



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

Warszawa, dnia 13 czerwca 2019 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Sławomir Franek</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Kaczorkiewicz</b>
<b>Protokolant:</b>		<b>Dorota Machnicka</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Arkadiusza Babczuka, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 13 czerwca 2019 r., odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) (zam. (...)) pełniącego w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Burmistrza, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z dnia 11 lutego 2019 r., sygn. akt ZDB-4100-19/2017, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...)winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych określonych w:

- **art. 17 ust. 1b pkt 2** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 ze zm.), zwanej uondfp, polegające na udzieleniu Wykonawcy (...)zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości przedmiotu zamówienia 1.116.768,55 zł poprzez podpisanie - pomimo braku ustawowych przesłanek - w dniu 28 września 2016 r. umowy nr 2015/IZP.IR.R/95a zawartej w przedmiocie zamówienia „*Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej*”, co narusza art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” i „b” ustawy Prawo zamówień publicznych;
- **art. 17 ust. 1 pkt 6** uondfp, polegające na zaniechaniu zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - czas popełnienia czynu 26 lipca 2016 r. - o wszczęciu 22 lipca

2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2017 r. poz. 2479), co narusza art. 67 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 327,81 zł,  
**Orzeka:**

- 1) **na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2, ust. 3 uondfp, uchyla w całości zaskarżone orzeczenie i uniewinnia Obwinionego (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp oraz w art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp,**
- 2) **na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

**Pouczenie:**

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

**UZASADNIENIE**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu (dalej „RKO”) orzeczeniem z 11 lutego 2019 roku uznała Obwinionego (...) (dalej „Obwiniony”), zatrudnionego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...), na stanowisku Zastępcy Burmistrza, odpowiedzialnym za naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w:

- **art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp**, polegające na udzieleniu Wykonawcy (...) zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości przedmiotu zamówienia 1.116.768,55 zł poprzez podpisanie - pomimo braku ustawowych przesłanek - w dniu 28 września 2016 r. umowy nr (...) a zawartej w przedmiocie zamówienia „*Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej*”, co narusza art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” i „b” ustawy Prawo zamówień publicznych oraz
- **art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp**, polegające na zaniechaniu zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - czas popełnienia czynu 26 lipca 2016 r. - o wszczęciu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień

oraz konkursów od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2017 r. poz. 2479), co narusza art. 67 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 i art. 37 uondfp **wymierzono Obwinionemu karę nagany**. Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych orzeczono zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 327,81 zł (słownie: trzysta dwadzieścia siedem złotych 81/100).

Przedmiotowe rozstrzygnięcie poprzedzone było orzeczeniem RKO z 12 grudnia 2017 r., sygn. akt ZDB-4100-19/2017, którym uznano Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wymierzono karę pieniężną w wysokości 0,25 miesięcznego wynagrodzenia, tj. w kwocie 2.284,17 zł. W uzasadnieniu orzeczenia RKO szczegółowo omówiła poczynione ustalenia faktyczne i prawne.

Odwołanie od ww. orzeczenia pismem z dnia 5 lutego 2018 r. złożył Obwiniony.

W wyniku jego rozpatrzenia Główna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwana dalej „GKO”), orzeczeniem z 26 kwietnia 2018 r., sygn. akt BDFI.4800.16.2018, uchyliła w całości orzeczenie RKO i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania przez RKO. GKO nie przychyliła się do stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który wnosił, podobnie jak Obwiniony, o uniewinnienie.

GKO rozpoznając ówczasie sprawę, uwzględniając regułę z art. 24 ust. 1 uondfp stwierdziła, że RKO nie dokonała zgodnych z przepisami uondfp ustaleń oraz ich uzasadnienia, co do strony prawnej w zakresie kwalifikacji zarzucanego Obwinionemu czynu na gruncie zmienionych przepisów ustawy Pzp. Zdaniem GKO, ze względu na uchybienie RKO w zakresie zastosowania przepisu art. 24 uondfp, należało przekazać sprawę do ponownego rozpoznania. Jak stwierdziła GKO w treści uzasadnienia orzeczenia RKO brak jest analizy prawnej, pozwalającej na stwierdzenie, że RKO w sposób rzeczywisty dokonała oceny w zakresie zmiany treści przepisów ustawy Pzp, tj. obowiązującej od dnia 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Pzp, dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), w odniesieniu do czynów popełnionych przez Obwinionego. GKO zwróciła uwagę, że pomiędzy wszczęciem przez Gminę (...) w dniu 22 lipca 2016 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn.: „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej” a zawarciem umowy, w dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (k. 177-176). W ocenie GKO, w ponownym postępowaniu RKO powinna, przed przypisaniem Obwinionemu odpowiedzialności za popełnienie przez niego czynu stanowiącego naruszenie

art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, dokonać oceny, czy Obwiniony popełnił zarzucany czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, w oparciu o przepis art. 24 uondfp, dokonać ustalenia i porównania treści normatywnej art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu przed i po nowelizacji. GKO wskazała, że uwzględnić przy tym należy, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji obok wymaganych przed nowelizacją przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) wymaga dodatkowo od Zamawiającego wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Według GKO możliwa wydaje się interpretacja, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp po nowelizacji jest przepisem bardziej restrykcyjnym niż ten sam przepis w brzmieniu przed nowelizacją. Tym samym wątpliwości budzi, czy ustalenie RKO, że należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych nie była względniejsza dla sprawcy jest ustaleniem prawidłowym. Jak odnotowała GKO z treści uzasadnienia RKO wynika, że RKO rozstrzygając w powyższej sprawie w całości przychyliła się do poglądów przedstawionych w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2017 r. sygn. akt KIO/KD 5/17 oraz Informacji o wyniku kontroli z dnia 30.12.2016 r. GKO zauważa, że analiza dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w ww. uchwale, co trafnie podkreśla Obwiniony, odnosi się do przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu przed nowelizacją. A przecież jako datę popełnienia czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1 b pkt 2 uondfp RKO wskazała dzień zawarcia umowy, tj. 28 września 2016 r. Niezależnie od powyższego GKO podkreśliła, że nie podziela stanowiska prezentowanego w odwołaniu, jakoby popełniony przez Obwinionego czyn stanowiący naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp można by było zakwalifikować jako dopuszczalną, po nowelizacji ustawy Pzp, zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (k.176). W ocenie GKO nie ulegało wątpliwości, że zamiarem Obwinionego było udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, nie zaś zmiana umowy (...) z dnia 21 września 2015 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym (Gminą (...)) a Wykonawcą (...). Zamiar udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp został przez Zamawiającego zrealizowany poprzez zawarcie z Wykonawcą (...)w dniu 28 września 2016 r. kolejnej umowy nr (...). W wyniku opisanych działań Zamawiającego doszło do nawiązania z Wykonawcą (...)dwóch odrębnych stosunków prawnych (zawarcia dwóch umów), a nie do zmiany istniejącego jednego stosunku prawnego (zmiany zmiana umowy z dnia 21.09.2015 r.). GKO podkreśliła także, że jako podstawę zawarcia umowy z dnia 28 września 2016 r. nr (...) wskazano w jej treści przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 3 ustawy Pzp, nie wskazując natomiast przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, która to podstawa była wskazywana przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania w sprawie zamówienia publicznego i analizowana później w toku kontroli tego postępowania prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W związku z tym GKO wskazała, że zasadne jest wyjaśnienie przez RKO także tej rozbieżności w zakresie dotyczącym podstawy prawnej udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, które stanowi przedmiot postępowania w przedmiocie naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Co do czynu stanowiącego naruszenie art. 17

ust. 1 pkt 6 uondfp GKO stwierdziła, że RKO także nie dokonała ustaleń wynikających z przepisu art. 24 ust. 1 uondfp. GKO wskazała jednak, że ich brak w realiach niniejszej sprawy nie miał wpływu na prawidłowość podjętego przez RKO rozstrzygnięcia w zakresie tego czynu.

GKO uznała, że w sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu popełnienia naruszenia - stosownie do treści art. 24 ust. 1 uondfp. GKO nie stwierdziła bowiem, aby od momentu popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu do dnia wydania orzeczenia doszło do zmiany przepisów zarówno w zakresie normy sankcjonowanej, jak również w zakresie normy sankcjonującej stanowiącej podstawę odpowiedzialności Obwinionego. GKO uznała, że weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia doprowadzała GKO do wniosku, że RKO prawidłowo ustaliła stan faktyczny, prawidłowo dokonała ustaleń odnoszących się do strony podmiotowej odpowiedzialności, także w ocenie GKO naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp było zawinione. GKO wskazała także, że gdyby Zamawiający Gmina (...) przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dokonał zmiany umowy (...) z dnia 21 września 2015 r. w sposób przewidziany w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wówczas reguła wynikająca z przepisu art. 24 uondfp doprowadziłaby do uniewinnienia Obwinionego. Jednak w tej sprawie Zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki bez stosowania trybu konkurencyjnego, co w ocenie GKO uniemożliwia zastosowanie przez RKO i GKO, postulowanych przez Obwinionego w treści odwołania norm z wartych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zatem jak zaleciła GKO po dokonaniu przez RKO ustalenia i uzasadnienia tego ustalenia, czy do czynów popełnionych przez Obwinionego znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp przed czy po nowelizacji tej ustawy, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., RKO powinna ocenić, czy zostały spełnione przesłanki udzielenia przez Gminę (...) zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, uwzględniając przy tym i dokonując analizy argumentacji w odniesieniu do tych przepisów prezentowanej przez Obwinionego w odwołaniu.

GKO nie podzieliła poglądu Obwinionego, co do możliwości uznania przez RKO, że art. 24 uondfp daje podstawę do przyjęcia, że popełniony przez Obwinionego czyn stanowiący naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp może być zakwalifikowany jako dopuszczalna, w świetle znowelizowanego art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego.

GKO wskazała również, że do prawidłowego stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp nie jest wystarczająca również okoliczność, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej „efektywnego” wykonania określonego zadania. Zamawiający jest bowiem zobligowany do wykazania, że tylko ten właśnie wykonawca ma możliwość wykonania określonego zamówienia. Okolicznością wyłączającą możliwość zastosowania trybu z wolnej

ręki jest ustalenie, że obiektywnie istnieją inni wykonawcy, którzy potencjalnie mogliby dane zamówienie realizować.

Nadto GKO zauważyła, że do prawidłowego stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp konieczne jest, aby Wykonawcy przysługiwały prawa wyłączne wynikające z odrębnych przepisów. Jak trafnie wskazała RKO nie stanowi wystarczających podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp okoliczność, że udzielenie przedmiotowego zamówienia innemu Wykonawcy doprowadziłoby, w ocenie Zamawiającego, do naruszenia praw wyłącznych Wykonawcy zamówienia pn.: Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...) w zakresie praw autorskich do projektu wykonawczego budowanego obiektu, gdyż nowy Wykonawca musiałby w istotnej części dokonać przeprojektowania założeń i koncepcji budowy całego obiektu. Ponadto, jak zauważyła RKO, Zamawiający mógł zadbać o właściwe regulacje umownych w zakresie gwarancji czy też autorskich praw majątkowych do projektu wykonawczego i ich przeniesienie na Zamawiającego.

Zdaniem GKO przypisując odpowiedzialność RKO, przy ponownym rozpatrywaniu sprawy, powinna dokonać ponownych ustaleń w zakresie wymiaru kary. W razie stwierdzenia przez RKO, że fakt w udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki bez stosowania trybu konkurencyjnego, stanowi w rozpatrywanej sprawie istotne naruszenie zasad wymienionych w art. 34a pkt 4 uoondfp, będzie skutkowało wymierzeniem Obwinionemu kary pieniężnej.

Końcowo GKO zwróciła uwagę na regulację art. 150 uoondfp w kontekście wiążących dla komisji orzekającej, której sprawę przekazano, wskazań GKO co do dalszego postępowania.

Regionalna Komisja Orzekająca ustaliła następujący stan faktyczny.

Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Gminie (...) złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Jak wynika ze zgromadzonych dokumentów, Zamawiający w dniu 21 lipca 2016 r. zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „BZP”) ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki w zakresie wykonania sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonania kas biletowych zewnętrznych, wykonania pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawy i montażu agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej, z Wykonawcą zadania pn.: „(...)”, tj. z przedsiębiorstwem (...) (k. 97-94). W dniu 22 lipca 2016 r. Zamawiający wysłał zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki dla ww. Wykonawcy, co wynika z protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (k. 52-47).

Ponadto wartość zamówienia wykonywanego na podstawie umowy z dnia 28 września 2016 r. opiewało na 4,88 % kwoty zamówienia pierwotnego, które opiewało zgodnie z umową z dnia 21 września 2015 r. nr (...) obejmowało kwotę 26.663.665,71 zł (k. 162-161).

*Jak wynika z protokołu z narady koordynacyjnej na budowie hali widowiskowo-sportowej w (...) z dnia 6 września 2016 r. „generalny wykonawca «(...)» informuje, że w dalszym ciągu podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące wartości robót rozszerzających zakres podstawowy, w tym obecnie uwzględnionych trybun." (k. 211-214).*

W dniu 28 września 2016 r. zawarta została umowa nr (...) podpisana przez (...)Zastępcę Burmistrza (...)na wykonanie zamówienia pn. „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...):

- wykonanie sterowania ogrzewania i chłodzeniem podłogowym,
- wykonanie kas biletowych zewnętrznych,
- wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów,
- dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej" (k. 3-7).

RKO wyjaśniła w toku ponownego postępowania zgodnie z zaleceniami GKO (art. 150 uo ndfp) przyczynę, z powodu której w umowie nr (...) z dnia 28 września 2016 r. na realizację zamówienia pn. „Budowa Hali Widowiskowo-Sportowej w (...)” w podstawie prawnej umowy wskazano art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp natomiast w dokumentacji postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w tym w Protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nr (...) oraz w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wskazano przepis art. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp. Nadto wyjaśniła rozbieżność pomiędzy § 1 ww. umowy z dnia 28 września 2016 r. dotyczącym zakresu robót w przedmiocie „wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów” a zakresem robót określonym w ww. Protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nr (...), w którym wskazano na „wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji” (k. 206).

W piśmie z dnia 9 listopada 2018 r. nr (...), Burmistrz (...) wyjaśnił, że: faktyczną podstawą udzielenia zamówienia był art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a i b Pzp, co wynika z dokumentów takich jak: wniosku o przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia, ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, jak również z wyjaśnień składanych przez Zastępcę Burmistrza w toku dotychczasowego postępowania. Wyjaśniono, że przywołany w treści umowy art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi oczywistą omyłkę. Gmina podkreśliła, że chodziło o osiągnięcie celu, jakim była zmiana zakresu przedmiotu zamówienia, a wdrożony tryb zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp był wynikiem okoliczności, że w ówczesnym stanie prawnym był to jedyny możliwy do zastosowania przepis, gdyż w

tym czasie, dla osiągnięcia ww. celu, nie można było zastosować zmiany umowy w oparciu o art. 144 Pzp.

Z kolei co do użytego w § 1 umowy z dnia 28 września 2016 r. dotyczącego przedmiotu umowy określenia „dodatkowe trybuny dla widzów” a zawartego w dokumentacji zamówienia określenia „pomieszczenia sponsorskie” Burmistrz (...) wyjaśnił, że: pojęciem „pomieszczenia sponsorskie” posługiwano się wskazując w ten sposób wykorzystanie przestrzeni pod określony cel, czyli stworzenie pomieszczeń na potrzeby ograniczonej grupy odbiorców; następnie uznano, że nie należy zamykać się w określonych ramach zagospodarowania dodatkowej przestrzeni, zmieniono jej przeznaczenie na dodatkowe trybuny, które mogą zostać wykorzystane w przypadku dużego zainteresowania wydarzeniami organizowanymi w hali, jako przestrzeń dla widzów (k. 216).

W ocenie RKO, powyższe wyjaśnienia złożone przez Burmistrza (...) w powiązaniu z innymi zgromadzonymi dowodami m.in. umową z dnia 28 września 2016 r. (k. 2-7) potwierdzają, że przedmiotowa umowa dotyczyła m.in. wykonania dodatkowej trybuny dla widzów a podstawę jej zawarcia i zastosowania trybu z wolnej ręki stanowił art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 18 października 2016 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki w BZP pod nr(...). Wartość zamówienia wyniosła 1 116 768,55 zł czyli 267 495,88 euro (k. 52).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu na dzień 22 lipca 2016 r. (k. 42-32). Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (k. 31-28). Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego i przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą (k. 27-18). Uchwałą z dnia 14 lutego 2017 r., sygn. akt (...), Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego (k.17-8).

Z wyjaśnień złożonych przez Obwinionego Rzecznikowi w dniu 25 maja 2017 r. (k. 104-98) wynika, że w trakcie realizacji zadania pod nazwą „Budowa Hali widowiskowo-sportowej w (...) ” Wykonawca zasugerował konieczność wykonania robót zwiększających atrakcyjność oraz funkcjonalność nowo realizowanego obiektu, które to roboty nie były objęte zamówieniem podstawowym.

Wykaz robót zwiększających atrakcyjność oraz funkcjonalność obiektu: 1. Wykonanie sterowania ogrzewaniem podłogowym - zastosowanie sterowników pokojowych do podłogówki z głowicami sterującymi w rozdzielaczach.



Rozwiązanie takie wprowadzi oszczędności w trakcie użytkowania obiektu w zakresie zapotrzebowania ciepłego oraz proponowanej instalacji chłodu. Pozwoli na indywidualne sterowanie ogrzewaniem oraz chłodem (wyłączaniem w trakcie braku użytkowania, ustawianiem indywidualnej temperatury) w każdej strefie temperaturowej z osobna. Zakres prac ingeruje w zaprojektowaną dotychczas instalację w zakresie rozdzielaczy instalacji podłogowej oraz jego sterowania. Montaż w późniejszym etapie wiązałby się z koniecznością demontażu rozdzielaczy. Instalacja zasilająca oraz instalacja pomiędzy rozdzielaczami a sterownikami pokojowymi powinna zostać wykonana podtynkowo w peszlach osłaniających, 2. Wykonanie instalacji chłodzenia obiektu - zastosowanie agregatu wody lodowej;

Instalacja ta podniesie komfort cieplny zwłaszcza latem we wszystkich pomieszczeniach na obiekcie, począwszy od strefy wejściowej dla kibiców, biura, strefę fitness po szatnie zawodników, a nie tylko w pomieszczeniach biurowych jak zakładał projekt budowlany. Wykorzysta już zaprojektowaną instalację ogrzewania podłogowego w całym obiekcie podłączając pod nią agregat wody lodowej.

Wykonanie w/w zakresu robót możliwym jest do realizacji jedynie na obecnym etapie zaawansowania budowy obiektu ponieważ :

- należy rozbudować / zaprojektować wymiennikownię,
- należy poprowadzić rurociągi od wymiennikowni przez pomieszczenie na taras zewnętrzny,
- poprowadzić zasilanie elektryczne niezależne z rozdzielni elektrycznej,
- poprowadzić przewody sterujące,
- wykonać konstrukcję pod agregat wody lodowej,
- wszystkie wymienione instalacje powinny być zakryte tynkiem, sufitem podwieszanym, w przegrodach zabezpieczone pożarowo - prace te powinny być wykonywane zgodnie z harmonogramem budowlanym i technologią, instalacje przed ostatecznym zakryciem powinny być poddane próbom szczelności i próbie podciśnieniowej.

Wykonanie kasy biletowej zewnętrznej umożliwi sprzedaż biletów w dowolnych godzinach bez konieczności udostępniania całego obiektu dla kibiców. Równocześnie ze sprzedażą będzie mogło się odbywać wpuszczanie na obiekt kibiców.

Wykonanie zakresu możliwym jest do realizacji wyłącznie na obecnym etapie zaawansowania budowy obiektu, gdyż wiąże się z koniecznością przeprojektowania konstrukcji obiektu łącznie ze zmianą fundamentowania. Zakres tych prac wymaga uzyskania pozwolenia na budowę;

3. Wykonanie. Wykonanie pomieszczeń sponsorskich, poprawi rentowność obiektu poprzez pozyskiwanie dodatkowych środków finansowych z wynajmu.

Wykonanie w/w zakresu robót możliwym jest do realizacji wyłącznie na obecnym etapie zaawansowania budowy obiektu ponieważ:

- zakres prac wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, a co za tym idzie konieczność ponownego oddania budynku do użytkowania,
- zakres prac ingeruje w konstrukcję zaprojektowanego obiektu i wykonanie tych prac w późniejszym terminie wiązałoby się z utratą gwarancji oraz wyłączeniem budynku z eksploatacji na czas prowadzenia robót,

- zmienia się podział obiektu na strefy pożarowe (powiększona strefa klatek schodowych), drogi i instrukcje ewakuacyjne, powierzchni oddymiania,
- należy zaprojektować rozbudowę instalacji wentylacji i klimatyzacji łącznie z dostosowaniem central obsługujących arenę z powodu zmiany kubatury hali,
- należy poprowadzić rurociągi od jednostek klimatyzacyjnych wewnętrznych przez pomieszczenie na taras zewnętrzny do jednostek klimatyzacyjnych zewnętrznych - duża ilość rurociągów,
- zamontować centralę wentylacyjną nad sufitem - potem niewykonalne bez rozbierania sufitu, kanały wentylacyjne i kształtki przebiegają nad sufitem - potem niewykonalne bez rozbierania sufitu,
- montaż czerpni i wyrzutni w elewacji - potem niewykonalne bez naruszenia elewacji,
- należy przewidzieć dodatkowe pole w rozdzielni głównej elektrycznej oraz poprowadzenie zasilania elektrycznego do centrali wentylacyjnej i urządzeń klimatyzacyjnych,
- wymagane jest poprowadzenie przewodów sterujących - duża ilość,
- zamontowanie i zasilanie rozdzielnic automatyki dla centrali wentylacyjnej,
- wykonanie konstrukcji pod centralę wentylacyjną, pod agregaty klimatyzacyjne, co wiąże się z ingerencją w pokrycie dachowe i wykonania przejść szczelnych,
- zakres prac wymaga rozbudowy instalacji DSO, która podlega uzgodnieniu z rzeczoznawcą PPOŻ,
- zakres prac wymaga rozbudowy instalacji SAP, która podlega uzgodnieniu z rzeczoznawcą PPOŻ\
- wszystkie wymienione instalacje będą zakryte tynkiem, sufitem podwieszanym, w przegrodach zabezpieczone pożarowo - prace te powinny być wykonywane zgodnie harmonogramem budowlanym i technologią,
- instalacje przed ostatecznym zakryciem powinny być poddane próbom szczelności i próbom podciśnieniowym.

Określony powyżej zakres robót zwiększających atrakcyjność oraz funkcjonalność nowo realizowanego obiektu, możliwy był do realizacji pod warunkiem:

- zlecenia robót generalnemu wykonawcy z uwagi na fakt, iż zlecenie w/w robót w późniejszym terminie, osobom trzecim mogłoby narazić zamawiającego na poniesienie niewspółmiernych wysokich kosztów ich wykonania oraz przedłużyć termin wykonania całego obiektu,
- zlecenie robót innemu wykonawcy spowoduje utratę gwarancji fabrycznych rozbudowywanych układów np. ogrzewanie, wentylacja, klimatyzacja.

Zamawiający wskazał, że nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych Wykonawców, gdyż jego zdaniem było to zbędne, ze względu na przytoczoną podstawę prawną i faktyczną udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zamawiający podniósł także, że ingerencja innego Wykonawcy w elementy konstrukcji realizowanego obiektu spowodowałaby utratę gwarancji i rękojmi na całość hali oraz uniemożliwiłaby ustalenie odpowiedzialności za wady obiektu. W jego ocenie udzielenie przedmiotowego zamówienia innemu Wykonawcy doprowadziłoby do naruszenia praw wyłącznych Wykonawcy zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo -*

*sportowej w (...)* w zakresie praw autorskich do projektu wykonawczego budowanego obiektu, gdyż nowy Wykonawca musiałby w istotnej części dokonać przeprojektowania założeń i koncepcji budowy całego obiektu. Zdaniem Zamawiającego doprowadziłoby to do naruszenia w zakresie praw wyłącznych, ponieważ autor projektu wykonawczego - Wykonawca (...) Sp. z o.o. w (...) - posiada prawa autorskie do tego projektu jako utworu, w tym prawo do wykonywania zależnego prawa autorskiego w postaci wprowadzania do niego zmian. Zamawiający poinformował także, że w jego opinii dochował on wszelkiej staranności w celu zapewnienia przejrzystości i transparentności prowadzonego postępowania, gdyż w dniu 21 lipca 2016 r. opublikował w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, co miało zapewnić Wykonawcom możliwość faktycznej realizacji ich uprawnień, polegających na prawie do zakwestionowania czynności dotyczącej wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Ponieważ do siedziby Zamawiającego nie wpłynęły żadne zastrzeżenia co do wyboru ww. trybu uznał on, że zasadnym jest udzielenie przedmiotowego zamówienia Wykonawcy zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)*, w trybie z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił, że jego zdaniem podjęcie kroków zwiększających atrakcyjność i funkcjonalność wznoszonej hali leżało w szeroko pojmowanym interesie społecznym, a zakres realizowanego zamówienia jest zgodny z zasadami sztuki budowlanej. Zamawiający wskazał również, że zakres zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)* obejmował zarówno wykonanie projektu wykonawczego, jak i realizację robót na podstawie tego projektu oraz że z treści umowy na realizację wskazanego zamówienia nie wynika, aby Zamawiający nabył prawa autorskie do projektu wykonawczego, co jest równoznaczne z posiadaniem pełni praw autorskich przez Wykonawcę, będącego autorem projektu wykonawczego.

RKO w zaskarżonym orzeczeniu zważyła, co następuje.

Przede wszystkim, stosownie do wytycznych GKO z orzeczenia 26 kwietnia 2018 roku, RKO skoncentrowała się analizie stanu prawnego sprawy w kontekście treści art. 24 ust. 1 uondfp.

Z uwagi na fakt, że postępowaniem objęte są dwa czyny RKO dokonywała analizy stanu prawnego w kontekście art. 24 ust. 1 uondfp w odniesieniu do każdego czynu osobno kierując się w odniesieniu do każdego czynu w zakresie wyboru stanu prawnego kryterium względności dla sprawy.

RKO dokonała ustalenia stanu prawnego obowiązującego w dacie popełnienia naruszenia z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp — 28 września 2016 r. oraz w dacie orzekania — 11 lutego 2019 r. — wobec dyrektyw z art. 24 ust. 1 uondfp.

Analiza stanu prawnego w zakresie czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp przedstawiała się następująco:

Pomiędzy wszczęciem przez Gminę (...) w dniu 22 lipca 2016 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn.: „Budowa hali widowiskowo- sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej" a zawarciem umowy 28 września 2016 r., w dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa 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 dotyczącym popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp nowelizacja wprowadziła następujące zmiany treści przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwana dalej „Pzp”):

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu przed nowelizacją 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; Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji:

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.

Natomiast zgodnie z przepisami międzyczasowymi, tj. art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy w następstwie postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jak wynika z akt sprawy w dniu 22 lipca 2016 r. Zamawiający Gmina (...) wysłał zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki dla ww. Wykonawcy, co wynika z protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (k. 52-47).

W dniu 28 września 2016 r. zawarta została umowa nr (...) z Wykonawcą (...)sp. z o.o.

Zatem umowa z dnia 28 września 2016 r. została zawarta w następstwie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego w dniu 22 lipca 2016 r. i niezakończonego przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej - czyli przed 28 lipca 2016 r. - a zatem do takiej umowy na mocy art. 19 ust. 2 ustawy zmieniającej ustawę Prawo zamówień publicznych stosuje się dotychczasowe przepisy ustawy Pzp - czyli w brzmieniu sprzed 28 lipca 2018 r.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 uondfp, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b. ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej z dniem 28 lipca 2016 r. na mocy art. 19 ust. 1 uondfp oraz art. 19 ust. 2 ustawy zmieniającej w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp wyznacza stan prawny obowiązujący w dniu popełnienia czynu, tj. 28 września 2016 r. W dniu popełnienia czynu do umowy z dnia 28 września 2016 r., mimo że zawartej po nowelizacji, stosuje się przepisy sprzed nowelizacji na mocy przepisu intertemporalnego z art. 19 ust. 2 ustawy zmieniającej.

Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, 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.

Z uwagi na fakt, że w dacie popełnienia czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp - czyli 28 września 2016 r. oraz w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów - publicznych przez RKO w dniu - 11 lutego 2019 r. obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia RKO dokonała oceny stanu prawnego sprawy, a w szczególności treści przepisów znowelizowanej ustawy - Prawo zamówień publicznych i uznała, że - wydając orzeczenie w niniejszej sprawie - należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, gdyż jest ona względniejsza dla sprawcy. Z tych względów, RKO rozpoznała sprawę według dotychczasowych przepisów - obowiązujących w dniu zawarcia umowy z dnia 28 września 2016 r. czyli RKO zastosowała art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b. w brzmieniu przed 28 lipca 2016 r.

Jak już wyżej wskazano ocenie RKO norma sankcjonowana obowiązująca w momencie popełnienia czynu, tj. w dniu zawarcia umowy 28 września 2016 r. — wynikająca z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą 22 czerwca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) ma zastosowanie na mocy art. 19 ust. 2 ustawy zmieniającej.

Dokonana przez RKO analiza orzecznictwa na gruncie nowego stanu prawnego potwierdziła wątpliwość wyrażoną przez GKO, że nowe brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp ma charakter bardziej restrykcyjny.

Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2017 r., sygn. akt KIO/KD 4/17: „W ocenie Izby ustawodawca nowelizując przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b) ustawy Pzp, wprowadził dalej idące zawężenie stosowania tej normy, poprzez dodatkowy warunek, że: «nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.». Przepis ten nakłada na zamawiających dodatkowo obowiązek wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze do opisanego w przedmiocie zamówienia, a sam opis nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.".

Z kolei w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 7 grudnia 2017 r., nr BDF1.4800.77.2017, wskazano, że „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.".

Wskazane wyżej stanowisko, że przez nowelizację nastąpiło dalej idące zawężenie stosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki poprzez wprowadzenie dodatkowych przesłanek powoduje, że należy ocenić, na ile dodanie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.

a i b ustawy Pzp słów *«nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia»* wpływa na ocenę względności ustawy, która powinna być oceniona poprzez porównanie konkretnej sytuacji na tle obydwu stanów prawnych. W ocenie RKO dodanie na mocy nowelizacji ww. słów na tle dokonanych ustaleń faktycznych ma takie znaczenie, że pierwotne prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia obejmującego roboty budowlane w poszerzonym zakresie nie powodowałyby konieczności wszczęcia trybu niekonkurencyjnego udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Gdyby bowiem pierwotne zamówienie wykonywane na podstawie umowy z dnia 21 września 2015 r. zawierało w opisie przedmiotu zamówienia elementy objęte umową z dnia 28 września 2016 r. i zrealizowane na podstawie tej umowy, to wówczas nie byłoby konieczności wszczynania trybu z wolnej ręki. Z tego należy wnosić, że brak konkurencji spowodowany zawarciem umowy na podstawie zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki wynikał z zawężenia parametrów zamówienia, które nie obejmowało: wykonania sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej, gdyż w tym zakresie zaniechano prawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. A to zaniechanie spowodowało, że Zamawiający nie mógłby w dacie zawarcia umowy spełnić przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki i przyjąć, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, jak tylko wybór dotychczasowego Wykonawcy.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji obok wymaganych przed nowelizacją przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) zobowiązuje dodatkowo Zamawiającego do wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Zatem skoro Obwiniony oprócz warunków przewidzianych przepisem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp przed nowelizacją musiały na datę orzekania 11 lutego 2019 r. spełnić także dodatkowe warunki w postaci wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia aby udzielić zamówienia z wolnej ręki, to tym samym należy przyjąć, z uwagi na wyżej przedstawioną analizę stanu faktycznego, że Zamawiający nie mógłby spełnić także tych dodatkowych warunków. Potwierdza to stanowisko prezentowane przez KIO.

Uchwała KIO z dnia 30 lipca 2018 r., KIO/KD 29/18, aprobuje stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający powinien także wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. Zamawiający powinien zatem udowodnić, iż żaden inny wykonawca, poza podmiotem, który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw lub świadczenia usług, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę.

W ocenie RKO, analiza kwestii nieistnienia/istnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub rozwiązania zastępczego dotyczyć powinna przedmiotu zamówienia objętego trybem zamówienia z wolnej ręki a nie zachowania Zamawiającego, który podnosi, że w swoim przeświadczeniu nie mógł się inaczej w chwili udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki zachować, gdyż z jego punktu widzenia nie istniało rozwiązanie zastępcze lub alternatywne. Jak wyjaśnił Obwiniony na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 r. „Ja na tamtą chwilę nie wyobrażam sobie tego, że miałbym zinwentaryzować budowę i wpuścić na nią innego wykonawcę.”. Zatem przekonanie o właściwym trybie zamówienia z ustawy Pzp wynikało z subiektywnego przeświadczenia Obwinionego a nie z istnienia rozwiązań równoważnych.

Zatem dokonywanie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym z wolnej ręki w następstwie nieprawidłowego opisu przedmiotu pierwotnego zamówienia powoduje, że należałoby przyjąć, że doszło do celowego zawężenia parametrów zamówienia, które spowodowałyby brak konkurencji.

Z tego względu, w ocenie RKO, wobec ustalenia, że udzielenie zamówienia publicznego objętego umową z dnia 28 września 2016 r. w trybie z wolnej ręki byłoby jeszcze bardziej utrudnione w zakresie przesłanek jego dopuszczalności niż w stanie prawnym obowiązującym w dacie popełnienia czynu, RKO przyjęła, że ustawa obowiązująca w dacie popełnienia czynu, co wyżej omówiono, jest względniejsza dla sprawy.

RKO wskazała, że 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, że 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 (orzeczenie GKO z dnia 7 grudnia 2017 r., nr BDF 1.4800.77.2017). Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r./C-126/03).

RKO podkreśla, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem wyjątkowym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Nadto Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 stycznia 2012 r., II GSK 1411/10, dostępny w (...), wskazał, że „Względy gospodarcze i organizacyjne, czy też skomplikowany



charakter zamówienia nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p."

Ponadto do prawidłowego stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie jest wystarczająca również okoliczność, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej „efektywnego” wykonania określonego zadania. Zamawiający jest bowiem zobligowany do wykazania, że tylko ten właśnie wykonawca ma możliwość wykonania określonego zamówienia. Okolicznością wyłączającą możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki jest ustalenie, że obiektywnie istnieją inni wykonawcy, którzy potencjalnie mogliby dane zamówienie realizować (orzeczenie GKO z dnia 21 lipca 2016, nr BDF1.4800.30.2016).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia naruszenia, tj. 28 lipca 2016 r., Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonemu Wykonawcy, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego Wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie Zamawiającego, że proponowany przez niego Wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, czy dotychczasową udaną współpracę, jest w stanie wykonać zamówienie.

Przyczyny techniczne muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś ze zmiany zakresu i sposobu realizacji inwestycji podjętej przez Zamawiającego w toku jej wykonywania. Tym samym zlecenie robót, choć zwiększających atrakcyjność i funkcjonalność wznoszonej hali widowiskowo - sportowej, jednakże które mogły być objęte zamówieniem pierwotnym nie uzasadnia udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Prace objęte umową z dnia 28 września 2016 r. mogłyby zostać zrealizowane z przez innych Wykonawców, niż wskazany przez Zamawiającego (...). Rynek budowlany jest rynkiem konkurencyjnym zatem okoliczność zamieszczenia w BZP w trybie art. 66 ust. 2 Pzp ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w związku z przedmiotowym postępowaniem nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Jest to bowiem okoliczność niezależna dla oceny tego, czy zamówienie objęte umową z dnia 28 września 2016 r. mogło zostać wykonane jedynie przez jednego Wykonawcę - nie dotyczy przesłanek

udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp i w żaden sposób nie wpływa na możliwość udzielenia zamówienia publicznego we wspomnianym trybie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego umową z dnia 28 września 2016 r. formalną podstawę wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowił również przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia naruszenia czyli 28 września 2016 r., zgodnie z którym Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp konieczne jest zatem spełnienie dwóch przesłanek — istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp wymaga, aby istniejący stan rzeczy spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań Zamawiającego. Nie można więc uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu, tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa — mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Innymi słowy działanie Zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Nie stanowi wystarczających podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp okoliczność, że udzielenie przedmiotowego zamówienia innemu Wykonawcy doprowadziłoby, w ocenie Zamawiającego, do naruszenia praw wyłącznych Wykonawcy zamówienia pn.: *„pudowa hali widowiskowo — sportowej w (...)”* w zakresie praw autorskich do projektu wykonawczego budowanego obiektu, gdyż nowy Wykonawca musiałby w istotnej części dokonać przeprojektowania założeń i koncepcji budowy całego obiektu. Zdaniem Zamawiającego doprowadziłoby to do naruszenia w zakresie praw wyłącznych, ponieważ autor projektu wykonawczego — Wykonawca (...) — posiada prawa autorskie do tego projektu jako utworu, w tym prawo do wprowadzania do niego zmian. Należy zauważyć, że ukształtowanie problematyki przeniesienia praw autorskich na Zamawiającego w opisany sposób wynika z umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Należy zaznaczyć, że na kształt wskazanych postanowień umownych Zamawiający miał istotny wpływ i strony umowy mogły uregulować poruszaną kwestię w sposób zapewniający ochronę interesów Zamawiającego. W ocenie RKO o naruszeniu art. 17 ust. 1b pkt 2 uoandfp świadczy sytuacja, w której konsekwencją wadliwego określenia przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego na etapie „zamówienia

pierwotnego" stawałaby się dopuszczalność stosowania trybu wyjątkowego — zamówienia z wolnej ręki, niekonkurencyjnego, przy udzielaniu zamówień nieobjętych tymże „zamówieniem pierwotnym”. Praktyka taka mogłaby wyeliminować całkowicie mechanizmy konkurencyjności z zamówień publicznych. Wystarczyłoby aby wykonawca w formule otwartego postępowania uzyskał pierwotne zlecenie na roboty na obiekcie budowlanym, a wszystkie kolejne jego oferty związane z budową tego obiektu byłyby wyłączone z weryfikacji w mechanizmie rynkowej konkurencji.

Podobnie w ocenie RKO w kontekście art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp należy ocenić kwestię zapewnienia przez Zamawiającego właściwych regulacji umownych w zakresie gwarancji, czy też autorskich praw majątkowych.

Uwzględniając powyższe, w ocenie RKO, doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” i „b” ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zamówienie pn. *„Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”* udzielono w trybie z wolnej ręki bez wystąpienia przesłanek, o których mowa w ww. przepisie. Czyn ten wypełnia dyspozycję art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp, zgodnie z którym, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania zamówienia z wolnej ręki. Datę popełnienia czynu należy wiązać z dniem zawarcia umowy, tj. 28 września 2016 r. Odpowiedzialność za jego popełnienie należy przypisać Obwinionemu, który udzielił przedmiotowego zamówienia podpisując rzeczoną umowę. Zdaniem RKO nie może wpłynąć na ocenę czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp realizacja zamówienia pierwotnego w formule tzw. „zaprojektuj i wybuduj”, a także okoliczność, że budynek znajdował się w trakcie realizacji zamówienia pierwotnego. Jak podkreśla się w orzecznictwie na gruncie ustawy Pzp określony w art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp, monopol ma być wynikiem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i nie bez znaczenia jest ustalenie, czy źródłem monopolu są takie okoliczności, a nie np. określone zaniechania zamawiającego (por. uchwałę KIO z dnia 3 marca 2015 r., nr KIO/KD 10/15). Także kwestia gwarancji oraz ewentualna konieczność koordynacji pracy dwóch wykonawców na terenie budowy prowadzonej w trybie konkurencyjnym i w trybie z wolnej ręki nie jest okolicznością umożliwiającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym czy też zrealizuje zamówienie najszybciej. Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania, jakim się ona cieszy u Zamawiającego. Chodzi o fakt istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw/usług/robot budowlanych (por. uchwałę KIO z dnia 5 stycznia 2017 r., KIO/KD 79/16). Przyczyny organizacyjne (takie jak ułatwienie w kierowaniu roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji jakości) nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na mocy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp (uchwała KIO z dnia 4 maja 2017 r., nr KIO/KD 15/17).

Określony w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp tryb postępowania z wolnej ręki jest najdalej idącym wyjątkiem od zasady prymatu trybów konkurencyjnych, obowiązującej w krajowym systemie prawa zamówień publicznych. Zasadą jest ścisła i nierozszerzająca interpretacja tych przepisów. Zamawiający, jako tryb zamówienia wskazał art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b. W ocenie RKO w świetle zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp wymagała, aby istniejący stan rzeczy spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań Zamawiającego. Nie można więc było uznać, że spełnione zostały przesłanki z ww. przepisu, jeżeli okoliczności uzasadniające jego zastosowanie, tj. istnienie praw wyłącznych, chronionych przepisami prawa - miały swoje źródło w zaniechaniach, za które odpowiedzialność ponosił Zamawiający. Działanie Zamawiającego nie mogło w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnił zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. W stanie sprawy, przekonanie o wartości prac objętych umową z dnia 28 września 2016 r., Zamawiający posiadał na podstawie oferty cenowej Wykonawcy pierwotnego zamówienia. W protokole z narady koordynacyjnej na budowie hali widowiskowo-sportowej z dnia 6 września 2016 r. wskazano, że „*generalny wykonawca «(...) - przyp. RKO» informuje, że w dalszym ciągu podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące wartości robót rozszerzających zakres podstawowy, w tym obecnie uwzględnionych trybun.*” (k. 211-214). Z kolei zamawiający wskazał, że nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych Wykonawców, gdyż jego zdaniem było to zbędne, ze względu na przytoczoną podstawę prawną i faktyczną udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (k. 44). W ocenie RKO uzasadnione jest w okolicznościach sprawy przyjęcie, że Oferta cenowa podmiotu z jednej strony zainteresowanego realizacją zamówienia, a z drugiej znajdującego położenie Zamawiającego co do wiążących terminów zakończenia inwestycji (z uwagi na terminy graniczne wykorzystania dotacji) z zasady nie mogła mieć charakteru obiektywnego i konkurencyjnego (por. uchwałę KIO z dnia 29 października 2015 r., KIO/KD 56/15). Zdaniem RKO zastosowanie trybu z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia ma charakter wyjątkowy i musi być wykorzystywane z ostrożnością, a spełnienie przesłanek uprawniających do zastosowania przedmiotowej instytucji powinno być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości — nie mogą istnieć żadne wątpliwości, co do tego, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie. Tym samym w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie wykazał ponad wszelką wątpliwość zaistnienia przesłanki z art. 67 ust 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, do czego był zobowiązany.

Przedmiotowe zamówienie publiczne było także przedmiotem kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a następnie ta kwestia została poddana ocenie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Prezes UZP w Informacji o wyniku kontroli z dnia 30 grudnia 2016 r. ocenił, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp (k. 32-42). Stanowisko Prezesa UZP podtrzymała KIO w uchwale z dnia 14 lutego 2017 r., nr KIO/KD 5/17 (k. 17-8).

W zakresie naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp, RKO dokonała ustalenia stanu prawnego obowiązującego w dacie popełnienia naruszenia z art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp — 26 lipca 2016 r. oraz w dacie orzekania — 11 lutego 2019 r. — wobec dyrektyw z art. 24 ust. 1 uondfp.

Analiza stanu prawnego w zakresie czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp przedstawia się następująco:

Zgodnie z art. 67 ust 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

W dacie popełnienia naruszenia obowiązywało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. 2017 r., poz.1880), które weszło w życie z dniem 1 stycznia 2016 r.

Na podstawie § 1 pkt 2 lit. a tego rozporządzenia z 2015 r. ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż określani w § 1 pkt 1 tego rozporządzenia, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3 i 4, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 209 000 euro — dla dostaw lub usług.

Z kolei w dacie orzekania obowiązuje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r., poz. 2479), które weszło w życie z dniem 1 stycznia 2018 r.

Na podstawie § 1 pkt 2 lit. a tego rozporządzenia z 2017 r. ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż określani w § 1 pkt 1 tego rozporządzenia, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3 i 4, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 221 000 euro — dla dostaw lub usług.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, 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.

Z uwagi na fakt, że w dacie popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp — czyli 26 lipca 2016 r. oraz w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów — publicznych przez RKO w dniu — 11 lutego 2019 r. obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia RKO dokonała oceny stanu prawnego sprawy, a w szczególności treści przepisów ww. rozporządzeń i uznała, że - wydając orzeczenie w niniejszej sprawie — należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy. Z tych względów, RKO rozpoznała sprawę według nowych przepisów - obowiązujących w dniu orzekania 11 lutego 2019 r., które przewidują obowiązek zawiadomienia od poziomu kwoty 221 000 euro a nie jak regulowały to przepisy Pzp w dacie popełnienia czynu 209 000 euro.

Obwiniony zaniechał zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone dla dostaw i usług w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Treść art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp nie zmieniała się. Zmieniła się kwota określona rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp z kwoty 209 000 euro w dacie naruszenia do kwoty 221 000 euro w dacie orzekania. Wysokość tej kwoty w dacie popełnienia naruszenia, jak i w dacie orzekania powoduje, że zaniechanie Obwinionego narusza przepis ary. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp.

Z uwagi na fakt, że kwota określona rozporządzeniem z 2015 r. czyli 209 000 euro jest niższa niż kwota określona rozporządzeniem z 2017 r. czyli 221 000 euro, to brak jest podstaw aby przyjąć, że ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia jest względniejsza dla sprawcy.

Wartość zamówienia stanowiła kwota 267 495,88 euro więc zwiększenie kwoty progowej powyżej tej wartości powoduje, że z uwagi na zasadę stosowania ustawy nowej — w stanie sprawy nowy przepis § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia z 2017 r. znajduje zastosowanie, gdyż § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia z 2015 r. nie jest względniejszy dla sprawcy.

W zakresie zarzutu dotyczącego art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp, tj. zaniechania zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone dla dostaw i usług w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zastosowanie ma § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia z 2017

r., zgodnie z którym ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż określone w § 1 pkt 1 tego rozporządzenia, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3 i 4, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 221 000 euro — dla dostaw lub usług.

RKO wskazuje, że Obwiniony zaniechał zawiadomienia, o którym mowa w art. 67 ust. 2 Pzp. Fakt zaniechania tej czynności potwierdza także Obwiniony (k. 98). Odnotować należy, że Zamawiający dokonał w dniu 21 lipca 2016 r. fakultatywnego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Pzp, które jednak nie jest tożsame z poinformowaniem Prezesa UZP o wszczęciu postępowania zgodnie z art. 67 ust. 2 Pzp. Publikacja ogłoszenia w trybie art. 66 ust. 2 Pzp nie świadczy o tym, że żaden inny wykonawca nie był w stanie zrealizować zamówienia. Nie może świadczyć również o powyższym okoliczność niekwestionowania przez wykonawców wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki dla udzielenia tego zamówienia (por. uchwałę KIO z dnia 29 października 2015 r., KIO/KD 56/15).

Powyższe wskazuje na wypełnienie dyspozycji art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Datę popełnienia czynu należy w myśl art. 21 uondfp określić na dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić, czyli na dzień 26 lipca 2016 r.

Odpowiedzialność za jego popełnienie należało w opinii RKO przypisać Obwinionemu, który na mocy cytowanego Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miejskiego w (...) sprawował w momencie popełnienia zarzucanych czynów, bezpośredni nadzór nad realizacją zadań Biura Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, a także ponosił odpowiedzialność w zakresie dyscypliny finansów publicznych w zakresie powierzonych mu obowiązków (§ 6 ust. 2 Regulaminu). Zgodnie z orzeczeniem GKO z dnia 26 kwietnia 2018 r. nr BDF 1.4800.16.2018, RKO w orzeczeniu z dnia 12 grudnia 2017 r. , nr ZDB-4100-19/2017, trafnie uznała, że doszło do popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp. Uchylenie przez GKO orzeczenia RKO co do tego czynu wynikało z konieczności dokonania przez RKO analizy prawnej na podstawie art. 24 ust. 1 uondfp, co wyżej uczyniono (k. 174).

W ocenie RKO Obwinionemu można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 19 ust. 2 uondfp). Przejawia się ona w niedołożeniu należytej staranności wymaganej od osoby wykonującej obowiązki kierownika zamawiającego w zakresie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. zaniechania zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania i ostatecznie udzieleniu

zamówienia w trybie z wolnej ręki mimo niespełnionych ustawowych przesłanek. Zdaniem RKO Obwiniony mógł nie dopuścić do zaistnienia przypisanych mu czynów, po pierwsze czuwając nad określeniem w sposób bardziej kompleksowy przedmiotu pierwotnego zamówienia na „*Budowę hali widowiskowo - sportowej w (...)*”, a o ile konieczne byłoby dokonywanie dalszych zamówień na tym samym obiekcie budowlanym, udzielać je w trybie konkurencyjnym, ograniczając stosowanie trybu z wolnej ręki wyłącznie do sytuacji ściśle przewidzianych przepisami. Natomiast spełnianie obowiązków informacyjnych określonych ustawą Pzp winno mieć charakter rutynowy. W ocenie RKO, wobec treści art. 28 ust. 3 uondfp stopień szkodliwości dla finansów publicznych przypisanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych jest znaczny. Zamówienie publiczne dotyczyło znacznych kwot publicznych środków finansowych i jako takie winno być prowadzone ze ścisłym przestrzeganiem rygorów wynikających z przepisów prawa, zarówno w aspekcie formalnym, jak i materialnym. W szczególności charakter bezpodstawnego zastosowania niekonkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych, w ocenie RKO, zasługuje na naganną ocenę, bowiem doszło do udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, bez zachowania trybu konkurencyjnego, czym naruszono zasadę uczciwej konkurencji.

RKO dokonała także ponownych ustaleń w zakresie wymiaru kary. Na zasadzie art. 37 uondfp sprawcy, który dopuścił się kilku czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a sprawa o te czyny jest objęta jednym postępowaniem, wymierza się jedną karę za wszystkie czyny. Stosownie do art. 33 ust. 1 uondfp: organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego. Zgodnie z art. 34a pkt 4 uondfp, jeżeli wskutek naruszenia udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców - wymierza się karę pieniężną. Na mocy art. 36 ust. 1 i 2 uondfp, w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunki osobiste sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpić od jej wymierzenia; jako okoliczności łagodzące można uwzględnić w szczególności: 1) działanie lub zaniechanie ze szczególnych pobudek lub w szczególnych warunkach, zasługujących na uwzględnienie, w tym w celu zapobieżenia szkodzie w mieniu publicznym; 2) wyróżnianie się przed popełnieniem naruszenia dyscypliny finansów publicznych wzorowym spełnianiem obowiązków zawodowych; 3) przyczynienie się do usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub podjęcie o to starań. Ustalony przez RKO w rozpatrywanej sprawie fakt udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki bez stosowania trybu konkurencyjnego oraz zaniechanie zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania z wolnej ręki stanowi istotne naruszenie obu zasad wymienionych powołanym przepisem, co wobec treści art. 34a pkt 4 uondfp powinno skutkować wymierzeniem kary pieniężnej. Jednakże w zaistniałym stanie faktycznym oraz po



uzupełnieniu materiału dowodowego RKO uznała, że choć okoliczności sprawy nie pozwalają na odstępianie od wymierzenia kary, niemniej w stanie sprawy zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary z uwagi na niżej przedstawione okoliczności. RKO na podstawie art. 33 i art. 36 uondfp postanowiła wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju i zamiast kary pieniężnej (art. 31 ust. 1 pkt 3 uondfp w zw.z art. 34a pkt 4) i wymierzyć Obwinionemu karę nagany (art. 31 ust. 1 pkt 2 uondfp). Stosownie do dyrektywy wymiaru kary z art. 33 ust. 2 uondfp wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Za okoliczność obciążającą RKO uznała naruszenie zasad postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego. Za okoliczność łagodzącą uznać należało m.in. dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ponadto RKO ustaliła, że z wyjaśnień złożonych przez Burmistrza (...) w piśmie z dnia 9 listopada 2018 r., nr (...) (k. 215-216), w toku ponownego postępowania prowadzonego przed RKO, zgodnie z aneksem nr 1 do umowy nr (...) o dofinansowanie zadania inwestycyjnego ze środków przyznanych przez Ministerstwo Sportu z funduszu (...) z dnia 25.08.2016 r. wysokość dotacji na zadanie „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...)” wyniosła 10.000.000,00 zł z następującym podziałem na lata: 2015 r. - 500.000,00 zł; 2016 r. - 4.000.000,00 zł; 2017 r. - 5.500.000,00 zł. Ponadto zgodnie z umową nr (...) z dnia 6 października 2015 r. o dofinansowanie ze środków funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej zadania inwestycyjnego pn. *Budowa hali sportowo- widowiskowej w (...)*, w przypadku nienależytego wykonania obowiązków wynikających z umowy przez Gminę (...), w tym niezakończenia realizacji zadania inwestycyjnego w terminie wynikającym z umowy o dofinansowanie, Minister mógłby rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym wraz z określeniem kwoty dofinansowania podlegającej zwrotowi wraz z odsetkami lub wstrzymać wypłatę dofinansowania. Zgodnie z umową o dofinansowanie terminem zakończenia zadania inwestycyjnego była data uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu sportowego — 31 października 2017 r. dochowanie tego terminu było uzależnione od daty zakończenia robót przez wykonawcę do dnia 30 września 2016 r. W ocenie RKO potencjalna możliwość utraty dofinansowania z Ministerstwa Sportu stanowiła istotną okoliczność popełnienia czynu i miała niewątpliwy wpływ na sposób działania Obwinionego i naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ponadto ustalono, że przychód z najmu dodatkowych trybun (łóż sponsorskich) dobudowanych na podstawie umowy z dnia 28 września 2016 r. za rok 2018 r. wyniósł 91.900,00 zł. Zgodnie z umową z dnia 28 września 2016 r., nr (...), zawartej w przedmiocie zamówienia „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...)” (k. 3-7) przedmiot umowy stanowiło:

- 1) wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym,

- 2) wykonanie kas biletowych zewnętrznych,
- 3) wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów,
- 4) dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej.

W wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 25 maja 2017 r. (k. 103) Obwiniony wskazywał, że wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym wprowadzi oszczędności w trakcie użytkowania obiektu w zakresie zapotrzebowania ciepłego oraz proponowanej instalacji chłodu; pozwoli na indywidualne sterowanie ogrzewaniem oraz chłodem (m.in. wyłączaniem przy nieużytkowaniu). Natomiast wykonanie kasy biletowej zewnętrznej umożliwi sprzedaż biletów w dowolnych godzinach bez konieczności udostępniania całego obiektu dla kibiców. Dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej spowoduje wykorzystanie agregatu wody lodowej także do innych, poza biurowymi, pomieszczeń m.in. strefy wejściowej kibica, szatni zawodników oraz siłowni. Z kolei wykonanie dodatkowej kondygnacji poprawi rentowność obiektu poprzez pozyskiwanie dodatkowych środków finansowych z wynajmu.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie RKO, działanie Obwinionego należało potraktować jako przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie, gdyż Obwiniony w warunkach określonych terminem realizacji zamówienia pierwotnego 30 września 2016 r. udzielił zamówienia publicznego obejmującego dodatkowe prace związane z zamówieniem „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...)”, które wpływają na długookresową rentowność obiektu związaną z przewidywanym czasem jego użytkowania. RKO wzięła pod uwagę wskazywaną przez Obwinionego okoliczność, że wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym wraz z agregatem wprowadzi oszczędności w trakcie użytkowania obiektu w zakresie zapotrzebowania ciepłego oraz chłodzenia, gdyż umożliwi to indywidualne sterowanie w użytkowanych pomieszczeniach. Ponadto przewidywane przychody z najmu zostały osiągnięte i uzasadnione jest przyjęcie, że będą nadal osiągane. RKO ustaliła, że w roku 2018 r. kształtowały się one na poziomie 91.900,00 zł, co jest w ocenie RKO wartością, która pozwala na faktyczny udział tej kwoty w pokryciu bieżących kosztów utrzymania obiektu w skali roku. Podobnie należy ocenić wykonanie kas biletowych zewnętrznych, które eliminują konieczność udostępniania całości obiektu dla klientów, co generowałoby koszty. Te wszystkie elementy wpływają na zmniejszenie kosztochłonności i zwiększoną przychodowość obiektu. Ponadto wartość zamówienia wykonywanego na podstawie umowy z dnia 28 września 2016 r. [1 300 000,00 zł] opiewało na poniżej 5 % kwoty zamówienia pierwotnego wykonywanego na podstawie umowy z dnia 21 września 2015 r. [26 663 665,71 zł] (k. 161-162). Zamówienie to nie stanowiło istoty przedmiotu zamówienia pierwotnego a jedynie jego uzupełnienie pod kątem rozwiązań o charakterze wpływającym na jego rentowność.

Ogólnie akceptowalny cel inwestycji „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...)” służącej zaspokajaniu zbiorowych potrzeb Gminy (...) w zakresie kultury fizycznej (por. art. 7 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t. jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 994), oraz uprzednia dokonana przez Obwinionego analiza przewidywanych kosztów i przychodów - podejście do minimalizacji kosztochłonności budowanego obiektu

(zindywidualizowane sterowanie ogrzewaniem i chłodzeniem przy wykorzystaniu agregatu, budowa kas zewnętrznych), a także poprawienie możliwości jego „samofinansowania” poprzez najem pomieszczeń, wpłynęło na zastosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia wymiaru kary. Obwiniony realizując przedmiotową inwestycję w ramach zamówienia pierwotnego oraz objętego niniejszym postępowaniem działał dla powszechnie akceptowalnego ogólnospołecznego celu, jakim jest rozwój kultury fizycznej i sportu.

Takie działanie Obwinionego RKO potraktowała jako działanie ze szczególnej pobudki — działania nakierowanego na potencjalną przewidywaną minimalizację kosztów i zwiększoną przychodowość obiektu aczkolwiek zastosowane przez Obwinionego na późniejszym etapie realizacji inwestycji - w szczególnych warunkach, jakim był termin realizacji inwestycji finansowanej ze środków Ministerstwa Sportu z funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej. W tej sprawie przy wymiarze kary za popełnione naruszenia RKO wzięła pod uwagę świadomość problemu utrzymywania i finansowania obiektów użyteczności publicznej. Założenia przyjęte przez Obwinionego, co do spodziewanych przychodów z najmu potwierdziły się, co wyżej omówiono. W zakresie czynu obejmującego zaniechanie zawiadomienia Prezesa UZP RKO przyjęła, że Obwiniony działał w błędzie co do prawidłowości przyjętego sposobu postępowania. W toku postępowania podnosił, że dokonał fakultatywnego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP, co w jego ocenie zapewniało cechy transparentności prowadzonemu postępowaniu.

W ocenie RKO, podniesione przez Obwinionego w złożonych pismem z dnia 25 maja 2017 r. wyjaśnieniach okoliczności takie jak: zlecenie robót objętych umową z dnia 28 września 2016 r. w terminie późniejszym innym podmiotom niż wykonawca mogłoby narazić zamawiającego na poniesienie niewspółmiernie wysokich kosztów oraz przedłużyć termin wykonania całego obiektu; ponadto kwestionowane zamówienie publiczne dotyczyło wykonania robót na obiekcie, który jest w trakcie procesu budowlanego, i tylko na tym etapie możliwe jest wykonanie zakresu objętego zamówieniem z wolnej ręki (k. 102, 104) a także, co dostrzegła RKO, związany z otrzymaną dotacją na inwestycję czynnik terminowości.

RKO uwzględniając motyw i sposób działania Obwinionego dostrzegła, że analizując powyższe okoliczności przy wymiarze kary należało uznać te przesłanki jako racjonalne. Niewątpliwie wykonanie szerszego zakresu prac na obiekcie będącym w budowie było rozwiązaniem pragmatycznym oraz wpłynęło na korzystniejsze z punktu widzenia długookresowego funkcjonowanie obiektu i zaspokojenie potrzeb społeczności lokalnej (por. orzeczenie GKO z dnia 6 marca 2017 r., nr BDF1.4800.96.2016). Sytuacja opisana powyżej, w tym motyw działania Obwinionego zostały uwzględnione przy orzekaniu o wymiarze kary. Wskazać należy, że przesłanki wymiaru kary w przepisach ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych mają charakter przykładowy, a ich celem jest jedynie wskazanie kierunkowe okoliczności, jakie komisja powinna uwzględniać wymierzając karę (por. orzeczenie GKO z dnia 6 marca 2017 r., nr BDF1.4800.85.2016).

Uwzględniając powyższe RKO uznała, że wymierzona Obwinionemu kara jest adekwatna do przypisanych mu czynów oraz spełni cele kary w zakresie prewencji generalnej i indywidualnej. W ocenie RKO, kara nagany w stosunku do Obwinionego dotąd niekaranego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych będzie wystarczającym, pozytywnym bodźcem, do przestrzegania w przyszłości zasad określonych przepisami prawa i będzie zapobiegać naruszeniom dyscypliny finansów publicznych.

Z przedstawionym rozstrzygnięciem nie zgodził się Obwiniony wskazując w odwołaniu co następuje:

Dokonana w zaskarżonym orzeczeniu analiza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście zaistniałego stanu faktycznego i udzielonych wcześniejszych wyjaśnień Obwinionego - nie jest wszechstronna (w zakresie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Prawa zamówień publicznych) lub jest zupełnie szczątkowa (w zakresie art. 144 Prawa zamówień publicznych). W mojej opinii nie dokonano również oceny prawidłowości prowadzonego postępowania w trybie z wolnej ręki w odniesieniu do całego procesu inwestycyjnego związanego z budową hali widowiskowo - sportowej. *Powyższe jest szczególnie istotne, gdyż w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 26 kwietnia 2018 roku **Główna Komisja Orzekająca przekazując sprawę do ponownego rozpatrzenia ukierunkowała (błędnie) działania Regionalnej Komisji Orzekającej w zakresie ustalenia i porównania treści normatywnej art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed i po nowelizacji** - cyt: „Według GKO możliwa wydaje się interpretacja, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp po nowelizacji jest przepisem bardziej restrykcyjnym niż ten sam przepis w brzmieniu przed nowelizacją. Tym samym wątpliwości budzi, czy ustalenie RKO, że należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych nie była względniejsza dla sprawcy jest ustaleniem prawidłowym” **jak również ograniczyła możliwość wzięcia pod uwagę przez RKO przy orzekaniu winy znowelizowaną treść art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych** - cyt.: „Jednak nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że przepis art. 24 uodnfp daje podstawę organom orzekającym w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych do zmiany opisu czynu, w taki sposób, aby do tego zmienionego opisu czynu popełnionego przez Obwinionego komisja orzekająca mogła zastosować przepis prawa materialnego względniejszy dla sprawcy. Zarzuty zawarte w odwołaniu sprowadzają się m.in. do tego, że udzielenie przez Obwinionego zamówienia w trybie z wolnej ręki, według Obwinionego, można następczo uznać, w związku z nowelizacją ustawy Pzp w zakresie zarówno art. 67, jak i art. 144 ustawy Pzp, za czyn polegający na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W odwołaniu podkreślono także, że błędnie uznano, iż w niniejszej sprawie nie mógł mieć zastosowania przepis art. 144 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych z tego względu, że zamiarem zamawiającego nie było aneksowanie (zmiana) umowy, ale udzielenie*

zamówienia z wolnej ręki i zawarcie nowej (kolejnej) umowy. W tym zakresie nie wzięto bowiem pod uwagę, że w ówczesnie obowiązującym stanie prawnym zmiana umowy (jej aneksowanie) nie była prawnie dopuszczalną. Zamiarem zamawiającego było udzielenie zamówienia min. na dodatkowe elementy infrastruktury budowlanej oraz jej zaprojektowanie i w tym zakresie zamawiający wybrał taki tryb, który najbardziej wpisywał się w istniejące wówczas przesłanki zmiany zakresu zamówienia, aby zrealizować wyżej opisany zamiar. Ocena zamiaru winna być dokonana w odniesieniu do zakresu inwestycji (zamiar rozszerzenia przedmiotu zamówienia o zakres nieobjęty zamówieniem podstawowym), a nie do trybu (procedury) pozwalającego na wdrożenie w życie owego zamiaru. Zdaniem Obwinionego zamawiający jednoznacznie wskazał, że przesłanki wynikające z możliwości zastosowania treści normatywnej art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu przed i po nowelizacji zostały spełnione. W momencie bowiem udzielania zamówienia z wolnej ręki nie istniało rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Podstawą dla opisu przedmiotu zamówienia (podstawowego - przetarg nieograniczony) stanowił Program (...), a więc dokument wymagany dla opisu zamówienia, którego przedmiot stanowił zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (art. 31 ust. 2 ustawy Prawa zamówień publicznych). Do SIWZ został również dołączony zamówiony wcześniej projekt budowlany, który także stanowił integralną część opisu przedmiotu zamówienia. Postępowanie pierwotne było prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj” co oznacza, że przy jego realizacji miał powstać projekt wykonawczy bardziej szczegółowy niż wymaga tego prawo budowlane w przypadku projektu na mocy, którego uzyskuje się pozwolenie na budowę. Tym samym, należy wskazać, że w formule „zaprojektuj i wybuduj” ostateczny zakres prac budowlanych, koniecznych do wykonania obiektu ustalany jest na etapie realizacji umowy. Jeśli nowe idee, pomysły dotyczące sposobu wykonania zamówienia wyrażone są z zachowaniem zgodności z PFU (w omawianym przypadku także z projektem budowlanym) mogą one być realizowane w ramach udzielonego zamówienia w oparciu o już ustalone wynagrodzenie bez konieczności przeprowadzania odrębnego postępowania w trybie przewidzianym ustawą Prawo zamówień publicznych. W sytuacji zaś, gdy zakres prac wykracza poza opis przedmiotu zamówienia, kwestią zasadniczą staje się ustalenie możliwego trybu ich zlecenia, tak aby zachować zgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych. To, że pewne kwestie można zrobić inaczej na etapie realizacji umowy w formule „zaprojektuj i wybuduj” niż przewidziano w projekcie budowlanym, nie świadczy o nienależytej staranności zamawiającego czy wykonawcy projektu budowlanego. Jest to raczej naturalną konsekwencją faktu, iż dopiero na etapie realizacji umowy przewidziano wykonanie projektu wykonawczego *oraz uszczegółwienie projektu budowlanego, czego ustawa Prawo zamówień publicznych nie zakazuje. Jest to również naturalna konsekwencja innych doświadczeń i ewentualnej kreatywności wykonawcy robót budowlanych. Tym samym przyczyny techniczne (o których wspomina się w ustawie Prawo zamówień publicznych) mogą być następstwem nowych pomysłów, idei, kreatywności, innowacyjności czy też doświadczenia wykonawcy, który odpowiada za zaprojektowanie i wykonawstwo robót budowlanych. W tym kontekście, dla stosowania trybu z wolnej ręki z przyczyn technicznych zasadnicze znaczenie ma nie to, czy nowe koncepcje dało się przewidzieć na etapie przygotowanie inwestycji (projekt budowlany) ale to, czy zamówienie wynikające z przyjęcia nowej*

koncepcji może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę. Ponieważ jak wynika z dokumentów dotyczących postępowania z wolnej ręki przedmiotem zamówienia było m.in.: **1/ treść ogłoszenia o zawarciu umowy:** (...) należy rozbudować/ zaprojektować wymiennikownię (...) wykonanie pomieszczeń zewnętrznej kasy biletowej. (...) wiąże się z koniecznością przeprojektowania konstrukcji obiektu łącznie ze zmianą fundamentowania. (...) wykonanie pomieszczeń sponsorskich, dodatkowa kondygnacja wraz ze zmianą projektu budowlanego i wykonawczego (...). **2/ treść protokołu postępowania w trybie z wolnej ręki (druk ZP-WR) - uzasadnienie wyboru trybu:** (...) należy rozbudować/ zaprojektować wymiennikownię (...) wykonanie pomieszczeń „zewnętrznej kasy biletowej” (...) wiąże się z koniecznością przeprojektowania konstrukcji obiektu (...) należy zaprojektować rozbudowę instalacji i wentylacji (...). Biorąc pod uwagę ww. okoliczności ze względów technicznych nie istniało inne racjonalne rozwiązanie jak zlecenie dodatkowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy. **Powyższe fakty są pomijane przez RKO, jak również błędnie interpretowane przez GKO, a ma to niewątpliwie istotne znaczenie przy orzekaniu o winie Obwinionego.** Jak podkreśla się w publikacji Pani Lipiec-Warzecha Ludmiła, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II WKP 2012 - komentarz, stan prawny: 1 kwietnia 2012 r., inne wydania (2) - cyt.:* „Ustawa, inaczej niż np. kodeks postępowania karnego, nie wiąże komisji orzekającej pierwszej instancji zapatrywaniami prawnymi GKO. Nie ma jednak przeszkód, by - jeżeli dowody zgromadzone w sprawie na to pozwolą - GKO przedstawiła w uzasadnieniu orzeczenia kasacyjnego swój pogląd prawny w sprawie. **Pogląd ten nie będzie miał oczywiście - wobec braku stosownych unormowań w ustawie - charakteru wiążącego, może jedynie oddziaływać mocą swojego autorytetu.** Pozostałe wskazania GKO, w szczególności odnoszące się do oceny poszczególnych dowodów, nie są wiążące dla komisji orzekającej ponownie rozpoznającej sprawę”.

Gdy zamawiający przedstawia dowody mające uzasadniać stosowanie trybu nie podstawowego, obowiązkiem organu kontrolnego (RKO i GKO) jest wyczerpujące uzasadnienie powodów odmowy uznania jego argumentów i dowodów za wystarczające. Powyższe wynika choćby z zasady działania organów w sposób pogłębiający zaufanie obywateli do organów władz publicznych (art. 8 KPA) oraz z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego.

W związku z powyższym Obwiniony wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz uniewinnienie Obwinionego od zarzucanych mu czynów.

### **Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.**

GKO podziela ustalenia faktyczne poczynione przez RKO i przyjmuje je za własne. GKO zgadza się także z interpretacją przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zarówno w brzmieniu aktualnie obowiązującym, jak i obowiązujących w dacie popełnienia czynu.

Kluczową jednak kwestią, której rozważenie jest niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, jest dokonana przez RKO analiza przepisów mających zastosowanie do zamówienia w dacie jego udzielania i w dacie orzekania (art. 24 ust. 1 uoandfp). Zgodnie z powołanym

przepisem, 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.

Dokonując analizy przedmiotowego przepisu należy przede wszystkim wskazać, że porównanie ustawy obowiązującej w dacie orzekania i w dacie popełnienia czynu nie może być ograniczone do porównania li tylko brzmienia adekwatnych przepisów obu ustaw (jednostek redakcyjnych), czy też podstaw stosowania danej instytucji. Konieczne jest wzięcie pod uwagę kompleksowo obu regulacji, także mając na uwadze cel regulacji i jej skutek.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy zasadne jest zaznaczenie, że wadliwe było – w kontekście art. 24 ust. 1 uodfp - ograniczenie analizy przepisów Pzp jedynie do brzmienia art. 67 ustawy Pzp określającego przesłanki stosowania zamówienia z wolnej ręki, z pominięciem art. 144 ustawy Pzp obowiązującego w dniu orzekania.

Czyn podlegający ocenie polegał na zastosowaniu na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielenia zamówienia publicznego o wartości przedmiotu zamówienia 1.116.768,55 zł poprzez podpisanie 28 września 2016 r. umowy na *„Budowę hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”*.

Na gruncie obowiązujących w dacie orzekania przepisów do udzielenie przedmiotowego zamówienia – zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - Zamawiający nie miałby w ogóle obowiązku zastosowania przepisów ustawy Pzp. Dopuszczalna jest bowiem zmiany umowy o zamówienie publiczne, gdy wartość zmian nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest jednocześnie mniejsza niż 15 % wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Jednocześnie stosownie do przepisu art. 144 ust. 1b ustawy Pzp zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy. W realiach sprawy zamawiający zawarł 21 września 2015 roku umowę na budowę hali widowiskowo-sportowej w (...) za wynagrodzeniem 26 663 665,71 zł. Następnie 28 września 2016 roku udzielił zamówienia o wartości 4,88% wynagrodzenia umownego określonego w umowie podstawowej mającego na celu rozbudowanie elementów infrastruktury w stosunku do przewidzianego umową podstawową, tj. wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej. Niewątpliwie nie doszło zatem także do zmiany charakteru umowy, która pozostała umową na budowę hali widowisko-sportowej w (...) uzupełnioną o marginalne w stosunku do podstawowego przedmiotu zamówienia elementy.

Zważywszy powyższe, niewątpliwie przepisy Pzp obowiązujące w dacie orzekania, tj. 13 czerwca 2019 roku, są względniejsze dla Obwinionego. Skutkują bowiem oceną, iż Zamawiający był uprawniony, aby udzielić przedmiotowego zamówienia Wykonawcy (...).

Zważywszy przedstawioną argumentację należało uchylić zaskarżone orzeczenie i uniewinnić Obwinionego.