uznała te zarzuty za niezasadne z powodów formalnych. Rozpoznając bowiem te zarzuty musiała mieć na uwadze także wskazane orzeczenie GKO z dnia 28 kwietnia 2016 r. (sygn. BDF1.4800.3.2016), na które to orzeczenie nie przysługiwał środek odwoławczy. W tym przypadku MKO, jak wynika z podejmowanych czynności ujawnionych także w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, zastosowała się do wytycznych GKO z orzeczenia z dnia 28 kwietnia 2016 r. (sygn. BDF1.4800.3.2016) - organu wyższej instancji, którego zalecenia dla organu pierwszej instancji są wiążące. Powyższe wynika z art. 150 uodnfp w myśl którego: „1. Komisja orzekająca, której została przekazana sprawa do ponownego rozpoznania, orzeka w granicach, w jakich nastąpiło przekazanie. 2. Wskazania Głównej Komisji Orzekającej co do dalszego postępowania są wiążące dla komisji orzekającej, której sprawę przekazano”. GKO na marginesie (za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z dnia 25 lutego 2014 r. V SA/Wa 2107/13) - w odniesieniu do zarzutu obrazy przepisu art. 151 – ustanawiającego zakaz reformationis in peius (z uwagi na wydanie w stosunku do obwinionego wyroku surowszego wobec objęcia stanem faktycznym wszystkich 21 umów, niż w pierwszym postępowaniu) zwraca uwagę, że rozstrzygnięciem surowszym, o którym mowa w art. 151 uodnfp jest nie tylko rozstrzygnięcie, które zawiera postanowienia mniej

korzystne pod względem skutków prawnych w porównaniu z orzeczeniem uchylonym i zwiększające zakres dolegliwości w porównaniu z tym orzeczeniem (uchylonym), ale zakaz reformationis in peius obejmuje również zakaz dokonywania nowych niekorzystnych dla obwinionego ustaleń faktycznych. Niewątpliwie w tej sprawie mamy doczynienia z nowymi ustaleniami niekorzystnymi dla obwinionego, jednakże poczynionymi zgodnie z wytycznymi organu wyższej instancji, a które w konsekwencji nie spowodowały surowszego rozstrzygnięcia, a wręcz wydane zostało rozstrzygnięcie co do kary łagodniejsze. Mianowicie w miejsce kary nagany MKO w zaskarżonym orzeczeniu orzekła karę upomnienia.

GKO, odnośnie zarzutu obrazy przepisu art. 19 ust. 2 ustawy w zw. z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp (z uwagi na nie ustalenie w zaskarżonym wyroku formy winy obwinionego pomimo, że czyn określony w art. 32 ust. 2 Pzp można popełnić tylko umyślnie) zwraca uwagę, że MKO jednoznacznie wskazała, że „Zawinione działanie obwinionego w rozumieniu art. 19 ust. 2 udfp nie budzi, zdaniem MKO, żadnych wątpliwości. Dzieląc zamówienie na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości i podpisując 21 umów o pełnienie nadzoru inwestorskiego nie dołożył on staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za zgodne z normatywnie określonymi zasadami zaciąganie zobowiązań i wydatkowanie środków publicznych w trybie i na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, do czego obliguje art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 22077). W dniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych obwiniony (...) *miał faktyczną i prawną możliwość zachowania się zgodnie z przepisami, poprzez – jak zostało uprzednio uzasadnione – udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, przy czym wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, co czyniłoby zadość wymogom art. 32 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa GKO oraz sądów administracyjnych od dysponenta środków publicznych należy oczekiwać wysokiej świadomości prawnej oraz znajomości przepisów prawa na poziomie wyższym niż podstawowy*”. GKO zwraca także uwagę, że ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wprowadza podziału na umyślność i nieumyślność naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wyłączając odpowiedzialność w art. 19 ust.2 tylko wówczas gdy winy nie można przypisać sprawcy naruszenia, co stanowi wyraźne podkreślenie, że chodzi o normatywne ujęcie winy. Winę należy zatem rozumieć jako zarzut stawiany sprawcy, że

naruszył normę prawną w sytuacji, gdy można było od niego wymagać zachowania zgodnego z prawem. Konsekwencją przyjęcia wyżej przedstawionej koncepcji winy – jak podkreśla orzecznictwo i doktryna - jest oparcie odpowiedzialności na kryterium należytej staranności, zindywidualizowanej - wymaganej od osób wykonujących obowiązki związane z gospodarowaniem finansami publicznymi.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.