



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

Warszawa, dnia 14 listopada 2013 r.

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Kaczorkiewicz (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Przemysław Szelerski</b>
Protokolant:		<b>Dorota Machnicka</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2013 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionej pełniącej w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z 21 marca 2013 r., sygn. akt: KO/7101/10/13, którym Komisja Orzekająca I instancji uznała Obwinioną odpowiedzialną 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 poprzez udzielenie w dniach 3 stycznia 2011 r., 20 maja 2011 r. oraz 10 sierpnia 2011 r. wykonawcy zadania inwestycyjnego „Adaptacja budynku na potrzeby dydaktyczno-edukacyjne Wydziału Organizacji i Zarządzania Politechniki w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 -2013” zamówień w trybie z wolnej ręki, pomimo braku spełnienia przesłanek do zastosowania tego trybu, czym naruszyła art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.),

oraz wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł,

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla w całości zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach.**

**Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

**UZASADNIENIE**

Zaskarżone orzeczenie zostało wydane na gruncie następującego stanu faktycznego.

W dniu 25.07.2007 r. Miasto przejęło od Politechniki prawa i obowiązki wynikające z pozwolenia na budowę wydanego dla zadania pod nazwą „Zmiana sposobu użytkowania wraz z rozbudową budynku byłej Wojskowej Komendy Uzupełnień na potrzeby Wydziału Organizacji i Zarządzania Politechniki”. Wraz z przejęciem tych praw i obowiązków jednostka kierowana przez Obwinioną przejęła dokumentację projektową będącą podstawą wydania ww. pozwolenia na budowę. Miasto przystąpiło do realizacji procesu inwestycyjnego i w dniu 20.07.2010 r. zawarło umowę na wykonania prac budowlanych z Przedsiębiorstwem Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych sp. z o. o. W toku realizacji zadania inwestycyjnego okazało się, iż konieczne są prace nieprzewidziane w umowie określone w podpisanych przez obie strony protokołach konieczności. Natura i przyczyny tych robót nie miały charakteru jednorodnego lecz wynikały częściowo z błędów projektowych /np. zaniżona ilość potrzebnej stali zbrojeniowej/, z okoliczności, które ujawniały się w miarę postępu prac /kolizja instalacji, inna wysokość wód gruntowych/, z decyzji inspektorów nadzoru /zbutwiałe belki stropowe, zardzewiałe węgarki/ i wreszcie z decyzji estetyczno - użytkowych /zmiana wystroju pomieszczeń sanitarnych/. Obwiniona pełniąc funkcję Prezydenta Miasta zawarła w dniach 3.01.2011 r., 20.05.2011 r. oraz 10.08.2011 r. umowy na wykonanie tych prac z Przedsiębiorstwem Budownictwa ogólnego i Usług Technicznych sp. z o. o. stosując tryb zamówienia z wolnej ręki. Poprawność powyższego działania została zakwestionowana przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych, który zarzucił naruszenie zasad udzielania zamówienia publicznego w trybach

niekonkurencyjnych, a dokładnie z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 pkt b ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zdaniem rzecznika, przesłanki zamówienia z wolnej ręki nie zachodziły i pogląd ten podzieliła Komisja Orzekająca I instancji, która orzeczeniem z dnia 21.03.2013 r. sygn. akt KO/7101/10/13 uznała Obwinioną odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwanej dalej ustawą, wymierzyła jej karę upomnienia i obciążyła kosztami postępowania. Komisja wskazała, iż nie ma wątpliwości, że do naruszenia zasad udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki doszło. Projekt budowlany został sporządzony „z lekceważeniem zasad należytego projektowania”. Miasto przejmując inwestycję nie dokonało weryfikacji założeń projektowych czego winno dokonać gdyby dokładano należytej staranności. Zdaniem Komisji, nie można uznać, że roboty, które zostały spowodowane wadliwie przeprowadzoną procedurą zamówienia publicznego stanowią zamówienia dodatkowe w rozumieniu art. 67 Prawa zamówień publicznych.

Odwołanie od powyższego orzeczenia złożyła Obwiniona wskazując, iż postępowanie winno zostać zawieszono do czasu uzyskania od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych interpretacji dotyczącej sposobu obliczania wartości robót dodatkowych. Wskazała, iż uwzględniając standardowe ceny wykonania koreferatu jego sporządzenie kosztowałoby więcej niż wartość zamówionych robót tym bardziej, iż ich konieczność ujawniała się stopniowo w miarę postępu robót zamówienia głównego, a nie jednorazowo. Zarzuciła również, iż materiał dowodowy był niekompletny, gdyż nie uwzględniono dokumentu zawierającego odmowę podpisania protokołu kontrolnego. Obwiniona wniosła o uchylenie orzeczenia i umorzenie postępowania, względnie przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Komisję Orzekającą I instancji.

GKO zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zawarte w nim zarzuty są zasadne, zaś samo orzeczenie zawiera również wady w odwołaniu nie wskazane. W szczególności nie sposób się zgodzić z zarzutami natury proceduralnej. Wniosek dowodowy podlega oddaleniu, jeżeli dotyczy okoliczności pozostającej bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego i wydawanego orzeczenia. Bez znaczenia był fakt odmowy podpisania protokołu kontrolnego i motywy takiej odmowy wynikające z pisma przedłożonego w charakterze dowodu. Stosownie do art. 80 ustawy Komisja uprawniona i zarazem obowiązana jest do

samodzielnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności do oceny prawnej wynikającej z ustalonych okoliczności faktycznych. Z tego względu Komisji nie wiąże, ani dokument kontroli, ani pismo zawierające uzasadnienie dla odmowy podpisania dokumentów kończących postępowanie kontrolne. Natomiast okoliczności faktyczne wynikające z wnioskowanego dokumentu zostały ustalone na podstawie dokumentacji źródłowej, zresztą nie były między stronami sporne. Natomiast odmowa zawieszenia postępowania była jak najbardziej zasadna również ze względu na fakt, iż w sprawie nie kwestionowano wartości zamówień dodatkowych jako przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a co za tym idzie wartość zamówienia była bez znaczenia dla rozpoznania sprawy. W postępowaniu przed Główną Komisją Orzekającą Obrońca Obwinionej wskazał, iż dowód ten był potrzebny ze względu na chęć udowodnienia, iż sporządzanie koreferatu w tej sprawie było działaniem nieuzasadnionym ekonomicznie. Ponieważ jednak GKO, z powodów, które zostaną wskazane poniżej, uważa, iż sporządzanie koreferatu było w tej sprawie zbędne z innych przyczyn, przeto dowód ten nie dotyczy żadnych okoliczności mających wpływ na rozstrzygnięcie. Zasadne są natomiast częściowo zarzuty odnoszące się do pominięcia faktu, iż Obwiniona nie miała żadnego wpływu na treść, zakres i rozwiązania projektowe zawarte w dokumentacji przejętej od Politechniki. Zgadza się co do zasady z poglądem wyrażonym w wyroku NSA z dnia 22.03.2000 r., sygn. akt II SA 2169/99, iż wadliwie przeprowadzona procedura zamówienia publicznego nie może służyć jako pretekst do odstępowania następnie od konkurencyjnych trybów zamówienia, GKO wskazuje, iż wyrok ten nie ma zastosowania do niniejszej sprawy. Raz ze względu na fakt, iż trudno jednoznacznie przyjmować, iż procedura była przeprowadzona wadliwie skoro została dostosowana odpowiednio do posiadanej dokumentacji, dwa ze względu na pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.02.2013 r., sygn. akt KIO 212/13 sprowadzający się do konstatacji, iż w przebudowie obiektu zabytkowego, ponad stuletniego naturalnym jest, iż posiadana dokumentacja może nie w pełni odpowiadać stanowi rzeczywistemu i nie sposób przewidzieć pełnego zakresu i rozmiaru robót w takim budynku. Przy tego typu pracach naturalnym jest, że zamawiający na etapie sporządzania dokumentacji projektowej nie jest w stanie przewidzieć pełnego zakresu i rozmiaru robót, jakie będą konieczne do wykonania uzyskania oczekiwanego efektu jakim jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu budowlanego, wykonanego zgodnie z projektem oraz przy uwzględnieniu zasad wiedzy technicznej. W obiektach wieloletnich o niepełnej dokumentacji może się zdarzyć sytuacja, w której opracowany projekt nie jest doskonały i stoi w sprzeczności z

drugim z celów, tj. wykonania prac w zgodzie z zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej. Te drugie w takim przypadku winny mieć pierwszeństwo.

GKO wskazuje, iż przebudowywany obiekt jest budowlą ponad stuletnią, przez wiele lat użytkowaną przez podmioty, których dokumentacja daleka była od doskonałości, a na dodatek mogła podlegać utajnieniu. Trzeba również podkreślić, niekwestionowaną wprawdzie w orzeczeniu I instancji ale nie zastosowaną zasadę, iż przewidywalność określonych sytuacji w procedurze zamówień publicznych należy oceniać przez pryzmat należytej staranności dłużnika /wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14.06.2011 r. sygn. akt II CSK 688/10/. Część prac objętych robotami dodatkowymi może być również oceniana przez kontekst wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie sygn. akt V SA/Wa 2403/07 – prace mające na celu niedopuszczenie do katastrofy budowlanej stanowią sytuacje o charakterze nadzwyczajnym. Nie bez znaczenie jest również charakter prac dodatkowych i ich przyczyny. GKO powątpiewa, czy wykonanie koreferatu pozwoliłoby na ujawnienie konieczności wykonania znacznej części prac objętych ostatecznie umowami dodatkowymi, gdyż znaczna część z nich nie była możliwa do uchwycenia bez przeprowadzenia prac wstępnych /np. zbutwiałe belki stropowe, znacznie większa niż przewidywana erozja węgarzków zatopionych wszak w ścianach czy inny niż oczekiwany poziom wód gruntowych/. Nie można zatem wyciągnąć konstatacji ogólnej, iż całość prac była do przewidzenia w momencie przeprowadzania zamówienia podstawowego. Rację ma jednak Komisja Orzekająca I instancji kwestionując poprawność tych prac, których przyczynami nie były istotne wady w zastanym stanie budynku lecz podlegały swobodnemu uznaniu zamawiającego. Dotyczy to wszystkich prac podyktowanych względami estetycznymi czy poprawieniem jakości późniejszego użytkowania. Trzeba bowiem wspomnieć, iż art. 67 Prawa zamówień publicznych przewiduje dopuszczalność zamówienia z wolnej ręki na roboty dodatkowe nie tylko nie dające się przewidzieć, ale na dodatek wyłącznie takie które są niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego lub od których wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione. Zadaniem Komisji Orzekającej I instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy będzie zatem dokonanie rozróżnienia poszczególnych prac dodatkowych na takie, które były niezbędne dla wykonania zamówienia podstawowego i takie bez których i tak było ono możliwe do wykonania, oceny wartości tych prac w stosunku do całości prac dodatkowych i oceny czy wszystkie zawarte umowy takowe prace zawierały. Komisja Orzekająca I instancji będzie wreszcie obowiązana do dokonania prawidłowej kwalifikacji prawnej zarzucanych czynów przy uwzględnieniu faktu, iż w dniu 12.02.2012 r. zmianie

**Sygn. akt BDF1/4900/51/56/13/RWPD-50711**

uległa ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i zachowanie zarzucane Obwinionej w dniu popełnienia naruszało inny przepis prawa, niż w dniu orzekania.