

**Orzeczenie**  
**Główniej Komisji Orzekającej**  
**w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych**  
**z dnia 2 grudnia 2013 r.**  
**sygn. akt BDF1/4900/69/73/13/RWPD-73819**

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Iwona Bendorf-Bundorf</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Gryśka (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz</b>
Protokolant:		<i>Hanna Kąkol</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2013 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt: RIO-VI-51-07-13, w zakresie którym uznano Obwinionego (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...) 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 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), polegających na:

a) udzieleniu w dniu 11 maja 2011 r. zamówienia publicznego o wartości 266.509,82 zł (słownie: dwieście sześćdziesiąt sześć tysięcy pięćset dziewięć złotych 82/100), na Dokończenie remontu drogi wraz z dokończeniem budowy kanalizacji deszczowej i sanitarnej oraz budową oświetlenia na ulicy (...) w (...), z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz.759 ze zm.), dotyczącego przesłanek udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki;

b) udzieleniu w dniu 14 października 2011 r. zamówienia publicznego o wartości 126.000 zł (słownie: sto dwadzieścia sześć tysięcy złotych) na wykonanie Robót budowlanych w Szkole Podstawowej nr 1 w (...) w zakresie robót malarskich wraz z wymianą stolarki drzwiowej oraz remontem schodów zewnętrznych, z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy -

Prawo zamówień publicznych, dotyczącego przesłanek udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł;

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

### **Uzasadnienie**

Orzeczeniem z dnia 7 czerwca 2013 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej uznała (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na:

- 1) udzieleniu w dniu 11 maja 2011 r. zamówienia publicznego o wartości 266.509,82 zł na dokończenie remontu drogi wraz z dokończeniem budowy kanalizacji deszczowej i sanitarnej oraz budową oświetlenia na ulicy (...) w (...), z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącego przesłanek udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki,
- 2) udzieleniu w dniu 14 października 2011 r. zamówienia publicznego o wartości 126.000 zł na wykonanie robót budowlanych w Szkole Podstawowej nr 1 w (...)w zakresie robót malarskich wraz z wymianą stolarki drzwiowej oraz remont schodów zewnętrznych, z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawa zamówień publicznych, dotyczącego przesłanek udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Za przypisane czyny komisja orzekająca pierwszej instancji wymierzyła obwinionemu karę upomnienia. Obwiniony został również obciążony kosztami postępowania w sprawie.

Podstawą powyższego orzeczenia były następujące ustalenia stanu faktycznego.

W dniu 11 maja 2011 r., po przeprowadzonych negocjacjach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, na zadanie pn.: „Dokończenie remontu drogi wraz z dokończeniem budowy kanalizacji deszczowej i sanitarnej oraz budową oświetlenia na ulicy (...) w (...), obwiniony - (...) - udzielił zamówienia publicznego dotychczasowemu wykonawcy, tj. konsorcjum firm Przedsiębiorstwa Drogowo-Budowlanego (...). Przedmiotem umowy były roboty dodatkowe, nieobjęte zamówieniem podstawowym, tj. wykonanie dojeżdż i zjazdów do posesji oraz montaż studzienek włączeniowych na przykanalnikach sanitarnych. Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy na kwotę 266.509,82 zł brutto.

Jak wyjaśniał obwiniony, uzasadnieniem wyboru trybu udzielenia powyższego zamówienia publicznego były przyczyny techniczne, z powodu których oddzielenie zamówienia podstawowego od zamówienia dodatkowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów (m.in. rozbiórkę elementów wykonanej drogi, ponowne korytowanie drogi itp.). Dodatkowo, wykorzystanie obecności dotychczasowego wykonawcy (zamówienia głównego), jego potencjału technicznego i kadrowego w obrębie jednego placu budowy pozwoliłoby obniżyć koszty, a jednocześnie zrealizować dodatkowy zakres przy najmniejszym utrudnieniu dostępu do posesji zlokalizowanych bezpośrednio przy placu budowy.

Odnosnie do drugiego przypisanego obwinionemu czynu, komisja orzekająca pierwszej instancji ustaliła, że w dniu 14 października 2011 r., po przeprowadzonych negocjacjach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na zadanie pn.: Roboty dodatkowe przy realizacji zadania – „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 1 w (...)w zakresie robót malarskich wraz z wymianą stolarki drzwiowej oraz remontem schodów zewnętrznych”, obwiniony udzielił zamówienia publicznego dotychczasowemu wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...)w (...). Przedmiotem tej umowy były roboty dodatkowe, nieobjęte zamówieniem podstawowym, za wykonanie których strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy na kwotę 126.000,00 zł brutto.

W ocenie obwinionego, uzasadnieniem wyboru trybu udzielenia powyższego zamówienia publicznego były przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, a także logistyczne, za które uznano konieczność wykonania robót nieprzewidzianych w umowie

zawartej z wykonawcą. Wskutek zalania pomieszczeń szkoły (klatek schodowych i korytarzy - szkoda powstała przy wymianie konstrukcji dachów) wykonawca - w ramach zawartej umowy - zobowiązany został do naprawy powstałych szkód poprzez usunięcie zacieków i pomalowanie powierzchni uszkodzonych ścian i sufitów. Po przeprowadzonych oględzinach z udziałem likwidatora szkód ustalono zakres prac naprawczych. Ponadto z uwagi na bardzo zły stan techniczny stolarki drzwiowej zachodziła konieczność jej wymiany na nową, która swoimi parametrami nie będzie odbiegać od stolarki zamontowanej w ramach prac termomodernizacyjnych. Ponadto - w wyniku prac termomodernizacyjnych - zmniejszyła się szerokość podestów i biegów schodów zewnętrznych dlatego zachodziła także konieczność ich remontu.

Komisja orzekająca pierwszej instancji oceniła, że w opisanym wyżej stanie faktycznym nie było podstaw do wyboru wykonawcy w trybie z wolnej ręki. W zaistniałej sytuacji brak było bowiem niezbędności dla wykonania zamówienia podstawowego oraz przesłanki robót, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia, a z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Wskazywane przez obwinionego przyczyny zastosowania tego trybu zamówienia Komisja orzekająca pierwszej instancji oceniła jako względy organizacyjne, których nie można utożsamiać z przyczynami technicznymi. Ponadto Komisja stwierdziła, że w sprawie tej nie wykazano niewspółmierności wysokich kosztów przy oddzieleniu zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego. Zgodnie tymczasem z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia dodatkowe muszą być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, co oznacza, że bez realizacji zamówień dodatkowych wykonawca nie mógłby wykonać albo - nie byłby w stanie należycie wykonać - umowy o zamówienie publiczne podstawowe, przy czym sytuacja taka nie może powstać wskutek zaniedbań lub niestaranności samego zamawiającego. Konieczność udzielania zamówienia dodatkowego musi bowiem wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia już pierwotnie, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, przeprowadzania postępowania i podpisywania umowy, przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego.

Jak stwierdziła Komisja orzekająca pierwszej instancji, przedmiotowe zamówienie publiczne nie spełniło wszystkich przesłanek zawartych w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Budowa studni na przykanalnikach kanalizacji sanitarnej wraz z remontem zjazdów i dojść do posesji nie wpływała na możliwość zakończenia zamówienia podstawowego w określonym zakresie (zamówienie podstawowe mogło być zrealizowane samodzielnie) a była jedynie skutkiem, dokonanej przez zamawiającego, zmiany koncepcji realizacji inwestycji. Komisja orzekająca pierwszej instancji nie potwierdziła także stwierdzenia, że konieczności realizacji zamówienia dodatkowego nie można było wcześniej przewidzieć. Informację w tym zakresie zamawiający mógł powziąć już na etapie sporządzenia projektu umowy w sprawie zamówienia podstawowego (już wówczas wiedział np. o degradacji infrastruktury dokonanej przez poprzedniego wykonawcę inwestycji). Zamawiający nie wykazał również, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego z powodów technicznych lub gospodarczych wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów (nie oszacowano bowiem żadnych kosztów/strat, jakie musiałby ponieść zamawiający w przypadku oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego).

Odnosnie do drugiego z zarzutów przypisanych obwinionemu Komisja orzekająca również podzieliła stanowisko rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji, że obwiniony udzielił zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania tego trybu udzielenia zamówienia publicznego. W trakcie postępowania, jako podstawę prawną wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w tej sprawie, obwiniony wskazywał przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak stwierdziła w uzasadnieniu Komisja orzekająca pierwszej instancji, dla zaistnienia przesłanki zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia publicznego konieczne jest wykazanie istnienia monopolu na rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych. Możliwość wykonania określonej usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny i trwały oraz nie może opierać się na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, że określony wykonawca wykona zamówienie najlepiej, dysponując najlepszą wiedzą i doświadczeniem, najlepszymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Względy techniczne o obiektywnym charakterze, o których mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, muszą wynikać z rzeczywistego monopolu danego wykonawcy na uzyskanie określonej usługi. Subiektywne

przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem ww. przesłanki; konieczne jest wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot.

Komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że obwiniony, udzielając przedmiotowych zamówień publicznych nie miał ani zamiaru naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ani też nie godził się na popełnienie czynu zabronionego ustawą. Obwiniony działał bowiem w przekonaniu, że udzielane przez niego zamówienia publiczne są dokonywane bez naruszenia prawa, w szczególności nie miał dostatecznej wiedzy na temat niespełnienia ustawowych przesłanek wyboru tego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Obwiniony działał więc w tej sprawie jedynie bez zachowania należytej ostrożności, wymaganej w danych okolicznościach, w warunkach, w których mógł przewidzieć możliwość naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Wymierzając obwinionemu karę upomnienia, Komisja orzekająca pierwszej instancji uwzględniła, iż nie był on do tej pory karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszenia dyscypliny finansów publicznych dopuścił się z winy nieumyślnej, a stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych w tym przypadku nie jest znaczny. Komisja uznała więc, że kara upomnienia będzie wystarczającą dla osiągnięcia jej celu w zakresie zapobiegania takim naruszeniom w przyszłości.

Od orzeczenia pierwszej instancji, pismem z dnia 15 lipca 2013 r., odwołał się obrońca obwinionego. Orzeczeniu pierwszej instancji zarzucił:

- 1) naruszenie prawa materialnego, tj.:
  - a) art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez jego błędną interpretację i w konsekwencji wadliwe przyjęcie, iż w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania nie wystąpiły przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki,
  - b) art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, że każdemu zachowaniu kierownika jednostki, które nie stanowi umyślnego naruszenia normy prawnej, w sytuacji faktycznego naruszenia normy prawnej sankcjonującej zastosowanie niewłaściwego trybu procedowania w ramach zamówień publicznych przypisać można cechę nieumyślności,

- 2) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 89 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez zaniechanie zbadania istotnych okoliczności faktycznych sprawy tj. ustalenia dodatkowych kosztów, które wynikłyby z zastosowania innego niż tryb z wolnej ręki, trybu wyboru wykonawcy,
- 3) błąd w ustaleniach faktycznych przejawiających się w przyjęciu za udowodnione, iż zamawiający wiedział już w dacie udzielania zamówienia o degradacji gleby, podczas gdy w materiale dowodowym brak podstaw do przyjęcia takiej tezy.

Zarzucając powyższe, obrońca obwinionego wniósł o zmianę orzeczenia pierwszej instancji i uniewinnienie obwinionego, ewentualnie o uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu złożonego środka zaskarżenia obrońca obwinionego wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy ponad wszelką wątpliwość uznanie przesłanki podstawowej, tj. tego, by zamówienie dodatkowe musiało być niezbędne do prawidłowego wykonania całego zamówienia podstawowego należy uznać za spełnione. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest fakt, iż prace podstawowe w toku realizacji całego zamówienia polegały na dokończeniu remontu wraz z dokończeniem budowy kanalizacji deszczowej i sanitarnej oraz budową oświetlenia na ul. (...) w (...). Wskazany zakres robót realizowany był pierwotnie, przez innego wykonawcę, z którego usług Gmina zrezygnowała w efekcie wykonywania tychże robót w sposób rażąco niezgodny z zasadami sztuki budowlanej. Nierzetelność tego wykonawcy spowodowała, że tereny dojazdów i dojeżdż do posesji (których wykonanie ujęte było w pierwotnym zamówieniu) zostały zdegradowane w wyniku zmieszania się gruntów (gliny i humusu). Jednocześnie, wspomniana wyżej degradacja terenu, nie była powodem zakończenia współpracy z Gminą i ujawniła się dopiero w trakcie realizacji kolejnego zamówienia, tj. „Dokończenia remontu drogi wraz z dokończeniem budowy kanalizacji deszczowej i sanitarnej oraz budową oświetlenia na ulicy (...) w (...)”. Wskazana degradacja gruntów uniemożliwiała dokończenie prac podstawowych bez rozszerzenia przedmiotu zamówienia o prace dodatkowe, a nadto jak również z powyższego wynika nie była możliwa do przewidzenia.

Odwołujący się zarzucił również Komisji orzekającej pierwszej instancji, że wskazując w uzasadnieniu orzeczenia, iż obwiniony nie wykazał określonych, mogących być dla niego korzystnymi elementów stanu faktycznego, zlekceważyła obowiązujące w sprawie przepisy proceduralne, a zwłaszcza art. 89 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie

dyscypliny finansów publicznych, nakładające na komisję obowiązek ustalenia prawdy materialnej.

Komisja orzekająca pierwszej instancji wykazała się, jak twierdzi odwołujący, druzgocącym lekceważeniem obowiązującego w postępowaniu ciężaru dowodzenia. Twierdzenie, iż „zamawiający nie wykazał również; że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego z powodów technicznych lub gospodarczych wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów (nie oszacowano bowiem żadnych kosztów/strat jakie musiałby ponieść zamawiający w przypadku oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego” jest wyrazem najdalej idącej ignorancji Komisji wobec ciążącego na niej obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Jak stwierdzono w odwołaniu, komisja powinna z własnej inicjatywy podjąć działania zmierzające do oceny tego, w jakiej wielkości koszty takie by powstały, a potem do oceny, czy można byłoby mówić o ich niewspółmierności. W ocenie odwołującego się, w niniejszej sprawie istniały przyczyny gospodarcze, które powodowałyby, iż oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego komisja powinna przyjąć, iż wykonanie robót dodatkowych po zakończeniu prac robót podstawowych powodowałoby konieczność ingerencji w wykonane już warstwy nawierzchniowe i konstrukcyjne drogi, rozbiórkę ułożonych krawężników, a w przypadku montażu studzienek kanalizacyjnych również ingerencję w ułożone warstwy podsypki i zasypki, co powodowałoby, przy istniejących gruntach gliniastych, konieczność ich ponownej wymiany. Nie bez znaczenia dla ułożonej już warstwy nawierzchniowej drogi byłby również transport po nowej kostce betonowej ciężkiego sprzętu dla wykonywania robót dodatkowych. Wykonanie robót dodatkowych przez tego samego wykonawcę co roboty podstawowe gwarantowało zachowanie jednolitych warunków gwarancji i rękojmi na wykonane roboty.

Odnosnie do drugiego z czynów przypisanych obwinionemu obrońca zarzucił, że komisja nie odniosła się do wskazywanego jako podstawa zastosowanego w tej sprawie trybu art. 67 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Podstawą zastosowania trybu z wolej ręki przy udzieleniu zamówienia dot. robót dodatkowych w szkole podstawowej był fakt, iż ich wykonanie było niezbędne do prawidłowego wykonania zadania podstawowego. W toku bowiem wykonywania prac podstawowych doszło do zalania wnętrza pomieszczeń. Jednocześnie, w związku z usuwaniem przez wykonawcę szkody, tj. zacieków ścian i sufitów, powstała potrzeba jednolitego pomalowania wszystkich ścian, tak by nie różniły się one od



siebie strukturą i kolorem w efekcie wykonania przez dwa podmioty w różnym czasie. Podobnie, w odniesieniu do odbarwień ujawnionych w toku demontażu wewnętrznej instalacji centralnego ogrzewania, ich przewidzenie na etapie udzielania zamówienia podstawowego nie było możliwe z uwagi na fakt, iż wówczas, ze względu na faktyczne przykrycie ich instalacjami nie można było dokonać żadnej oceny ich stanu. W odniesieniu zaś do wymiany stolarki drzwiowej oraz remontu podestów zewnętrznych wskazano, że tak jak powyżej, potrzeba ich wykonania ujawniła się dopiero w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, ale okoliczność ta winna pozostawać w istocie bez znaczenia z uwagi na fakt, iż zlecenia te, z uwagi na swój odmienny przedmiot i wartość poniżej 14.000 EUR, mogły być zlecone bez stosowania przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Wskazać również należy, że wykonanie tych prac dodatkowych było też uzasadnione tym, że udzielenie zamówienia w inny sposób i uzyskanie go przez innego wykonawcę musiałoby się wiązać z wyższymi kosztami.

Niezależnie od powyższych zarzutów, obrońca podniósł w odwołaniu, że obwiniony nie może zostać uznany za winnego popełnionego czynu również z uwagi na niemożność przypisania mu winy w zakresie zarzucanego mu deliktu. Zgodnie bowiem z treścią art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, warunkiem ponoszenia odpowiedzialności jest aby działanie lub zaniechanie wypełniające znamiona deliktów finansowych, określonych w art. 5-18c, miało charakter zawiniony.

Obwiniony dysponował rekomendacjami pracowników gminy, którzy, w odniesieniu do dwóch opisanych wyżej przypadków, uznali tryb z wolnej ręki za tryb właściwy, a przede wszystkim zgodny z przepisami obowiązującego prawa. Obwiniony, pełniąc funkcję Burmistrza, musi formalnie podejmować tysiące decyzji na rozmaitych polach, których zasadność, a także legalność obwarowana jest (z uwagi na tendencję do penalizacji kolejnych obszarów działalności) niemal niepoliczalną ilością przepisów. W związku z tym, pełniąc taką funkcję w najlepszej wierze, obwiniony musi posiadać pracowników, na których część tych obowiązków będzie cedował, zwłaszcza w zakresie oceny skutków finansowo prawnych podejmowanych przez siebie decyzji. Obwiniony dochował więc należytej staranności, która przejawiała się w zaangażowaniu odpowiednio przygotowanego pracownika. Uprawniony był więc do przyjęcia, iż w zakresie powierzonych temu pracownikowi obowiązków nie popełni on błędu w zakresie oceny legalności wyboru trybu z wolnej ręki dla zamówień będących przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie.

Rozpoznając odwołanie, Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności GKO potwierdziła ustalenia Komisji orzekającej pierwszej instancji co do stanu prawnego przyjętego za podstawę rozstrzygnięcia. Stosownie bowiem do art. 24 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, 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. Przepis powyższy 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 postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 11 lutego 2012 r. weszła w życie nowelizacja ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dokonana ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1429). Przywołana ustawa w zasadniczy sposób zmieniła sposób uregulowania zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ustawa, pozostawiając podstawową zasadę odpowiedzialności, polegającą na konieczności przypisania sprawcy winy w czasie popełnienia czynu, zrezygnowała z rozróżniania działań umyślnych i nieumyślnych oraz regulowania wynikających z tego konsekwencji. Mimo niezmienionego katalogu kar za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, modyfikacji uległy zasady ich wymiaru. Wszystkie te elementy muszą zostać rozważone przy podejmowaniu decyzji o wyborze stanu prawnego będącego podstawą oceny działania obwinionego.

Główna Komisja Orzekająca – podobnie jak Komisja orzekająca pierwszej instancji – uznała, że zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, rozpozna sprawę na podstawie stanu prawnego obowiązującego w dniu orzekania. W ocenie GKO, przemawia za tym przede wszystkim fakt, iż obwiniony jest osobą mieszczącą się w kręgu osób odpowiadających za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zarówno w dotychczasowym, jak i w zmienionym stanie prawnym, a zakres przedmiotowy czynu przypisanego obwinionemu orzeczeniem pierwszej instancji nie uległ zmianie merytorycznej (zmiana w tym zakresie miała jedynie charakter redakcyjny), nie zmieniły się również przepisy kształtujące sytuację obwinionego, jeżeli

chodzi o podstawowe zasady odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, iż nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W ocenie GKO, Komisja orzekająca pierwszej instancji w uzasadnieniu wydanego w sprawie orzeczenia w sposób wyczerpujący i merytorycznie poprawny wywiodła, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy zasadne było przypisanie obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Podkreślić należy, że zgodnie z uznanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stąd przesłanki jego stosowania muszą być interpretowane w sposób ścisły i nierozszerzający. Komisja orzekająca pierwszej instancji, oceniając poszczególne przesłanki wynikające z art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, które jako podstawę udzielenia kwestionowanych zamówień wskazano w dokumentacji postępowań, wykazała, że w ocenianej sprawie nie zostały one spełnione. Główna Komisja Orzekająca potwierdziła powyższe ustalenia.

Oceniając zasadność przypisania zarzutu związanego z udzieleniem w dniu 11 maja 2011 r. zamówienia na dokończenie remontu drogi, GKO potwierdziła, że nie spełniło ono przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka podstawa została wskazana w dokumentacji postępowania zgromadzonej w materiale dowodowym sprawy (protokół postępowania – k. 536). Zgodnie z przywołanym przepisem 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, 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. Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zamawiający zdecydował się na zastosowanie tego trybu, gdyż „z przyczyn technicznych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego

wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów”, a wykorzystanie obecności wykonawcy „pozwole obniżyć koszty, a jednocześnie zrealizować niniejszy zakres powodując jak najmniejsze utrudnienia w dostępie do posesji zlokalizowanych bezpośrednio przy placu budowy” – k. 536. W ocenie GKO, Komisja orzekająca pierwszej instancji słusznie uznała, że tak wskazywane względy (ich uszczegółowienie nastąpiło w wyjaśnieniach składanych przez obwinionego w toku postępowania w pierwszej instancji) należy ocenić jako względy organizacyjne, których nie można utożsamiać z przyczynami technicznymi. Słuszne jest również ustalenie, że w sprawie tej nie wykazano konieczności poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów przy oddzieleniu zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego.

W tym zakresie niezrozumiałe są zarzuty obrońcy zawarte w złożonym w sprawie odwołaniu, że stwierdzając powyższe Komisja orzekająca pierwszej instancji wykazała się „druzgocącym lekceważeniem obowiązującego w postępowaniu ciężaru dowodzenia”, bowiem powinna z własnej inicjatywy podjąć działania zmierzające do oceny tego, w jakiej wielkości koszty takie by powstały, a potem do oceny czy można byłoby mówić o ich niewspółmierności. Stawiając powyższy zarzut obrońca myli reguły postępowania dowodowego w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z koniecznością uzasadnienia i dowiedzenia prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki. Podkreślić należy, że zgodnie z przywołaną wyżej treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, oddzielenie zamówienia musi nieść za sobą koszty ”niewspółmiernie wysokie”. Tym samym ustawodawca, w imię przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych, dopuszcza możliwość poniesienia pewnych kosztów, a więc uznania, że realizowanie zamówienia w trybie konkurencyjnym byłoby droższe, niż w ramach zamówienia dodatkowego. Ponieważ przesłanka zastosowania trybu z wolnej ręki wymaga kosztów niewspółmiernie wysokich, ciężar ich wykazania i wyliczenia spoczywa na podmiocie, który decyduje się na zastosowanie powyższego trybu. Nie można tego jednak utożsamiać z ciężarem dowodu w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych czy obowiązkiem ustalenia prawdy materialnej przez organy orzekające. Słusznie Komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że w sprawie nie oszacowano żadnych kosztów/strat jakie musiałby ponieść zamawiający w przypadku oddzielenia zamówienia dodatkowego od podstawowego, poprzestając na intuicyjnym stwierdzeniu, że takie oddzielenie będzie droższe i organizacyjnie trudniejsze niż realizacja zamówienia

dodatkowego. Ta sama argumentacja, dotycząca względów organizacyjnych i zakładanych racjonalnie wyższych kosztów zawarta jest w tym zakresie w złożonym w sprawie odwołaniu.

Odnosnie do drugiego przypisanego obwinionemu czynu polegającego na udzieleniu w dniu 14 października 2011 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w Szkole Podstawowej nr 1 w (...) w zakresie robót malarskich wraz z wymianą stolarki drzwiowej oraz remont schodów zewnętrznych, Główna Komisja Orzekająca również potwierdziła ustalenia organu pierwszej instancji, że doszło do niego z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności GKO odrzuciła zarzut zawarty w odwołaniu, że Komisja orzekająca pierwszej instancji nie odniosła się do wskazywanego jako podstawa zastosowanego w tej sprawie trybu art. 67 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, bowiem podstawą zastosowania trybu z wolej ręki przy udzieleniu zamówienia dot. robót dodatkowych w szkole podstawowej był fakt, iż ich wykonanie było niezbędne do prawidłowego wykonania zadania podstawowego. Obrońca na rozprawie odwoławczej wskazał, iż jest to pewne uproszczenie zawarte w odwołaniu, a jego sensem jest wykazanie, że faktycznie gmina zlecała wykonanie trzech zadań (pomalowanie ścian po zaciekach wskutek zalania, malowanie po zdjęciu grzejników, które zdegradowały ścianę, wykonanie stolarki). GKO zwraca uwagę, że cały powyższy zakres prac został zlecony jedną umową udokumentowaną protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jako podstawę jego udzielenia wskazano art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych (k. 607). Z tego względu słusznie Komisja orzekająca pierwszej instancji w swoim uzasadnieniu oceniła sprawę z punktu widzenia spełnienia wymagań tej przesłanki.

Główna Komisja Orzekająca podziela stwierdzenia Komisji orzekającej pierwszej instancji, że dla zaistnienia przesłanki zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia publicznego konieczne jest wykazanie istnienia monopolu na rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych, a możliwość wykonania określonej usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny i trwały. Względy techniczne o obiektywnym charakterze muszą wynikać z rzeczywistego monopolu danego wykonawcy a subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem ww. przesłanki, konieczne jest bowiem wykazanie, że danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot. W

niniejszej sprawie okoliczności takie nie wystąpiły, słusznie więc Komisja orzekająca pierwszej instancji przypisała obwinionemu zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych w tym zakresie. Oceny powyższej nie zmieniają stwierdzenia zawarte w złożonym w sprawie odwołaniu, które odnoszą się do innej niż wskazana w dokumentach przesłanki udzielenia zamówienia publicznego w sprawie. Nie można również uznać argumentu o odmiennym zakresie zamówienia pozwalającym udzielić go bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wartość. Wymiana stolarki była elementem prac termomodernizacyjnych (w protokole z postępowania – k. 608 – znajduje się stwierdzenie o konieczności zachowania tożsamyh parametrów technicznych), a remont podestów spowodowany był ich zmniejszeniem wskutek ocieplenia ścian zewnętrznych budynku w ramach termomodernizacji (k. 608).

Główna Komisja Orzekająca nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutu o niemożności przypisania obwinionemu winy. Uwzględnienie stwierdzeń stawianych w odwołaniu w tym zakresie skutkowałoby w praktyce niemożnością przypisania odpowiedzialności żadnemu z kierowników jednostki sektora finansów publicznych. W każdej bowiem sprawie posługuje się on wykwalifikowanymi urzędnikami – pracownikami danego urzędu. Nie można w zasadzie wskazać takiego działania, które kierownik od początku do końca podejmuje i realizuje osobiście. Należy również wskazać, iż w zakresie naruszeń dyscypliny finansów publicznych związanych z udzielaniem zamówień publicznych, przywołana wyżej nowelizacja ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wprowadziła daleko idące zmiany w zakresie odpowiedzialności udzielających zamówień pozostawiając ją wyłącznie w odniesieniu do udzielania zamówień bez stosowania ustawy lub z zastosowaniem wskazanych niekonkurencyjnych trybów. Jest to m.in. przejawem uznania, że tego rodzaju weryfikacji powinien być w stanie dokonać każdy kierownik jednostki sektora finansów publicznych. Główna Komisja Orzekająca uznaje, że udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, obwiniony powinien był zweryfikować przesłanki jego zastosowania, a oparcie się w tym zakresie wyłącznie o rekomendacje pracowników realizujących te zadania było niedochowaniem staranności wymaganej w danych okolicznościach.

Całokształt okoliczności działania obwinionego uwzględniła Komisja orzekająca pierwszej instancji dokonując ustaleń w tym zakresie, na str. 22 uzasadnienia wydanego w sprawie orzeczenia oraz przytaczając okoliczności, dla których wymierzyła obwinionemu najłagodniejszą z kar przewidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – str.

22 i 23 uzasadnienia pierwszej instancji. Główna Komisja Orzekająca w pełni podziela te ustalenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.