



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

Warszawa, dnia 21 lipca 2016 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Przemysław Szelerski</i></b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Ireneusz Piasecki</i></b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Klaudia Stelmaszczyk (spr.)</i></b>
<b>Protokolant:</b>		<b><i>Bartosz Gluszko</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 21 lipca 2016 r., w sprawie odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...) - od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 lutego 2016 r., sygn. akt: BM-WO.351.57.2015, którym Komisja uznała Obwinionego (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 1b pkt 2** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na udzieleniu w dniu 20 grudnia 2011 r., zamówienia publicznego, z zastosowaniem trybu z wolnej ręki wykonawcy - firmie (...) na "Wykonanie zabudowy kontenera na samochodzie IVECO 50C18 oraz wykonanie zabudowy wyposażenia stacji kontroli lotu" o wartości brutto 242.064,00 zł, w sytuacji gdy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania tego trybu udzielania zamówień publicznych, co stanowiło naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

**Pouczenie:**

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

**Uzasadnienie**

Orzeczeniem z dnia 26 lutego 2016 r. o sygn. akt: BM-WO.351.57.2015 Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji (zwana dalej Komisją lub MKO) uznała (...), pełniącego w momencie zarzucanego czynu funkcję Dyrektora (...), odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej ustawą), polegającego na udzieleniu w dniu 20 grudnia 2011 r., zamówienia publicznego, z zastosowaniem trybu z wolnej ręki wykonawcy - firmie (...) na „Wykonanie zabudowy kontenera na samochodzie IVECO 50C18 oraz wykonanie zabudowy wyposażenia stacji kontroli lotu” o wartości brutto 242.064,00 zł, w sytuacji gdy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania tego trybu udzielania zamówień publicznych. Komisja wskazała, iż Obwiniony powyższym działaniem naruszył 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 (dalej zwanej także Pzp). W związku z zarzucanym czynem Komisja wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia.

W uzasadnieniu przedmiotowego rozstrzygnięcia Komisja wskazała, iż Obwiniony (...) udzielił w dniu 20 grudnia 2011 r. zamówienia publicznego, z zastosowaniem trybu z wolnej ręki wykonawcy - firmie (...) na „Wykonanie zabudowy kontenera na samochodzie IVECO 50C18 oraz wykonanie zabudowy wyposażenia stacji kontroli lotu” o wartości brutto 242.064,00 zł. Jako podstawę prawną zawarcia umowy podano tryb z wolnej ręki określony w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. MKO zważyła, że zgodnie z art. 66 ust. 1 Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zastosowanie tego trybu jest dopuszczalne w enumeratywnie wyliczonych w art. 67 ust. 1 Pzp przypadkach. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Dopuszczalność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o tę przesłankę wymaga, jak podniosła Komisja, kumulatywnego zaistnienia dwóch warunków, tj. istnienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz niemożność - ze względu na te przyczyny - udzielenia zamówienia innemu wykonawcy niż wybrany przez zamawiającego. Przesłanki pozwalające na zastosowanie trybu z wolnej

ręki, jako odstępstwa od stosowania trybów konkurencyjnych, zgodnie z art. 10 Pzp określającym, że podstawowymi trybami udzielenia zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, muszą być interpretowane ściśle, w oparciu o kryteria obiektywne.

W uzasadnieniu Komisja wskazała, iż przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że w przedmiotowej sprawie Obwiniony (...) nie zastosował się do wymogów określonych w przytoczonych wyżej przepisach. Zamawiający zwrócił się do pięciu potencjalnych wykonawców z prośbą o sporządzenie ofert cenowych, a czterech z nich wyraziło wolę wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o założenia techniczne opracowane przez zamawiającego. Bezsposornie zatem w dacie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu istnieli na rynku alternatywni wykonawcy, dla których wykonanie przedmiotu zamówienia było możliwe. W konsekwencji MKO uznała za udowodniony fakt, że zamówienie będące przedmiotem postępowania zostało udzielone z naruszeniem przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, co wypełnia jednocześnie znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania orzeczenia (MKO wyjaśniła podstawy stosowania stanu prawnego obowiązującego w czasie orzekania oraz wskazała przepisy penalizujące zachowanie Obwinionego w czasie popełnienia przypisanego mu czynu – art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy).

Odnosząc się do podmiotowego zakresu odpowiedzialności Obwinionego (...) MKO wskazała, iż Obwiniony, jako kierownik zamawiającego udzielający zamówienia publicznego ponosi winę w rozumieniu art. 19 ust. 2 ustawy. Jako kierownik zamawiającego (art. 18 ust. 1 Pzp) powinien dołożyć staranności przy interpretacji przepisów prawnych, jakie stosować należało w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obwiniony nie zastosował się do nakazów wyrażonych w normie prawnej, odnoszących się do wymogów stosowanych przy trybie udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, choć miał obiektywną możliwość postąpienia zgodnie z tą normą. Komisja podniosła, iż argumentacja podnoszona w wyjaśnieniach złożonych na rozprawach, że jako kierownik jednostki polegał na kompetencjach i doświadczeniu członków komisji przetargowej i opierał się na „solennych zapewnieniach” dyrektora finansowej uważanej za autorytet w sprawach zamówień publicznych, dyrektora pionu, który nadzorował merytoryczną część pracy oraz kierownika działu umów uważanego za rzetelnego człowieka, nie może być uznana jako okoliczność ekskulpująca od odpowiedzialności za akceptację przez kierownika zamawiającego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, który w danym przypadku był niedopuszczalny. Rozważając stopień staranności Obwinionego związany z podejmowaniem decyzji w przedmiotowym zamówieniu Komisja wskazała, iż bez wpływu na ten stopień pozostaje treść zeznań świadków, o przesłuchanie których wnioskował jego obrońca, tj. (...), pełniącej funkcję przewodniczącego komisji do spraw zamówień publicznych oraz (...), będącego członkiem komisji przetargowej. Przeciwnie, z treści ich zeznań wynika, że Obwiniony jako kierownik zamawiającego, nie dołożył należytej staranności przy podejmowaniu decyzji o odstąpieniu od stosowania trybu przetargowego. Opierał się na informacjach otrzymanych od komisji do spraw zamówień publicznych, nie weryfikując przyczyn, dla których rekomendowano mu wybór konkretnego wykonawcy, tj. firmy (...), skoro byli alternatywni wykonawcy, potencjalnie zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia. Subiektywne przekonanie kierownika zamawiającego, że - jak wskazał on w złożonych wyjaśnieniach - wyłoniony wykonawca gwarantuje wysoki standard i jakość wykonywanych badań, związanych z realizacją projektu, nie jest wystarczające do zastosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych i niebudzących wątpliwości faktów, a nie jedynie

opierać się na wewnętrznym przekonaniu zamawiającego. Tryb udzielenia zamówienia publicznego, określony w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy, jest możliwy do zastosowania wyłącznie wówczas, gdy na rynku istnieje wyłącznie jeden wykonawca będący w stanie wykonać zamówienie, a nie gdy wybrany wykonawca jest zdolny do najefektywniejszej realizacji danego zamówienia. Komisja wskazała, iż wymierzona Obwinionemu (...) kara upomnienia jest najniższą z ustawowego katalogu kar przywidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie MKO, kara ta jest adekwatna do wagi popełnionych przez Obwinionego uchybień, stopnia zawinienia i ich skutków. Wymierzając najniższą z kar MKO wzięła również pod uwagę dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dodatkowo Komisja wskazała, iż w przedmiotowej sprawie nie miały miejsca żadne nadzwyczajne okoliczności powodujące, że nawet najniższa z ustawowo określonego katalogu kar byłaby dla Obwinionego niewspółmiernie surowa (art. 36 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Wymierzona kara upomnienia spełni, w ocenie MKO, swoje funkcje zarówno w zakresie prewencji indywidualnej, jak również w obszarze kształtowania prawnej świadomości co do konieczności przestrzegania ustawowych wymogów odnoszących się do procedury udzielania zamówień publicznych.

Pismem z dnia 9 maja 2016 r. obrońca Obwinionego złożył odwołanie od orzeczenia Komisji wnosząc o uniewinnienie Obwinionego ewentualnie o odstąpienie od wymierzenia kary. Przedmiotowemu orzeczeniu obrońca zarzucił:

- naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 w związku z art. 19 ust. 2 ustawy, poprzez ustalenie, że (...) ponosi winę za udzielenie w dniu 20 grudnia 2011 r., zamówienia publicznego z zastosowaniem trybu z wolnej ręki spółce (...), na wykonanie zabudowy kontenera na samochodzie Iveco 50C18, oraz wykonanie zabudowy wyposażenia stacji kontroli lotu, podczas gdy z materiału dowodowego taka okoliczność nie wynika,

- naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 w związku z art. 23 ust. 1 i art. 28 ust. 1 ustawy, poprzez przyjęcie, że udzielając w dniu 20 grudnia 2011 r., zamówienia publicznego z zastosowaniem trybu z wolnej ręki spółce (...), (...) nie działał w stanie usprawiedliwionej świadomości, co do tego, że tryb zamówienia jest zgodny z prawem (błąd co do prawa), zaś ujawniony stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy,

- naruszenie art. 18 ust. 1 Pzp w związku z art. 19 ust. 2 ustawy, poprzez uznanie na postawie wskazanego przepisu, że Obwiniony ponosi winę za wybór niewłaściwego trybu udzielenia zamówienia publicznego, podczas gdy odpowiedzialność wynikająca z ustawy PZP nie może być łączona z odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W szczegółowym uzasadnieniu obrońca podkreślił w pierwszej kolejności, iż okoliczności faktyczne sprawy od początku nie budziły między stronami wątpliwości. Kwestią sporną natomiast jest ocena prawna zdarzenia. Odnosząc się do ustalonego stanu faktycznego sprawy obrońca wskazał, iż osobą bezpośrednio kierującą pracami projektowymi, związanymi m.in. z wybudowaniem mobilnej stacji kontroli lotów samolotu stratosferycznego Phoenix był mgr. inż. (...), który złożył zapotrzebowanie na wykonanie zabudowy mobilnej stacji kontroli lotów. Powołując się na zeznania świadków, tj. (...) i (...) wskazał, iż to właśnie (...) był osobą, która dokonała rozpoznania rynku i złożyła zapytania ofertowe do 5 podmiotów, które mogłyby wykonać zabudowę kontenera. Stała komisja przetargowa działająca w (...), w skład której wchodziła oprócz wskazanych wyżej świadków, jeszcze (...)i (...), uznała że trybem właściwym dla realizacji zamówienia będzie tryb z wolnej ręki. Taki tryb został zarekomendowany Obwinionemu przez (...),(...)oraz ówczesną Dyrektora Finansową zamawiającego. (...) ani przed ani w trakcie podpisywania umowy z dnia 20 grudnia 2011 r. ze spółką (...), nie wiedział nic o próbach rozpoznania rynku, jakie prowadził (...)oraz czy

Komisja Zamówień Publicznych, działająca w (...), wiedziała o ofertach innych podmiotów, gotowych wykonać zamówienie. Obwiniony był poinformowany o tym, że istnieje tylko jedna firma mogąca wykonać zamówienie, co zostało potwierdzone zeznaniami świadków i nie było kwestionowane przez organ orzekający. Obrońca podniósł, iż (...) nie miał obowiązku sprawdzać, czy istnieli alternatywni wykonawcy, którzy mogliby wykonać zamówienie, tym samym ujawniając brak przesłanek do zastosowania zamówienia z wolnej ręki. W (...), który zatrudnia ponad 1.000 pracowników, istnieje konieczność podejmowania jednocześnie wielu decyzji. Samych postępowań w ramach zamówień publicznych jest kilkadziesiąt w skali roku. Przy tak dużej organizacji, Obwiniony nie jest w stanie badać i nadzorować wszystkich procesów decyzyjnych, jakie zachodzą w (...). Jest to fizycznie i logistycznie niemożliwe. Z tej przyczyny Obwiniony już 2007 r. stosownym zarządzeniem, powołał stałą komisję zamówień publicznych, której zadaniem było prowadzenie przetargów. Powołując taką komisję (...) przekazał jej członkom odpowiedzialność za przygotowywanie i prowadzenie przetargów, zgodnie z treścią art. 18 ust. 2 PZP. Komisja prowadziła powierzone jej zadania prawidłowo od wielu lat. Dlatego Obwiniony miał prawo działać w zaufaniu do jej decyzji. To członkowie komisji mieli obowiązek znać prawo zamówień publicznych tak by nie popełniać błędów przy wyborze trybów przetargów, po to zostali przecież powołani. (...),(...) oraz Dyrektor Finansowa rekomendując wybór zamówienia z wolnej ręki, nie poinformowali Obwinionego o rozeznaniu rynku i o istnieniu innych firm gotowych wykonać zlecenie. W związku z tym (...) działał w przekonaniu, że (...) jest jedyną firmą na rynku mogącą wykonać zabudowę kontenera. Takie przeświadczenie było wystarczające do podpisania umowy z 20 grudnia 2011 r., w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Obrońca wskazał, iż Obwiniony zgadza się z twierdzeniem, że osobę pełniącą funkcję kierownika powinna cechować wysoka świadomość prawna oraz znajomość przepisów prawa na poziomie wyższym niż podstawowy. Jednakże nie oznacza to, że powinien znać prawo zamówień publicznych na poziomie specjalisty. Obowiązujące przepisy prawne są na tyle skomplikowane, że ich interpretacja sprawia trudność nawet profesjonalistom. Świadczy o tym choćby ilość orzeczeń, jaka zapadła na gruncie wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp, czy też odmowa wszczęcia postępowania wyjaśniającego w niniejszej sprawie przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, a później jego umorzenie. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp nie jest klarowny i bez dogłębnej znajomości orzecznictwa nie sposób go właściwie interpretować. Należy uznać, że (...) nie ponosi winy w nietrafnym wyborze trybu zamówienia. Obwiniony został zapewniony przez trzy osoby zajmujące się zamówieniami publicznymi, że istnieje tylko jedna firma mogąca wykonać zamówienie. Znając treść art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp, miał prawo uznać, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze istnieje tylko jeden wykonawca mogący wykonać zabudowę stacji kontroli lotów. Także z przyczyn, o których wspomniano wyżej, (...) nie miał możliwości przeanalizowania całego etapu udzielenia zamówienia. W tej sytuacji nie można mu przypisać winy w wyborze obiektywnie niewłaściwego trybu zamówienia. Obwiniony zapewniony o tym, że tryb z wolnej ręki jest właściwy do wyboru wykonawcy zamówienia, działał także w stanie usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności zarzucanego mu czynu (błędu co do prawa). Został poinformowany przez przedstawiciela komisji zamówień publicznych, że działa zgodnie z prawem, zaś nawet dla osoby posiadającej wyższą niż przeciętna znajomość prawa, a nawet dla profesjonalisty, zasadność wyboru właściwego trybu zamówienia z wolnej ręki nie jest oczywista, w sytuacji gdy jest pewien, że tylko jeden podmiot na rynku jest w stanie wykonać zleczone zamówienie. Należy uznać, że w okolicznościach, w jakich znajdował się (...) podpisując umowę z 20 grudnia 2011 r., nawet wzorcowy dysponent środków publicznych zachowałby się tak samo i nie rozpoznał bezprawności swojego czynu. W uzasadnieniu odnosząc się do stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych Obrońca wskazał, iż oferta spółki (...) (o czym Obwiniony dowiedział się po wszczęciu postępowania

przez UZP) była najtańszą z ofert przedstawionych przez 4 potencjalnych wykonawców, dlatego wydane na ten cel pieniądze nie były uszczupleniem dla środków publicznych. Ponadto podczas rozliczenia projektu przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, pieniądze wydane na wykonanie omawianego zamówienia zostały zakwestionowane przez finansującego i 25 % z nich zostało mu zwróconych ze środków własnych (...), pochodzących z działalności komercyjnej. Taka sytuacja pozwala na uznanie, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki miało znikomą szkodliwość dla finansów publicznych, zaś zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez wysłanie zapytań ofertowych, nie zostały naruszone.

Obrońca podniósł również, że (...) nie można przypisać winy, gdyż dołożył on należytej, w okolicznościach niniejszej sprawy, staranności by ustalić, czy udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest właściwe. Działanie w uzasadnionym przekonaniu, że na rynku istnieje tylko jedna firma mogąca wykonać zamówienie, uzasadniało wybór trybu z wolnej ręki w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp. Gdyby Obwiniony miał obowiązek samodzielnie sprawdzić rynek i upewnić się, że rzeczywiście istnieje tylko jedna firma mogąca wykonać zamówienie, i nie polegać w tym zakresie na opinii i wiedzy swoich pracowników, musiałby sam przeprowadzić całą procedurę związaną z przygotowaniem specyfikacji zamówienia, rozeznaniem rynku i wyborem jego trybu.

Po przeprowadzeniu w dniu 21 lipca 2016 r. rozprawy przy udziale Obwinionego, obrońcy Obwinionego oraz Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej: GKO), postanowiła utrzymać w mocy orzeczenie Komisji I instancji.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 ustawy, GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

GKO w pierwszej kolejności dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 ustawy nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla sprawcy. Do oceny popełnienia przedmiotowych czynów, GKO postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, uznając iż przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego czynu nie są względniejsze dla Obwinionego (merytorycznie ich treść nie uległa zmianie).

GKO dokonując, w związku z wniesionym odwołaniem, kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia nie stwierdziła okoliczności uzasadniających, w oparciu o kompetencję wynikającą z art. 147 ust. 1 ustawy, uchylenie rozstrzygnięcia Komisji I instancji.

W pierwszej kolejności GKO wskazuje, iż rozstrzygnięcie Komisji jest prawidłowe pod względem formalnym. Zawiera elementy przedmiotowo istotne, wskazane w art. 135 ust. 2 i ust. 3 ustawy.

Ponadto, weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia MKO doprowadziła GKO do wniosku, iż Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody. Wskazać w tym miejscu należy, iż obrońca Obwinionego podkreślił fakt braku wątpliwości co do ustalonych w uzasadnieniu okoliczności faktycznych sprawy. W konsekwencji MKO prawidłowo dokonała subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod obowiązujące normy prawne.

GKO wskazuje, iż zakres obowiązków jak i prawnych możliwości zamawiającego, zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, określony

został w przedmiotowej ustawie. Należy zauważyć, iż regulowany ustawą system zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, przez stworzenie warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne (orzeczenie GKO z dnia 13 lutego 2003 r., DF/GKO/Odw.-134/170-171/2002, LEX nr 80068);

Stosownie do art. 10 ust. 1 i 2 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w prawie. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki traktować należy zatem jako wyjątek. Uzasadnieniem skorzystania przez zamawiającego z określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych wyjątku uwarunkowane jest zaistnieniem m.in. przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ust. 1 Pzp). Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Z istoty wskazanej w ww. przepisie normy prawnej wynika, iż określone zamówienie publiczne w danym miejscu i czasie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż szczególnego rodzaju odstępstwo od podstawowej zasady Prawa zamówień publicznych, a zatem pierwszeństwa stosowania trybów zapewniających pełną konkurencyjność wymaga od zamawiającego szczególnej ostrożności. Ciężar wykazania zaistnienia przesłanek określonych we wskazanym przepisie ciąży bowiem bezsprzecznie na zamawiającym. To zamawiający zobowiązany jest wykazać, iż nie tylko negocjacje prowadzone były z jednym potencjalnym wykonawcą ale też wykazać zaistnienie „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, które uniemożliwiają udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi. Powołanie się na tę przesłankę musi być przy tym poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia. Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia (zob. uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r. KIO/KD 61/14, Lex nr 1576468; uchwała KIO z 3 września 2015 r. KIO/KD 49/15, Lex nr 1796875).

Do prawidłowego stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp nie jest wystarczająca również okoliczność, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej „efektywnego” wykonania określonego zadania. Zamawiający jest bowiem zobligowany do wykazania, iż tylko ten właśnie wykonawca ma możliwość wykonania określonego zamówienia. Okolicznością wyłączającą możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki jest ustalenie, iż obiektywnie istnieją inni wykonawcy, którzy potencjalnie mogliby dane zamówienie realizować.

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

Do znamion przedmiotowych czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych należy zatem czynność - niezgodnego z przepisami, określającymi m.in. możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki - udzielenia zamówienia przez Zamawiającego. Zamówieniem publicznym jest umowa zawarta między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 Pzp). W przedmiotowej sprawie umowę z firmą (...), jako Zamawiający, podpisał - w dniu 20 grudnia 2011 r. - Obwiniony.

GKO zwraca uwagę, iż zastosowanie niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego, tj. trybu z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zostały spełnione warunki pozwalające na jego zastosowanie, wbrew twierdzeniom Obrońcy nie może być uznane za znikomo szkodliwe dla finansów publicznych. Szkodliwość dla finansów publicznych polegała na udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w sytuacji braku podstaw prawnych do jego zastosowania (zob. orzeczenie GKO z dnia 28 czerwca 2010 r., BDF1/4900/43/49/10/1228, LEX nr 793178), przy czym szkodliwości, o której mowa w art. 28 ustawy nie należy wprost identyfikować z pojęciem szkody w rozumieniu przepisów prawa cywilnego. Pojęcie szkodliwości dla finansów publicznych jest bowiem pojęciem szerszym. Oprócz ewentualnej szkody w znaczeniu materialnym, odnoszonej zgodnie z art. 28 ust. 2 ustawy do wysokości określonego skutku finansowego, szkodliwość związana jest z określonym naruszeniem obowiązków, sposobem i okolicznościami ich naruszenia, a także skutkami naruszenia. W przedmiotowej sprawie bezsprzecznie zawarcie przez Obwinionego umowy na kwotę 242 064,00 zł, pomimo twierdzeń Obrońcy o wyborze najtańszej oferty spośród tych, które zadeklarowały swój udział w postępowaniu w trybie z wolnej ręki, związane było z wydatkowaniem środków z naruszeniem przepisów zamówień publicznych. Bezsprzecznie, jak słusznie podkreśliła MKO w uzasadnieniu orzeczenia, skoro w dacie zarzucanego Obwinionemu czynu istnieli na rynku alternatywni wykonawcy, dla których wykonanie przedmiotu zamówienia było możliwe, nie istniały przesłanki pozytywne do zastosowania trybu z wolnej ręki. Nie ma zatem podstaw do uznania, że czyn Obwinionego charakteryzuje się znikomą szkodliwością dla finansów publicznych, skoro postępując w sposób oczywisty niezgodnie z prawem, swoim działaniem naruszył jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, to jest zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

GKO potwierdza prawidłowość orzeczenia Komisji w zakresie przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Obwinionemu. (...) miał obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp (dodatkowo zobowiązywały go do tego, zapisy rozdziału XII „Zamówienia publiczne” umowy nr POIG.01.01.02-14-033/09-00 o dofinansowanie projektu (...)). Ponadto, wydatkowane na realizację ww. zamówienia publicznego środki finansowe były środkami publicznymi (było ono współfinansowane ze środków unijnych - Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka), dlatego nie ma wątpliwości, że zakwestionowane działanie może i powinno być kwalifikowane jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z obowiązującym w dacie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, a obecnie w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, jako osobę odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych słusznie wskazano Obwinionego(...), ówczesnego dyrektora (...). Należy zauważyć, iż do znamion podmiotowych czynu określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy (analogicznie jak w obowiązującym w czasie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy) należy czynność niezgodnego z przepisami o zamówieniach publicznych udzielenia zamówienia publicznego, którą należy identyfikować z podpisaniem przez Obwinionego umowy w dniu 20 grudnia 2011 r. Komisja prawidłowo, na podstawie zgromadzonych materiałów dowodowych, w tym zeznań świadków, przeanalizowała winę Obwinionego w zakresie wypełnienia przez Obwinionego obowiązków Zamawiającego udzielającego zamówienia publicznego, a zatem podejmującego ostateczną decyzję w tym przedmiocie, jak również wpływ innych osób na udzielenia zamówienia.

Nie można przy tym podzielić stanowiska prezentowanego przez Obrońcę, że Obwiniony działał w stanie usprawiedliwionej nieświadomości, co prowadzi do uniewinnienia go od zarzucanych czynów (art. 23 ust. 1 ustawy). Podnoszony przez Obrońcę błąd co do prawa (error iuris), będący okolicznością wyłączającą winę, zachodzi wówczas, gdy sprawca dopuszcza się naruszenia dyscypliny finansów publicznych w błędnym przekonaniu, że jego



zachowanie jest legalne. Nieświadomość bezprawności będzie zatem usprawiedliwiona, jeżeli wzorcowy, modelowy dysponent środków publicznych znajdujący się w analogicznych okolicznościach, jak sprawca analizowanego naruszenia, również nie rozpoznałby nieświadomości bezprawności tego czynu. W przedmiotowej sprawie wskazywany przez Obróncę błąd co do prawa, utożsamiany jest z działaniem Obwinionego w okolicznościach przedstawianych przez jego pracowników twierdzeń o dopuszczalności udzielenia zamówienia z zastosowaniem trybu z wolnej ręki wykonawcy - firmie (...)na „Wykonanie zabudowy kontenera na samochodzie IVECO 50C18 oraz wykonanie zabudowy wyposażenia stacji kontroli lotu”. GKO zwraca jednak uwagę, iż błędu co do prawa nie usprawiedliwia fakt konsultowania decyzji z odpowiednimi służbami jednostki. Dostosowanie się do błędnej opinii pracownika nie zwalnia kierownika jednostki od odpowiedzialności w przedmiocie samodzielnie podejmowanej decyzji o udzieleniu bądź nieudzieleniu zamówienia publicznego i podpisania umowy z określonym podmiotem. Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, iż Obwiniony miał obiektywną możliwość zweryfikowania twierdzeń pracowników poprzez analizę dokumentacji przetargowej. GKO wskazuje przy tym, iż przepisy odnoszące się do możliwości zastosowania regulowanego w ustawie Prawo zamówień publicznych trybu z wolnej ręki w oparciu o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp nie zmieniały się od momentu wejścia w życie ustawy. Również wykładnia, odnosząca się w szczególności do wystąpienia przesłanek uzasadniających zastosowanie tego trybu, w związku z możliwością realizacji zamówienia jedynie przez jednego wykonawcę nie wymaga zastosowania szczególnych zabiegów interpretacyjnych i specjalistycznej wiedzy. Czynność polegająca na podpisaniu umowy musi zostać poprzedzona określonym procesem weryfikacyjnym nie tylko ze strony pracowników, którym zlecono określone czynności przygotowujące do wykonania ale przede wszystkim ze strony osoby, która czynności podpisania umowy dokonuje.

W ocenie GKO, działanie Obwinionego, jak słusznie wskazano w orzeczeniu MKO, było zawinione w rozumieniu art. 19 ust. 2 stawy, ponieważ od osoby pełniącej taką funkcję jak Obwiniony, można było wymagać, aby nie tylko posiadała niezbędną wiedzę i doświadczenie ale przede wszystkim zachowała należytą ostrożność i tym samym, aby w sytuacji będącej przedmiotem orzeczenia zachowała się zgodnie z prawem. Tym samym GKO nie znalazła podstaw, do uchylecia orzeczenia Komisji w tym zakresie. Czyn popełniony przez Obwinionego miał charakter zawiniony. Obwiniony miał bezsprzecznie możliwość zgodnego z prawem zachowania się. Główna Komisja Orzekająca utrzymując orzeczenie MKO podkreśla, iż deliktu finansowego określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy może dopuścić się tylko osoba, która udziela zamówienia publicznego. Odpowiedzialności tej nie można przypisać innej osobie, chociażby zatwierdziła ona inne dokumenty w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego.

Również wymierzona Obwinionemu kara mieści się w zakresie prawnych kompetencji organu orzekającego, wynikających w szczególności w art. 33 ustawy. Uwzględniając, że jest to najłagodniejsza z katalogu kar przewidzianych w ustawie nie można mówić o jej nadmiernej surowości.

Odnosząc się do, zawartego w odwołaniu, alternatywnego wniosku o odstąpienie od wymierzenia Obwinionemu kary, GKO stwierdza, że wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim należy podkreślić, że ustawodawca traktuje odstąpienie od wymierzenia kary, jako instytucje mogącą mieć zastosowanie w sytuacjach wyjątkowych. Art. 36 ust. 1 ustawy stanowi, że 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. W ocenie GKO taka sytuacja nie zachodzi w rozpoznawanej sprawie. Nie można zaakceptować sytuacji, w której odstępuje się od stosowania - wymaganych przez prawo trybów konkurencyjnych i, w

oparciu o niesprawdzone informacje otrzymane od podległych pracowników, do udzielenia zamówienia publicznego stosuje się niekonkurencyjny tryb zamówienia z wolnej ręki. Od kierownika zamawiającego można i należy wymagać więcej niż bezrefleksyjnego akceptowania propozycji przedłożonych przez pracowników, zwłaszcza gdy propozycje te prowadzą się do zastosowania wyjątkowego trybu, którego zastosowanie jest obwarowane spełnieniem ściśle określonych przesłanek a rezygnacja z trybów podstawowych wiąże się nieodzownie z ograniczeniem konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców. Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.