



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 28 stycznia 2013 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf
	<i>Zastępca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Protokolant:		Hanna Kąkol

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Jacka Krawczyka,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2013 r. odwołań Obwinionych od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) z dnia 18 września 2012 r., sygn. akt: RKO-522/67/12, którym uznano Obwinionych:

- 1) **(1)** zam. (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Starosty Powiatu (...) oraz
- 2) **(2)** zam. (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wicestarosty Powiatu (...)

winnymi naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 1b pkt 2** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - zwanej dalej także ustawą, polegającego na udzieleniu w dniu 29 czerwca 2010 r., zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, poprzez zawarcie umowy Nr WI 3432/11/2009/D z wykonawcą (...) z siedzibą w

Sygn. akt BDF1/4900/116/115-116/12/3350

(...), przedmiotem której była budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej nr (...) w miejscowości (...), pomimo braku przesłanek uzasadniających zastosowanie wskazanego trybu, co stanowiło naruszenie art. 67 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)

oraz wymierzono Obwinionym kary upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych 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

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) [dalej RKO lub Komisja Orzekająca] orzeczeniem z dnia 18 września 2012 r. sygn. akt: RKO-522/67/12 uznała na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) [dalej ustawa ondfp] obwinionego (1), pełniącego w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Starosty Powiatu (...), odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych - na zasadach określonych w art. 19 ust. 2 ustawy ondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 29 czerwca 2010 r., zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki poprzez zawarcie umowy Nr WI 3432/11/2009/D z wykonawcą (...) z siedzibą w (...), przedmiotem, którego była budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej nr (...) w miejscowości (...). Tym orzeczeniem RKO uznała także obwinionego (2), pełniącego w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Wicestarosty Powiatu (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, również polegające na udzieleniu w dniu 29 czerwca 2010 r., zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki poprzez zawarcie umowy Nr WI 3432/11/2009/D z wykonawcą (...) z siedzibą w (...), przedmiotem, którego była budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej nr (...) w miejscowości (...). RKO stwierdziła, że obwinieni udzieli wskazanego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek uzasadniających zastosowanie wskazanego trybu. Powyższe działanie, w ocenie RKO, stanowiło naruszenie art. 67 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], wyczerpując jednocześnie znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy ondfp. Na podstawie art. 35 w związku z art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy ondfp wymierzyła obwinionym kary upomnienia, a na podstawie art. 167 ust. 1 tej ustawy zasądziła od każdego z obwinionych zwrot na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania, w wysokości 291,71 zł. W uzasadnieniu RKO podała, że sprawę przeciwko obwinionym rozpatrzyła, na podstawie wniosku o ukaranie z dnia 4 lipca 2012 r., w którym Rzecznik Dyscypliny Finansów

Publicznych wnioskował o uznanie obu obwinionych odpowiedzialnymi za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz wnioskował o wymierzenie obwinionym kar upomnienia. RKO wskazała, że co do przedmiotowego czynu opisanego we wniosku, obwiniony (1) w piśmie z dnia 28 czerwca 2012 r., złożył do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wyjaśnienia (k. 440-441). Obwiniony, przytaczając przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazał, że (...) *w przypadku inwestycji budowy chodnika w (...) powiązanej z przebudową drogi powiatowej, na którą zostało złożone zamówienie z wolnej ręki, podstawą uruchomienia postępowania były okoliczności zawarte w protokole konieczności spisany w dniu 14.06.2010 r., do umowy nr WI 3432/11/2009 z dnia 12.06.2009 r. w sprawie wykonania robót dodatkowych, (...) w którym stwierdzono konieczność wykonania zakresu robót objętego projektem pn. „Budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej (...) w miejscowości (...)”*. Dodatkowo obwiniony wyjaśnił, że (...) *choć szacunkowy koszt zgodnie z przedłożoną ofertą określono na całość chodnika, to jednak ze względu na stan zabezpieczenia środków budżetowych, zlecono jedynie pierwszy etap na niezbędne prace przy budowie chodnika na wartość 300.000 zł*. Obwiniony w złożonych wyjaśnieniach zacytował treść ww. protokołu konieczności wskazując, że jego literalne brzmienie uzasadniało konieczność zlecenia tego zadania wykonawcy robót podstawowych, zwracając jednocześnie uwagę na nierozłączność techniczną tych zakresów robót. Tożsame wyjaśnienia, po otrzymaniu postanowienia o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, co do przedmiotowych czynów opisanych we wniosku złożył Obwiniony (2) (k.436-437).

Regionalna Komisja Orzekająca, opierając się na materiałach zgromadzonych w sprawie, w uzasadnieniu orzeczenia podała, co następuje.

Obwiniony (1) w czasie popełnienia zarzucanego czynu pełnił funkcję Starosty Powiatu (...), ponosi zatem zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy ondfp odpowiedzialność, odpowiednio, jako osoba wchodząca w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych. Obwiniony (2) z kolei, w czasie popełnienia zarzucanego czynu pełnił funkcję Wicestarosty Powiatu (...). Ponosi zatem również, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy ondfp odpowiedzialność, odpowiednio, jako osoba wchodząca w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych. Powiat (...), jako jednostka samorządu terytorialnego, należy, zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), do sektora finansów publicznych.

Odnosząc się do stanu prawnego, Komisja Orzekająca, mając na względzie dyspozycję art. 24 ustawy ondfp, w wyniku dokonanej oceny stwierdziła, że opis czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 (uprzednio art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy ondfp, jak i instytucje mające wpływ na wymiar kary są tożsame i nie są bardziej dotkliwe dla obwinionych, postanowiła zatem o zastosowaniu przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, obowiązującej w dacie orzekania. Uwzględniając również, że dyspozycja art. 24 ust. 1 ustawy ondfp ma zastosowanie nie tylko do ustawy będącej podstawą wydawania orzeczenia przez organy orzekające (tj. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), ale również do wszystkich ustaw szczególnych, mających znaczenie dla rozpoznania postawionych zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych, RKO dokonała analizy stanu prawnego przepisów ustawy z dnia 29 czerwca 2004 r. Prawo zamówień publicznych [dalej: ustawa Pzp]. Wobec niezmienności stanu prawnego w zakresie wskazanym we wniosku o ukaranie, bezprzedmiotowe stało się ustalanie - zdaniem Komisji - przepisów względniejszych. RKO dalej podała, że na podstawie zgromadzonych w aktach materiałów dowodowych ustaliła, że

w dniu 20 lipca 2009 r. Powiat (...), w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zawarł umowę nr WI 3432/11/2009 - w kwocie 11.557.259,37 zł brutto - na wykonanie prac związanych z zaprojektowaniem i przebudową dróg (...) oraz (...), a w szczególności: sporządzenie projektu wykonawczego w zakresie niezbędnym do realizacji prac i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z wymaganymi ustawą Pzp zezwoleniami i uzgodnieniami, wykonanie robót budowlanych na podstawie powyższego projektu, przeprowadzenie wymaganych prób i badań wynikających z dokumentacji, opracowanie projektu tymczasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia robót wraz z oznakowaniem robót, opracowanie projektu stałej organizacji ruchu dla danego obszaru objętego przebudową oraz oznakowaniem, a także obsługę geodezyjną i wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej wykonania robót z wyróżnieniem zakresów robót. 14 czerwca 2010 r. do ww. umowy nr WI 3432/11/2009 spisano protokół konieczności, w którym uznano za niezbędne wykonanie zakresu robót objętego projektem pn. „Budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej (...) w miejscowości (...)”. Szacunkowy koszt zgodnie z przedłożoną ofertą określono na kwotę 860.827,36 zł netto. W protokole konieczności stwierdzono, że „(...) zachodzi konieczność przed wykonaniem poszerzenia drogi oraz nawierzchni asfaltowych wykonać planowany do realizacji chodnik wraz z kanalizacją deszczową. Z uwagi na fakt, iż plac budowy został przekazany wykonawcy przebudowy drogi, jak również niezbędną konieczność skoordynowania projektowego, organizacyjnego, wykonawczego, gospodarczego dwóch inwestycji właściwym jest zlecenie wykonania chodnika wraz z kanalizacją deszczową wykonawcy przebudowy drogi. Z uwagi na techniczną łączność elementów przebudowy drogi będącej w realizacji a elementów projektowanej kanalizacji deszczowej /wpusty drogowe/ oraz elementów chodnika /krawężnik drogowy/ wykonanie zamówienia podstawowego, jakim jest przebudowa drogi jest uzależnione technicznie, organizacyjnie, czasowo od wykonania zamówienia dodatkowego, jakim jest przebudowa przedmiotowego chodnika.” W dniu 29 czerwca 2010 r., Powiat (...) zawarł umowę nr WI 3432/11/2009/D. Zgodnie z § 1 tej umowy, zamawiający zlecił wykonanie robót budowlanych - dodatkowych związanych z zaprojektowaniem i przebudową dróg (...) i (...) - budowę chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej nr (...) w miejscowości (...). Umowa została podpisana przez Starostę (...) - (1) oraz (2) - Wicestarostę (...). Wynagrodzenie określono na kwotę 300.709,28 zł brutto za I Etap robót. Zgodnie z § 4 ust. 6 przedmiotowej umowy całkowita wartość zadania określona została na kwotę 1.050.209,38 zł brutto. Zgodnie z preambułą do przedmiotowej umowy nr WI 3432/11/2009/D, jako podstawę wskazano, że zamówienie zostało udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jako dowody na powyższe, RKO uznała: dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku, którego zawarto umowę nr WI 3432/11/2009 z dnia 20.07.2009 r. (karty nr 47416) oraz dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku, którego zawarto umowę nr WI 3432/31/2009/D z dnia 29.06.2010 r. (karty nr 417-432), a także protokół konieczności z dnia 14 czerwca 2010 r. do umowy Nr WI 3432/11/2009 (k.421) i wyjaśnienia (1) z dnia 28 czerwca 2012 r., (k.439-441) oraz wyjaśnienia (2) z dnia 27 czerwca 2012 r., (k.435-437). RKO, odnosząc się do zarzutu naruszenia dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazała, że „(...) zamówień dodatkowych w trybie z wolnej ręki można udzielić dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie

zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. O zamówieniach dodatkowych w świetle art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp będzie można zatem mówić, gdy łącznie zaistnieją następujące przesłanki: 1) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi; 2) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym; 3) zleci się ich wykonanie temu samemu wykonawcy, co zamówienie podstawowe; 4) wartość tych zamówień nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego; 5) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia; 6) wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego, oraz 7) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów, lub 8) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego”. Komisja podkreśliła, że „(...) Zamówienia dodatkowe muszą być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego (np. podyktowane wymogami Prawa budowlanego). Oznacza to, że bez zamówień dodatkowych wykonawca nie mógłby wykonać, albo nie byłby w stanie należycie wykonać zamówienia podstawowego. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi być bezpośrednio związana z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, już realizowanego, jednak nie może ona wynikać z zaniedbań czy niestaranności zamawiającego. Jeśli zamawiający nie przewidział określonych robót budowlanych tylko dlatego, że nie zachował należytej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie może udzielać zamówień dodatkowych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp”. W konkluzji RKO stwierdziła, że „(...) Z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust 1 pkt 5 ustawy”. W ocenie Komisji, wykonanie zamówienia dodatkowego nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a tym bardziej nie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Już sam protokół konieczności wskazuje, iż inwestycja budowy chodnika była planowana. W ocenie Komisji, nieobjęcie zamówieniem podstawowym budowy chodnika wraz z kanalizacją deszczową można zaliczyć, co najwyżej do sytuacji niestarannego działania przy planowaniu, projektowaniu. Nie będzie to natomiast - zdaniem Komisji - sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia. RKO podkreśliła, że „(...) Niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek pewnych zaniechań, zaniedbań w rozpoznawaniu zakresu czy charakteru prac powstaje konieczność wykonania innego zakresu czy zmiany jego elementów na inne, niż pierwotnie zakładane. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z obiektywną, a tym samym niezawinioną niezależną od zamawiającego sytuacją.” Komisja stwierdziła także, że „(...) we wskazanym stanie faktycznym zamawiający nie działał z należyłą starannością, określając przedmiot i wartość zamówienia podstawowego. Techniczna łączność elementów przebudowy drogi będącej w realizacji a elementów projektowanej kanalizacji deszczowej mogła i powinna być przewidziana na etapie planowania udzielenia zamówienia podstawowego, co oznacza, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi przesłanka braku możliwości przewidzenia wykonania robót dodatkowych. Nie można także uznać, że ww. roboty dodatkowe były niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego. Roboty te można by uznać za powiązane z zamówieniem podstawowym, ale nie przesądzały one o tym, że bez ich wykonania zamówienie podstawowe nie będzie mogło być zakończone, w szczególności chociażby wykonanie samego chodnika. W przypadku zakresu ww. umowy na roboty dodatkowe odpowiednie roboty winny były stać się przedmiotem odrębnych umów, zawartych z wykonawcą wybranym w trybie konkurencyjnym, gdyż nie zachodziła konieczność ich wykonania dla realizacji zamówienia podstawowego”.

Mając powyższe na uwadze, Komisja uznała, iż obwinieni dopuścili się naruszenia dyscypliny finansów publiczny określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy ondfp (art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy obowiązującej w dniu popełnienia zarzucanych czynów), nie dzieląc argumentacji obwinionych zawartych w wyjaśnieniach złożonych na etapie postępowania wyjaśniającego przed Rzecznikiem, jak i na rozprawie. Rozpatrując stopień zawinienia obwinionych Komisja wskazała, że (...) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wymienione w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy ondfp, polegające na udzieleniu zamówienia publicznego, w warunkach określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odpowiedzialność może być dochodzona i przypisana osobie, która udzieliła tego zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Głównej Komisji Orzekającej będą to osoby, które podpisały umowę w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli wypełniają przesłanki podmiotowe, określone w art. 4 ustawy ondfp. Oznacza to, że w przypadku zarządzanych kolegialnie (przez zarząd) jednostek sektora finansów publicznych odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wymienione w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy ondfp, polegające na udzieleniu zamówienia publicznego, z określonym naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych, może być dochodzona jedynie od kierownika, w tej sytuacji zarządu (osób, które udzieliły zamówienia publicznego, tj. podpisały umowę w sprawie zamówienia publicznego) lub pracownika jednostki sektora finansów publicznych (który udzielił zamówienia publicznego, tj. podpisał umowę w sprawie zamówienia publicznego w ramach powierzonych mu przez kierownika obowiązków). W niniejszej sprawie bezspornie umowa na roboty dodatkowe została podpisana przez Obwinionych Starostę (1) i Wicestarostę (2) działających w imieniu Zarządu Powiatu (...). Komisja wskazała również, że „(...) zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy ondfp, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia”. Komisja rozstrzygając, czy obwinieni mieli możliwość innego zachowania, które nie spowodowałoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych stwierdziła, że w zakresie objętym wnioskiem o ukaranie i przypisanego obwinionym naruszenia, można uznać ich zawinione działanie. Jeżeli jako winę rozumie się zachowanie niezgodnie z obowiązującą normą prawną w wypadku, gdy możliwość zgodnego z tą normą zachowania była, to w rozpatrywanym przypadku taka możliwość istniała. To na kierowniku jednostki ciąży obowiązek zapewnienia w kierowanej przez niego placówce takiej organizacji pracy, która pozwala na prawidłowe wykonywanie obowiązków jednostki (orzeczenie GKO z dnia 29.02.2004 r. nr DF/GKO/Odw.-88/117/2003)”. RKO wskazała, że „(...) Kierownik jednostki, przyjmując powierzone mu stanowisko, przyjmuje także w ten sposób pełną odpowiedzialność związaną z wykonywaniem tej funkcji, (orzeczenie GKO z dnia 13 stycznia 2003 r. DF/GKO/Odw.-100/131-132/2002, LEX nr 80039) oraz, że „(...) Kierownik jednostki z racji pełnionej funkcji, powinien znać zasady wydatkowania środków publicznych i konsekwencje ich naruszenia, a w razie wątpliwości interpretacyjnych powinien dokładnie przeanalizować przepisy przed podjęciem decyzji, nie ograniczając się do dania wiary jednej opinii lub tej opinii, która była zgodna z jego oczekiwaniami” i „(...) Niewątpliwie w niniejszej sprawie Obwinieni dochowując należytej staranności mieli możliwość zachowania się zgodnie z normą”.

Odwołania zostały wniesione przez obu obwinionych w pismach z dnia 5 listopada 2012 r.

Obwiniony (1) wniósł o uchylenie orzeczenia w całości, podnosząc w szczególności, że „(...) W przypadku inwestycji budowy chodnika w (...) powiązanej z przebudową drogi powiatowej, na którą zostało złożone zamówienie z wolnej ręki, podstawą jej uruchomienia

były okoliczności zawarte w protokole konieczności spisany w dniu 14.06.2010. do umowy nr WI 3432/11/2009 z dnia 12.06.2009 r. w sprawie wykonania robót dodatkowych. Obecni przy jego sporządzeniu byli: przedstawiciel inwestora mgr inż. (...) Naczelnik Wydziału Inwestycji i Drogownictwa, inspektor nadzoru (...) i kierownik budowy (...). W protokole stwierdzono konieczność wykonania zakresu robót objętego projektem pn. „Budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej (...) w miejscowości (...)”. Szacunkowy koszt wykonania, zgodnie z przedłożoną ofertą, obejmował całość chodnika, nie mniej jednak ze względu na stan zabezpieczenia środków budżetowych zlecono jedynie pierwszy etap na niezbędne prace przy budowie chodnika na wartość 300.000 zł, co było zabezpieczone w uchwale budżetowej z dnia 30.04.2010. Obwiniony – jak w wyjaśnieniach przed RKO - podał również, że „(...) W uzasadnieniu konieczności wykonania robót zapisano, że (...) w związku z realizacją przebudowy drogi powiatowej nr (...) realizowanej na podstawie umowy nr WI 3432/11/2009 z dnia 12-06-2009 r. zachodzi konieczność przed wykonaniem poszerzenia drogi oraz nawierzchni asfaltowych wykonać planowany do realizacji chodnik wraz z kanalizacją deszczową. Z uwagi na fakt, iż plac budowy został przekazany wykonawcy przebudowy drogi jak również (...) konieczność skoordynowania projektowego, wykonawczego, gospodarczego dwóch inwestycji, właściwym jest zlecenie wykonania chodnika wraz z kanalizacją deszczową wykonawcy przebudowy drogi. Z uwagi na techniczną łączność elementów przebudowy drogi będącej w realizacji a elementów projektowanej kanalizacji deszczowej /wpusty drogowe/ oraz elementów chodnika /krawężnik drogowy/. Wykonanie zamówienia podstawowego, jakim jest przebudowa drogi jest uzależniona technicznie, organizacyjnie, czasowo od wykonania zamówienia dodatkowego, jakim jest budowa przedmiotowego chodnika. Zależność realizacji chodnika wraz z kanalizacją oraz przebudowy drogi powiatowej skutkuje koniecznością ingerencji jednych robót w drugie, co skłania z uwagi na warunki i okresy gwarancyjne do przekazania zlecenia wykonania chodnika i kanalizacji wykonawcy przebudowy drogi. Powyższe roboty można wykonać na podstawie dodatkowego projektu.” Powyższe ustalenia protokołu konieczności stanowiły rekomendację dla Starosty (...) (1) do podpisania umowy na roboty dodatkowe zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi. Zdaniem obwinionego, „(...) Zacytowany literalnie protokół konieczności jednoznacznie uzasadnia konieczność zlecenia wykonawcy robót podstawowych i wskazuje na nierozłączność techniczną tych zakresów robót i wyczerpuje tym samym przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 5 do zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki z dotychczasowym wykonawcą robót podstawowych przy przebudowie drogi powiatowej łącznie z budową pierwszego etapu chodnika.” Rozstrzygnięcie RKO, zdaniem obwinionego, nie uwzględnia zupełnie przedstawionych powyżej argumentów, a w szczególności nie odnosi się do protokołu konieczności, który jednoznacznie wyjaśnia powód zastosowania trybu z wolnej ręki do przedmiotowego zamówienia. Stwierdził również, że „(...) sytuacja realizowania tej inwestycji miała charakter obiektywny, niemożliwy wcześniej do przewidzenia, a tym samym sytuacja, w jakiej znalazł się zamawiający była niezależna i niezawiniona przez zamawiającego. Podniesiony w uzasadnieniu RKO argument, iż inwestycja budowy chodnika była planowana nie ma żadnego związku przyczynowo - skutkowego z sytuacją, która wystąpiła w czasie realizacji inwestycji dotyczącej modernizacji drogi powiatowej. Wskazana w protokole konieczności techniczna łączność elementów przebudowy drogi będącej w realizacji, a projektowanej kanalizacji deszczowej /wpusty drogowe/ oraz elementów chodnika /krawężnik drogowy/ wykonanie zamówienia podstawowego, jakim była przebudowa drogi była w tej sytuacji technicznie, organizacyjnie i czasowo uzależniona od zamówienia dodatkowego, jakim była budowa przedmiotowego chodnika. Była to, więc sytuacja obiektywna, niezależna od udzielającego zamówienia. Plany budowy chodników w sensie zamiaru są we wszystkich samorządach tematem pierwszoplanowym, gdyż mają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo mieszkańców, w tym

szczególnie dzieci dochodzących do szkoły. Sam zamiar, o którym wielokrotnie była mowa na sesjach samorządu gminy nie spowodował jednak realizacji budowy chodnika. To sytuacja opisana w cytowanym protokole spowodowała taką mobilizację do wykonania dodatkowo chodnika wraz z kanalizacją deszczową. Zastosowanie trybu z wolnej ręki było, więc od strony formalno-prawnej jedynym możliwym rozwiązaniem”. Obwiniony podał również, że „(...) Zakres realizowanych robót dotyczących modernizacji drogi powiatowej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego nie przewidywał ani w sensie projektowym, ani finansowym budowy chodnika wraz z kanalizacją deszczową. Dopiero przy zaawansowanym stopniu realizacji tej inwestycji samorząd gminny wyraził taką wolę, o czym powiadomił Starostę Powiatu (...) Pana (1). Stosowne środki finansowe po tych ustaleniach między samorządami zostały zabezpieczone w budżecie Powiatu na realizację niezbędnego pierwszego etapu inwestycji, tj. budowę chodnika wraz z kanalizacją deszczową”. Obwiniony stwierdził w konkluzji, że – jego zdaniem - RKO nie wzięła „(...) pod uwagę jeszcze innego argumentu zawartego w przytoczonym protokole konieczności. Dotyczy to technicznych i organizacyjnych uwarunkowań realizowanej inwestycji. Zależność budowy chodnika wraz z kanalizacją oraz przebudowy drogi powiatowej skutkuje koniecznością ingerencji jednych robót w drugie, co skłania z uwagi na warunki i okresy gwarancyjne do przekazania zlecenia wykonania chodnika i kanalizacji wykonawcy przebudowy drogi. W tych konkretnych uwarunkowaniach niemożliwe technicznie i organizacyjnie byłoby zawarcie umowy w innym trybie, z innym wykonawcą niż tym, który realizował zamówienie podstawowe”.

Obwiniony (2), wnosząc również o uchylenie orzeczenia, podniósł w odwołaniu w całości analogiczne argumenty faktyczne i prawne jak obwiniony (1), wskazując w szczególności na okoliczności podane w protokole konieczności z dnia 14.06.2012 r. W konkluzji podobnie stwierdził, że „(...) Zakres realizowanych robót dotyczących modernizacji drogi powiatowej w ramach (...) Regionalnego Programu Operacyjnego nie przewidywał ani w sensie projektowym, ani finansowym budowy chodnika wraz z kanalizacją deszczową. Dopiero przy zaawansowanym stopniu realizacji tej inwestycji samorząd gminny wyraził taką wolę, o czym powiadomił Starostę Powiatu (...) Pana (1). Stosowne środki finansowe po tych ustaleniach między samorządami zostały zabezpieczone w budżecie Powiatu na realizację niezbędnego pierwszego etapu inwestycji tj. budowę chodnika wraz z kanalizacją deszczową”. Także jego zdaniem, RKO nie wzięła „(...) pod uwagę jeszcze innego argumentu zawartego w przytoczonym protokole konieczności. Dotyczy to technicznych i organizacyjnych uwarunkowań realizowanej inwestycji. Zależność budowy chodnika wraz z kanalizacją oraz przebudowy drogi powiatowej skutkuje koniecznością ingerencji jednych robót w drugie, co skłania z uwagi na warunki i okresy gwarancyjne do przekazania zlecenia wykonania chodnika i kanalizacji wykonawcy przebudowy drogi. W tych konkretnych uwarunkowaniach niemożliwe technicznie i organizacyjnie byłoby zawarcie umowy w innym trybie, z innym wykonawcą niż tym, który realizował zamówienie podstawowe”.

Rozpoznając przedmiotową sprawę, Główna Komisja Orzekająca [GKO] uznała, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

GKO, odnosząc się w pierwszej kolejności do stanu prawnego i mając na względzie dyspozycję art. 24 ustawy ondfp, w wyniku dokonanej oceny stwierdziła, że opis czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 (uprzednio art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) wskazanej ustawy ondfp, oraz przepisy mające wpływ na przypisanie odpowiedzialności obwinionym i wymiar kary są tożsame i nie są bardziej dotkliwe dla obwinionych. GKO uwzględniła również przepisy ustawy Pzp, w tym art. 67 ust. 1 pkt 5 tej ustawy i jego niezmiennosc w stosunku do

stanu z dnia popełnienia naruszenia. Powyższe ustalenia uzasadniały, zatem – tak jak ustaliła RKO – stosowanie przepisów obowiązujących w dacie orzekania przez organ.

Rozpoznając odwołania od orzeczenia RKO z dnia 18 września 2012 r. sygn. akt: RKO-522/67/12, GKO stwierdziła, że przypisane obwinionym naruszenie określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy ondfp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zostało popełnione poprzez zawarcie w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy nr WI 3432/31/2009/D z dnia 29.06.2010 r., której przedmiotem była „Budowa chodnika wraz z kanalizacją deszczową w ciągu drogi powiatowej (...) w miejscowości (...)” na kwotę brutto 300.709,28 zł. Tak jak wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, podstawą zawarcia tej umowy był protokół konieczności z dnia 14.06.2010. do umowy nr WI 3432/11/2009 z dnia 12.06.2009 r. w sprawie wykonania robót dodatkowych. Powyższe zostało potwierdzone przez obwinionych w odwołaniach.

W ocenie GKO, w niniejszej sprawie, przy zawieraniu umowy nr WI 3432/31/2009/D z dnia 29.06.2010 r., nie mógł mieć zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem ustalone okoliczności nie potwierdzają, że wystąpiły łącznie przesłanki, o których mowa w tym przepisie, warunkujące zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z przywołaną podstawą prawną, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, jednakże niezbędnych do jego prawidłowego wykonania i których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Tak jak ustaliła RKO, wykonanie zamówienia dodatkowego nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a tym bardziej nie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Stan faktyczny sprawy, jak też wyjaśnienia obwinionych, bezspornie wskazują, że planowa budowa chodnika nie została zlecona tylko ze względu na stan zabezpieczenia środków budżetowych i dlatego zawierając umowę podstawową nr WI 3432/11/2009 z dnia 20 lipca 2009 r. w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zlecono jedynie pierwszy etap na niezbędne prace przy budowie chodnika na wartość 300.000 zł. Zatem – w ocenie GKO – robót związanych z budową chodnika wraz z kanalizacją deszczową, nieobjętych zamówieniem podstawowym, nie można przede wszystkim zaliczyć do robót dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, co stanowi jedną z zasadniczych przesłanek do zastosowania tego niekonkurencyjnego trybu. Również zdaniem GKO, w niniejszej sprawie zamawiający nie może powoływać się na okoliczność, że wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Tak jak wyjaśniali obwinieni w postępowaniu w I instancji, (...) szacunkowy koszt zamówienia określono na całość chodnika, to (...) jednak ze względu na stan zabezpieczenia środków budżetowych, zlecono jedynie pierwszy etap na niezbędne prace przy budowie chodnika na wartość 300.000 zł”. Tym samym, obwinieni pośrednio przyznali, że w przypadku braku środków możliwe było wykonanie robót podstawowych, w takim zakresie jak wynikało to z umowy nr WI 3432/11/2009 z dnia 20 lipca 2009 r. Niewątpliwie techniczne i organizacyjne uwarunkowania realizowanej inwestycji, a mianowicie zależność budowy chodnika wraz z kanalizacją oraz przebudowy drogi powiatowej skutkowałyby koniecznością ingerencji jednych robót w drugie, jednakże przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przede wszystkim obligatoryjnie wymaga, – co wskazano powyżej – aby zlecenie realizacji robót dodatkowych związane było przede wszystkim z obiektywnie niemożliwymi wcześniej do przewidzenia

okolicznościami i tym samym niezawinioną oraz niezależną od zamawiającego sytuacją. Za taką okoliczność, w ocenie GKO, nie można uznać zwiększenia środków w budżecie w trakcie realizacji robót podstawowych.

Także w ocenie GKO, uwzględniając art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy ondfp w związku z art. 9 ustawy o finansach publicznych, odpowiedzialność za wskazane naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi obwiniony (1), pełniący w czasie popełnienia zarzucanego czynu - funkcję Starosty Powiatu (...) oraz obwiniony (2), pełniący w czasie popełnienia zarzucanego czynu - funkcję Wicestarosty Powiatu (...). Zgodnie bowiem ze wskazanym art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy ondfp, odpowiedzialność ponosi osoba wchodząca w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych. GKO rozważała również kwestie winy obwinionych. Tak jak wskazała RKO, zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy ondfp, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Zdaniem GKO, obwinieni mieli możliwość innego zachowania, które nie spowodowałoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych i tym samym przypisane obwinionym naruszenia można uznać za zawinione działanie w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie, to na kierowniku jednostki ciąży obowiązek zapewnienia w kierowanej przez niego placówce takiej organizacji pracy, która pozwala na prawidłowe wykonywanie obowiązków jednostki, w tym przypadku w zakresie udzielania zamówień publicznych. W niniejszej sprawie, obwinieni, dokładając należytej staranności, mieli możliwość zachowania się zgodnie z normami prawnymi określonymi ustawą Pzp i tym samym można było uniknąć przypisanego im naruszenia. W pierwszej kolejności GKO stwierdza, że z okoliczności niniejszej sprawy nie wynika, aby realizacja zamówienia podstawowego była skutkiem okoliczności, w których wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia podstawowego. Ponadto uzyskanie dodatkowych środków w trakcie realizacji robót nie umożliwiło przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym na roboty dodatkowe, aczkolwiek GKO dostrzega, że w warunkach postępowania [dokumentacji] należało uwzględnić utrudnienia techniczne, organizacyjne oraz czasowe związane z prowadzeniem robót. GKO zwraca uwagę, że te utrudnienia były skutkiem przyczyn leżących po stronie zamawiającego zlecającego być może przedwcześnie roboty podstawowe. GKO rozważała również kwestie związaną z wysokością kary wymierzonej obwinionym przez Komisję Orzekającą I instancji. W niniejszej sprawie GKO uwzględniła, że dobrem chronionym w przepisach regulujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest ład prawny systemu finansów publicznych i kluczowym kryterium oceny działania podmiotów sektora finansów publicznych jest zachowanie tego ładu. W niniejszej sprawie, zachowanie ładu systemu finansów publicznych wymagało prawidłowego stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. GKO stwierdza również, że zgodnie z art. 31 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 35 ustawy ondfp obwinionym wymierzona została najniższa z katalogu kar przewidzianych tą ustawą, która to kara jest adekwatna do popełnionego czynu i powinna odnieść skutek zapobiegawczy i dyscyplinujący w zakresie niepopelniania dalszych czynów, skutkujących naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.