

**Orzeczenie**  
**Główniej Komisji Orzekającej**  
**w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych**  
**z dnia 13 stycznia 2014 r.,**  
**sygn. akt BDF1/4900/78/83/13/RWPD-77078**

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Maciej Berek (spr.)</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Marek Muszyński</b>
Protokolant:		<b>Hanna Kąkol</b>

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z dnia 17 czerwca 2013 r., sygn. akt: RKO.5011.9.2013, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję dyrektora Muzeum (...) - winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a – obowiązującego w dacie popełnienia czynu, a obecnie 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), polegającego na udzieleniu w dniu 7 października 2011 r. wykonawcy – (...) z siedzibą w (...) zamówienia publicznego na roboty dodatkowe w ramach zadania „Adaptacja budynku przy ul. (...) dla potrzeb Muzeum (...)” (umowa z dnia 7 października 2011 r. zarejestrowana pod poz. 20/A/10/2011), które to zamówienie zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), mimo że nie zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie trybu z wolnej ręki, czym naruszono obowiązujący obecnie i w dacie udzielania zamówienia art. 10 ust. 2 i art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyła zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do

ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej.

### **Uzasadnienie**

Orzeczeniem z dnia 17 czerwca 2013 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej (nazywana dalej także RKO) uznała Pana (...)pełniącego w czasie popełnienia zarzuczonego czynu funkcję dyrektora Muzeum (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu w dniu 7 października 2011 r. firmie (...)zamówienia publicznego na roboty dodatkowe w ramach zadania „Adaptacja budynku przy (...)”, które to zamówienie zostało udzielone w trybie z wolnej ręki, mimo niewystąpienia przesłanek uzasadniających zastosowanie tego trybu, tym samym zostało udzielone z naruszeniem art. 10 ust. 2 i art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowiło naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu oraz art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania. Przedmiotowego zamówienia Obwiniony udzielił umową z dnia 7 października 2011 r. zarejestrowaną pod poz. 20/A/10/2011). RKO wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła go kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

RKO ustaliła, że Obwiniony udzielił w dniu 7 lipca 2011 r. w trybie przetargu nieograniczonego firmie (...) zamówienia publicznego na wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą „Adaptacja budynku przy (...) dla potrzeb Muzeum (...)”. Następnie w dniu 7 października 2011 r. temu samemu wykonawcy udzielono w trybie z wolnej ręki zamówienia na roboty dodatkowe w ramach realizacji tego samego zadania. Zakres robót dodatkowych określono w protokole konieczności z dnia 14 września 2011 r. oraz w kosztorysie ofertowym. Wartość zamówienia dodatkowego wyniosła 271.266,28 zł netto. Z umowy wynika, że zawarto ją na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze sporządzonych dokumentów (umowa i protokół konieczności) nie wynika uzasadnienie faktyczne wskazujące na zaistnienie przesłanek określonych we wskazanym przepisie, uzasadnienie sprowadza się w istocie do powtórzenia brzmienia przepisów

stanowiących podstawę działania zamawiającego. W trakcie rozprawy przed RKO obrońca Obwinionego wskazywał, że „podstawową przesłanką udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki była zdecydowanie przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych”. Przesłanka z pkt b była przywołana dlatego, że zamówienia podstawowe można było odebrać wtedy, gdy wykonawca udzielił gwarancji, wykonawca natomiast zapowiedział, że odmówi udzielenia gwarancji, jeżeli „nie będzie wykonana elewacja”. Wskazano także, że niektóre roboty dodatkowe związane były ze stanem budynku, starą technologią wykonania budynku oraz wadami, które wystąpiły, a na których wystąpienie nie wskazywała wcześniejsza ekspertyza, a także ryzyko degradacji nowo wyremontowanych pomieszczeń bez wykonania całościowych prac na elewacji, na której tynk – przy próbie punktowej naprawy – zaczął odchodzić „całymi płatami”. Istotną okolicznością były także niewspółmiernie wysokie koszty, które pojawiłyby się, gdyby doszło do oddzielnego realizowania prac objętych zamówieniem dodatkowym. W tym kontekście wskazywano na koszt ewentualnego ponownego ustawiania rusztowań w celu wykonania robót przy elewacji budynku.

RKO, analizując stan prawny i faktyczny, podkreśliła, że określone w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanki uzasadniające zastosowanie trybu z wolnej ręki muszą wystąpić łącznie. RKO uznała za nieuprawnione twierdzenie o konieczności realizacji robót na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, w zakresie:

- stanu technicznego tarasu, który był znany, a więc położenie płytek mrozoodpornych było możliwe do wcześniejszego przewidzenia,
- możliwej do przewidzenia konieczności wykonania wentylacji nawiewnej w pomieszczeniach piwnicznych,
- możliwego do przewidzenia faktu, że na skutek drgań starego budynku w trakcie prac demontażowych może podpadać tynk na elewacji,
- wykonania izolacji pionowej, które było przewidziane - na etapie projektowania prac związanych z wykonaniem elewacji - w umowie zasadniczej.

W konsekwencji RKO uznała, że Obwiniony nie był uprawniony do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, a tym samym ponosi odpowiedzialności za przedmiotowe naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odwołanie od orzeczenia wniósł Obwiniony, zaskarżając orzeczenie w całości, zarzucił mu:

- 1) naruszenie przepisów postępowania przez:
  - a) rażąco naruszenie art. 80 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez dowolną modyfikację stanowiska rzecznika dyscypliny finansów publicznych i przyjęcie, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych polega na braku przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki, podczas gdy ze stanowiska rzecznika wynikało, że podstawą zarzutów jest niewykazanie przesłanek w toku postępowania,
  - b) rażąco naruszenie art. 80 w zw. z art. 87 i art. 89 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez przyjęcie, że roboty objęte zamówieniem uzupełniającym można było przewidzieć przy przygotowaniu bardziej precyzyjnej dokumentacji i inwentaryzacji, podczas gdy do rzetelnej i bezstronnej oceny tego faktu niezbędne jest powołanie biegłego na okoliczność poprawności ekspertyzy sporządzonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia,
  - c) uchybienie dyspozycji art. 88 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez wymaganie przeprowadzenia dowodów na potwierdzenie okoliczności powszechnie znanych, wynikających z wiedzy życiowej – w odniesieniu do szacowanych kosztów przeprowadzenia przetargu nieograniczonego na roboty objęte zamówieniem z dnia 7 października 2011 r. oraz szkód, jakie mogłyby wywołać ewentualne opóźnienia w wykonaniu objętych nimi prac,
  - d) obrazę art. 89 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez niedokonanie wszechstronnej analizy materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania, tj. przyznanie mocy dowodowej i oparcie rozstrzygnięcia jedynie na części zgromadzonego materiału dowodowego;
- 2) błędną wykładnię przepisów prawa materialnego przez:
  - a) obrazę art. 10 ust. 2 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych polegającą na bezpodstawnym przyjęciu, że w toku udzielania zamówienia nie zostały w dostatecznym sposób udokumentowane przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki,
  - b) obrazę art. 67 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne przyjęcie, że nie zostały spełnione określone wskazanym przepisem przesłanki.

Odwołujący wniósł o:

- uniewinnienie od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ze względu na to, że czyn przypisany Obwinionemu nie spełnia znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub
- uchylene orzeczenia RKO i przekazanie sprawy organowi I instancji celem uzupełnienia postępowania dowodowego,
- przekazanie sprawy do rozpoznania przez inną komisję orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniony przedstawił szczegółowo przebieg czynności, które doprowadziły do udzielenia przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że ograniczenie zakresu pierwotnie przewidzianych do wykonania robót – których udzielał w trybie przetargu nieograniczonego – wynikało z braku dostatecznych środków. Wskazał także na fakt, że w trakcie wykonywania miejscowych napraw elewacji tynk zaczął całymi płatami odpadać od ściany. Pozostawienie elewacji w takim stanie mogłoby w okresie jesienno-zimowym grozić zniszczeniem wyremontowanych pomieszczeń w całym budynku. Obwiniony podkreślił także, że rzeczywistą podstawę zastosowania trybu z wolnej ręki wskazano w protokole konieczności z dnia 14 września 2011 r. Odwołujący akcentuje także fakt, że w toku rozprawy przed RKO, rzecznik istotą zarzutu czynił fakt, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonym w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzucany przez RKO brak udowodnienia przez zamawiającego, że zachodziły przyczyny techniczne lub gospodarcze, które w sytuacji oddzielenia zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego mogłyby skutkować wyższymi kosztami, w szczególności brak było kalkulacji takich kosztów – odwołujący uznaje za nieuprawnione oczekiwanie dowodzenia faktów notoryjnych. Dodatkową okolicznością, na którą zwraca uwagę odwołujący, jest powszechnie znany fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzane w trybie „zwykłym” jest znacznie bardziej czasochłonne niż w trybie uproszczonym. Konkludując, odwołujący podkreśla, że jego działania miały na celu wyłącznie uzyskanie najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalny dobór metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, a jednocześnie działania te zapewniły znaczną oszczędność środków dla finansów publicznych.

Główna Komisja Orzekająca, zwana dalej także GKO, rozpoznała niniejszą sprawę na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014 r. W toku rozprawy przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych zgodził się z zarzutami podniesionymi w

odwołaniu w zakresie sposobu formułowania zarzutu przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych, w którym akcent błędnie stawiano na niewykazanie zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki oraz w zakresie sposobu, w którym RKO formułowała twierdzenia o możliwości przewidzenia okoliczności, które miały decydować o dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki do wykonania robót dodatkowych. Rzecznik podkreślił, że RKO nie wyjaśniła, na jakiej podstawie formułuje swoje twierdzenie o oczywistej możliwości przewidzenia tych okoliczności które np. związane były ze stanem elewacji. Rzecznik podkreślił, że RKO w analizie stanu prawnego błędnie opisała brzmienie pkt 5 ust. 1 art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dostrzegając alternatywy łączącej lit. a i lit. b tego przepisu. Rzecznik nie podzielił zasadności wniosku o wyznaczenie innej komisji do ponownego rozpatrzenia sprawy, ale podzielił wniosek o uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W toku rozprawy przed GKO obrońca uzasadniał wniosek o wyznaczenie innej komisji do ponownego rozpoznania sprawy brakiem obiektywności RKO, czego wyraz RKO miała dać w toku ustnej prezentacji motywów wydanego orzeczenia. W pozostałym zakresie obrońca podtrzymał zarzuty i wnioski z odwołania.

GKO w pierwszej kolejności, wykonując dyspozycję art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustaliła, że przepisy obowiązujące w dacie popełnienia przypisanych Obwinionemu czynów nie są dla Obwinionego względniejsze, co pozwala przyjąć jako podstawę rozstrzygnięcia przepisy obowiązujące w dacie orzekania.

Dokonując weryfikacji analizy stanu prawnego, GKO podkreśla, że RKO słusznie wskazała na fakt, że tryby niekonkurencyjne stanowią wyjątek w ramach procedur zamówień publicznych i przesłanki dotyczące poszczególnych trybów muszą być spełnione ściśle, co warunkuje legalność ich zastosowania. Oczywiście jest także, co umknęło RKO w pisemnej analizie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, że przesłanki z lit. a i lit. b stanowią alternatywę łączną, co oznacza, że wystarczające jest spełnienie jednej przesłanki – o której mowa w lit. a lub o której mowa w lit. b.

Za niewystarczający do dokonania prawidłowego rozstrzygnięcia uznać należy natomiast sposób, w jaki RKO przeanalizowała stan faktyczny. Zakres robót objętych robotami dodatkowymi został najpierw wskazany w protokole konieczności, a następnie w

kosztorysie ofertowym. Wykaz ten obejmuje bardzo różne roboty, do których dopuszczalność zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a lub lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych musi być analizowana odrębnie. W ocenie GKO, łatwo jest wykazać różnice pomiędzy robotami, które związane były ze wskazaną przez wykonawcę technologiczną niemożliwością wykonania założonych prac izolacyjnych stropu ze względu na ujawnioną w toku robót konstrukcję stropu, a np. wykonaniem dodatkowego otworu drzwiowego pomiędzy pomieszczeniami. Całkiem inny charakter mają też roboty, które były objęte pierwotnym zamiarem realizacji przez zamawiającego, a które nie zostały objęte zamówieniem w trybie przetargu nieograniczonego wyłącznie ze względu – co przyznaje sam Obwiniony – na ograniczenie środków, którymi zamawiający dysponował. GKO uznaje więc, że ze względu na różnorodność prac objętych zamówieniem dodatkowym, RKO obowiązana jest przeanalizować dopuszczalność zastosowania trybu z wolnej ręki do każdej roboty albo do każdego rodzaju robót, jeżeli możliwe i uzasadnione jest ich grupowanie. GKO nie podziela zarzutu odwołania, zgodnie z którym RKO naruszyła przepisy proceduralne niepowołując biegłego do oceny wybranych faktów. RKO powinna jednak podejmując rozstrzygnięcie jasno wskazać, które ustalenia dokonywane są na podstawie wiedzy ogólnie dostępnej. W szczególności rozwinięcia wymagają te tezy RKO, zgodnie z którymi RKO uznaje, że określone okoliczności „mogły być przewidziane”. W przypadku natomiast wystąpienia potrzeby uzyskania specjalistycznej wiedzy – RKO skorzystać powinna z właściwych przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dopiero taka pogłębiona analiza zakresu robót objętych zamówieniem dodatkowym i przesłanek ich przeprowadzenia pozwoli ocenić, które z robót zrealizowane zostały z naruszeniem przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

GKO podkreśla, że podnoszona przez Obwinionego okoliczność związana z korzyścią ekonomiczną polegającą na wykonaniu robót przez wykonawcę robót głównych (w przedmiotowym przypadku wynikającą z uniknięcia konieczności ponownego ustawiania rusztowań) samodzielnie nie wpływa na ocenę legalności zastosowania trybu z wolnej ręki. Wzgląd na konieczność poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów z przyczyn gospodarczych stanowi tylko jedną z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazywano to już wcześniej, wszystkie wymagane przez właściwy przepis przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby zastosowanie trybu z wolnej ręki ocenione zostało za zgodne z ustawą.

Orzekając o uchyleniu orzeczenia RKO w całości oraz o przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, GKO nie przychyliła się do wniosku o przekazanie sprawy – w trybie art. 82 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – innej komisji orzekającej. Podkreślić należy, że w trybie art. 82 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uruchamiany jest szczególny tryb postępowania, odbiegający od ustawowej zasady kierowania tej samej sprawy do ponownego rozpoznania przez tę samą komisję, która wydawała orzeczenie w I instancji. Zastosowanie trybu szczególnego musi znajdować więc odpowiednie uzasadnienie. Podkreślić należy, że pisemne uzasadnienie odwołania nie odnosi się wprost do tego żądania. Podnoszone przez odwołującego się ewentualne uchybienia proceduralne, a nawet błędy w orzeczeniu I instancji, oczywiście nie stanowią wystarczającej przesłanki do wyznaczenia innej komisji. Okolicznością, która mogłaby przesądzić o rozstrzygnięciu, o którym mowa w art. 82 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, mógłby być ewentualny brak bezstronności komisji I instancji. Tezę taką przedstawił obrońca Obwinionego w toku rozprawy przed GKO, nie uzasadniając jej jednak szerzej. W sytuacjach, w których obrońcą jest profesjonalny pełnomocnik, uprawnione jest oczekiwanie organów prowadzących postępowanie, aby wnioski procesowe były uzasadnione w sposób adekwatny do ich zakresu i znaczenia dla przebiegu postępowania. GKO nie stwierdziła ani w uzasadnieniu orzeczenia RKO, ani w protokole rozprawy przed RKO żadnych elementów, które mogłyby wskazywać na taki brak bezstronności. Przywoływany przez obrońcę sposób prezentacji ustnych motywów wydanego przez RKO orzeczenia jest w zasadzie niemożliwy do weryfikacji, ale GKO nie wyklucza, że ocena wyrażana przez obrońcę może wynikać z nadinterpretowania sposobu, który - w ocenie składu orzekającego - miał być należytym wyjaśnieniem motywów, którymi skład się kierował.

W tym stanie rzeczy, GKO orzekła jak w sentencji.