



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 19 stycznia 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Ireneusz Piasecki (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Teresa Warszawska
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2015 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji z dnia 16 czerwca 2014 r., sygn. akt: BM-WO.351.33.2014, w zakresie, w którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Szefa Wojskowego Zarządu (...) - winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 29 września 2011 r. zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych (zadanie 57057) „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby (...)” (umowa Nr 497/2011/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych, bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych,

oraz odstąpiono od wymierzenia kary Obwinionemu, natomiast obciążono kosztami postępowania,

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 w zaskarżonym zakresie orzeczenie Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji.

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

Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Międzyresortową Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji - zwana dalej MKO, wnioskiem o ukaranie z dnia 7 maja 2013 r. zarzucił Obwinionemu (...), pełniącemu w dniu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych obowiązki Szefa Wojskowego Zarządu (...), naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na:

1. udzieleniu w 2011 r. zamówień publicznych na świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżania dachów budynków w rejonie działania Wojskowego Zarządu (...), tj.:

- ✓ nr 71/WZI/11/WE o wartości 265.676,64 zł netto (69.201,65 euro),
- ✓ nr 72/WZI/11/WE o wartości 491.153,10 zł netto (127.937,77 euro),
- ✓ nr 73/WZI/11/WE o wartości 71.749,10 zł (18.689,53 euro),
- ✓ nr 74/WZI/11/WE o wartości 266.845,73 zł (69.509,18 euro),
- ✓ nr 75/WZI/11/WE o wartości 350.852,76 zł (91.391,71 euro),
- ✓ nr 76/WZI/11/WE o wartości 56.404,01 zł netto (14.692,37 euro),

Sygn. akt BDF1/4900/93/95/14

- ✓ nr 77/WZI/11/WE o wartości 63.926,98 zł (16.651,99 euro),
- ✓ nr 131/WZI/11/WE o wartości 327.984,51 zł (85.434,88 euro),
- ✓ nr 132/WZI/11/WE o wartości 468.231,24 zł (121.966,98 euro),
- ✓ nr 133/WZI/11/WE o wartości 208.199,28 zł (54.232,69 euro),
- ✓ nr 134/WZI/11/WE o wartości 231.361,56 zł (60.266,10 euro),

na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Pzp), jako zamówień uzupełniających do zamówienia podstawowego nr 21/WZI/2010/WE, bez spełniania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu oraz art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania;

2. udzieleniu zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych (zadanie 57057) „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby (...)” (umowa Nr 497/2011/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp, bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu oraz art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania.

MKO przeprowadziła na rozprawie w dniu 26 września 2013 r. postępowanie dowodowe, zważyła na dyspozycję art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (DZ. U. z 2013 r. poz. 168) - zwana dalej ustawą, określającego reguły intertemporalne stosowane w razie zmiany przepisów w okresie pomiędzy datą popełnienia zarzucanych we wniosku o ukaranie czynów a datą orzekania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych sformułowanego w pkt 1 wniosku o ukaranie MKO ustaliła, że 11 zamówień udzielonych w trybie z wolnej ręki stanowiło zamówienia uzupełniające do zamówienia podstawowego udzielonego w 2010 r. nr 21/WZI/2010/WE. Ogłoszenie o zamówieniu podstawowym zostało opublikowane w trzech

miejscach, tj. w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń Wojskowego Zarządu (...), na stronie internetowej zamawiającego oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr (...), następnie zmienionym w dniu (...). Treść ogłoszenia opublikowanego w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń WZ(...) oraz na stronie internetowej zamawiającego zawierała informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, natomiast ogłoszenie zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej takiej informacji nie zawierało. Analizując stan prawny mający zastosowanie w niniejszej sprawie MKO zważyła, że zgodnie z art. 40 ust. 1 i 3 Pzp wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego następuje poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Przytoczony przepis art. 40 Pzp reguluje instytucję „ogłoszenia”, a nie „ogłoszeń” o zamówieniu publicznym, którego minimalną treść określa art. 41. Zgodnie z jego pkt 15 ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać również informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień. Wymóg ten dotyczy ogłoszenia o zamówieniu publicznym zamieszczanego we wszystkich miejscach wymaganych przez ustawę, tj. w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Od spełnienia tego wymogu uzależniona jest możliwość odstąpienia od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem zastosowanie trybu z wolnej ręki możliwe jest w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. W ocenie MKO brak zamieszczenia w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających wykluczał możliwość zastosowania przy ich udzieleniu trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. W ocenie MKO nie było wystarczające zamieszczenie jedynie linku odsyłającego do treści ogłoszenia

zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego, gdyż oferent, który czyta ogłoszenie w oficjalnym publikatorze może w sposób usprawiedliwiony być przekonany, że w zamieszczonym linku znajduje się ogłoszenie tej samej treści, i nie ma on obowiązku zapoznania się z treścią ogłoszenia zamieszczonego w każdym z wymaganych przez Pzp miejsc publikacji. Brak informacji o przewidywanych zamówieniach dodatkowych wykluczał w przedmiotowej sprawie możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu m.in. zamówienia z wolnej ręki stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy.

Drugi z zarzutów sformułowanych we wniosku o ukaranie dotyczył udzielenia zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych (zadanie 57057) „Remont budynku nr (...) dla potrzeb siedziby WZ(...)” (umowa Nr 497/201 I/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp 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 wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. MKO stoi na stanowisku, że odstąpienie od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki było bezpodstawne, nie spełniono bowiem przesłanek określonych w podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Konieczność udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe, nieobjęte zamówieniem podstawowym, wynikała nie z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, ale z wadliwie przygotowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności wadliwie przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia. W cenie MKO argumenty obwinionego, że nie był on w stanie przewidzieć konieczności przeprowadzenia robót dodatkowych ze względu na błędy projektanta wynikające z wadliwej inwentaryzacji, nie mają znaczenia w przedmiotowej sprawie. Niska jakość projektu, w oparciu o który zamawiający przygotowywał SIWZ do postępowania na remont budynku nr 3 i 8 dla potrzeb

siedziby WZI Poznań, nie usprawiedliwia naruszenia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Przygotowując postępowanie zamawiający mógł dokonać tak szczegółowego opisu zamówienia, aby wyeliminować błąd projektanta - jeżeli w ogóle taki błąd miał miejsce. Zamawiający nie był w żaden sposób związany zakresem robót wskazanym w projekcie, mógł, a nawet powinien był, przewidzieć konieczność przeprowadzanie jeszcze innych prac niż wskazane przez projektanta, jak w szczególności kosztów wywozu materiałów, utylizacji płyt azbestowych, likwidacji zbiornika na wodę itp. Przygotowanie postępowania w oparciu o projekt bezkrytycznie przyjęty przez zamawiającego nie może być uznana za sytuację niemożliwą wcześniej do przewidzenia, a od spełnienia tej przesłanki uzależniona jest możliwość odstąpienia od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu m.in. zamówienia z wolnej ręki stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy.

MKO wskazała, że opisane zachowania obwinionego miały w jej ocenie charakter zawiniony w rozumieniu art. 19 ust. 2 ustawy. Obwiniony pełniąc funkcję Szefa Wojskowego Zarządu (...), czyli będąc kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych (art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.) oraz kierownikiem zamawiającego (art. 18 ust. 1 Pzp) powinien dołożyć staranności przy interpretacji przepisów prawnych, jakie stosować należało w prowadzonych przez niego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszone przez niego przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b oraz pkt 6 Pzp nie są ani regulacjami nowymi, ani szczególnie zawiłymi, a przy zachowaniu odpowiedniej staranności obwiniony miał możliwość uniknięcia błędu w stosowaniu przepisów dotyczących przesłanek udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Jego winy nie zmniejsza również argument o korzystaniu z pomocy profesjonalisty przy interpretacji Pzp, tj. radcy prawnego z kancelarii prawnej świadczącej usługi na rzecz Wojskowego Zarządu (...). Jak wynika z wyjaśnień Obwinionego obwiniony konsultował się z nim w przedmiocie treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym zamieszczanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Konsultacje miały charakter telefonicznej porady prawnej, nie zostały potwierdzone żadną pisemną opinią. Istnienie takiej opinii nie wpłynęłoby zresztą w ocenie MKO na ocenę stopnia zawinienia Obwinionego w niniejszej sprawie. Oceniając podstawy odpowiedzialności obwinionego MKO kierowała się dyspozycją art. 23 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym nieświadomość tego, że działanie lub

zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona (co w niniejszej sprawie w ocenie Komisji I instancji nie miało miejsca). MKO zwróciła ponadto uwagę, na utrwalone w tej mierze orzecznictwo GKO wskazujące, iż osobę pełniącą funkcję kierownika jednostki cechować powinna wysoka świadomość prawna oraz znajomość przepisów prawa na poziomie wyższym niż podstawowy (orzeczenie GKO z dnia 21 marca 2011 r., BDF1/4900/12/13/11/507), a błędne stanowisko radcy prawnego nie oznacza automatycznie zaistnienia usprawiedliwionego błędu w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy (orzeczenie GKO z dnia 5 września 2011 r., BDF1/4900/58/64/11/1842). Naruszenie zasady konkurencyjności udzielania zamówień publicznych i odstępowania od tej reguły jedynie w wyraźnie przewidzianych przez ustawę przypadkach (np. w naruszonych przez obwinionego art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b oraz pkt 6 Pzp), przemawiają przeciwko uznaniu czynów za znikomo szkodliwe dla finansów publicznych w oparciu o art. 28 ustawy.

MKO wskazała, że wymierzona Obwinionemu kara upomnienia jest najniższą z ustawowego katalogu kar przywidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i w ocenie MKO kara ta jest adekwatna do wagi popełnionych przez obwinionego uchybień, stopnia zawinienia i ich skutków. Wymierzając najniższą z kar MKO wzięła pod uwagę również dotychczasową niekaralność obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. MKO nie znalazła natomiast podstaw do zastosowania wobec Obwinionego dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary, o co wnioskował jego pełnomocnik. 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). 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.

W dniu 18 listopada 2013 r. Obwiniony, reprezentowany przez obrońcę, złożył odwołanie od orzeczenia z dnia 26 września 2013 r. wnosząc jednocześnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionego lub też ewentualne umorzenie postępowania. W złożonym odwołaniu składający je wskazuje, iż - w jego ocenie - skarżone orzeczenie zawiera wady polegające na;

- wydaniu go w oparciu o wadliwe przypisanie Obwinionemu winy, nieuwzględnienie przy jej określaniu faktu, że korzystał on z opinii specjalistów – radców prawnych i zastosował się do ich stanowiska,
- niedopełnieniu przez MKO obowiązku dokonania indywidualnych ustaleń, co do okoliczności faktycznych, które umożliwiałyby dokonanie indywidualnej oceny Obwinionego takich jak np. zakres jego czynności i ilość spraw jakimi musiał się zająć w ramach obowiązkowych zajęć,
- niedokonaniu przez Komisję I instancji rozważenia argumentacji skarżącego dotyczącej zarzutu udzielenia w 2011 r. zamówień publicznych na świadczenie usług czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżanie dachów budynków w rejonie działania Wojskowego Zarządu (...), na podstawie art. 67 ust.1 Pzp, jako zamówień uzupełniających do zamówienia podstawowego (...) bez spełnienia przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt. 6 Pzp. Skarżący wskazywał, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wprost stosować przepisy ustawy kodeks cywilny. Przepisy k.c. należało wprost stosować przy interpretacji art. 40 ust. 1 i 3 Pzp. Nie znajduje podstaw wyłączenie art. 65 § 1 k.c. przy interpretacji zapisów ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżanie dachów budynków w rejonie działania Wojskowego Zarządu (...). Sam fakt ustalenia i ogłoszenia w DUUE wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości ewentualnych zamówień uzupełniających, w sposób wystarczający pozwala ustalić, że przedmiotem ogłoszenia objęte były także zamówienia uzupełniając. Oświadczenia woli, w tym zawarte w ogłoszeniu należy tłumaczyć z uwzględnieniem wszelkich okolicznościach w ogłoszeniu zawartych. Nie bez znaczenia jest okoliczność, którą MKO uznała za pomijalny fakt, że w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie wskazano ani miejsca ani sposobu, w jaki zamawiający winien przedstawić informację o zamówieniach uzupełniających. W ten sposób w ocenie Obwinionego udzielona została swoboda, co do sposobu publikowania przedmiotowej informacji. Przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie kreują odpowiedzialności za udzielenie zamówienia uzupełniającego w sytuacji, gdy można mieć wątpliwość czy oświadczenie zamawiającego co do potencjalnego udzielenia zamówień uzupełniających zostało wyrażone w sposób dostatecznie precyzyjny. Aby móc ustalić stopień wymaganej precyzji należałoby stworzyć

stosowny wzorzec, którego brak było na dzień orzekania przez MKO. Ponadto w odwołaniu podniesiono, że Obwiniony zgodnie z art. 67 ust. 2 Pzp przekazał zawiadomienie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania nr (...), o wartości 4910153,10 zł netto (127937,77 euro) podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust.1 pkt.6 jako zamówienia uzupełniającego, do zamówienia podstawowego nr (...) a prezes UZP nie wniósł zastrzeżeń do przyjętego trybu co utwierdziło Obwinionego, odnośnie do prawidłowości przyjętego trybu dla tego i pozostałych zamówień publicznych .

Na rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą, która odbyła się w dniu 24 stycznia 2014 roku, stawili się Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Paweł Laudański, Obwiniony oraz obrońca Obwinionego. Zastępca Głównego Rzecznika w trakcie rozprawy wnioskował o uchylenie zaskarżonego przez Obwinionego orzeczenia a uzasadniając swój wniosek wyjaśnił, że zaskarżone orzeczenie nie może pozostać w obrocie prawnym, gdyż w sentencji orzeczenia nie wskazano jednoznacznie, jakie czyny MKO przypisała Obwinionemu. Zawarty w sentencji zwrot „uznaje obwinionego (...) odpowiedzialnym popełnienia czynu” tak naprawdę nie konkretyzuje, czy chodzi o pojedynczy czyn, czy o czyny. Nie wiadomo jak traktować czyny opisane w początkowej części orzeczenia. Wątpliwości Zastępcy Głównego Rzecznika budził także sam opis czynu wymienionego w pkt 1, gdzie mamy do czynienia z kilkoma zamówieniami z wolnej ręki a nie z jednym. Są to różne umowy, więc jeśli zdaniem Rzecznika I instancji należałoby tu rozważać odpowiedzialność to należy traktować każdy z tych czynów odrębnie. MKO zdaniem Zastępcy Głównego Rzecznika trafnie uznała, że informacja o ewentualnych przewidywanych zamówieniach uzupełniających powinna zostać zawarta w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikatorze europejskim ale w tych okolicznościach MKO nie wykazała w sposób wystarczający, że Obwiniony zawinił. Jest tylko informacja, że konsultował te kwestie z radcą prawnym.

Odnośnie do zamówień dodatkowych, Zastępca Głównego Rzecznika stwierdził, że Komisja Międzyresortowa nie odniosła się do okoliczności podniesionych przez Obwinionego, który wyjaśniał, że nie brał udziału w opracowaniu dokumentacji. MKO nie wskazała prawidłowego wzorca postępowania w tej sytuacji, kiedy Obwiniony miał ekipę na budowie, która przeprowadzała prace remontowe na podstawie umowy i pojawiła się konieczność wykonania robót dodatkowych.

Po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania i treści wydanego orzeczenia w szczególności jego sentencji GKO stwierdziła, iż zaskarżone orzeczenie zawiera braki materialnoprawne nie pozwalające na uznanie, iż spełnia wymogi art. 135 ust. 3 ustawy.

W uzasadnieniu GKO wskazała, że w zaskarżonym orzeczeniu MKO nie zawarła określenia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz z podaniem sposobu i czasu jego popełnienia ani też naruszonego przepisu prawa, o którym mowa w art. 135 ust 2 pkt 5 ustawy. Wskazanie tylko przepisu ustawy określającego to naruszenie, czyli przepisu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie daje GKO możliwości uznania, iż zapisy omawianego przepisu zostały wypełnione GKO uznała jednocześnie, że odwołanie się przez MKO w sentencji zaskarżonego orzeczenia do opisu czynu, który zawarty jest we wniosku nie może również zostać uznane za wystarczające do stwierdzenia, że orzeczenie zawiera opis czynu, za którego popełnienie MKO uznała Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Jednocześnie poprzez zawarcie odesłania do opisu czynu zawartego we wniosku o ukaranie Komisja nie sprostała wymaganiom art. 135 ust 3 ustawy i nie wskazała terminu popełnienia czynu i sposobu jego popełnienia.

Nieprawidłowo określono również wysokość kosztów postępowania, jakimi został obciążony Obwiniony. Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy, koszty te należało określić na kwotę 291,71 zł nie zaś, jak to orzeczono na kwotę 308,08 zł.

GKO wobec wyżej opisanych braków orzeczenia nie mogła uznać, czy doszło do popełnienia przez Obwinionego czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, dlatego też uchyliła zaskarżone orzeczenie i przekazała sprawę do ponownego rozpatrzenia, stosowanie do uregulowań zawartych w art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W dniu 16 czerwca 2014 r. MKO rozpoznała ponownie zarzuty postawione Obwinionemu i w wydanym orzeczeniu rozstrzygnęła o uniewinnieniu Obwinionego od naruszenia dyscypliny finansów publicznych za popełnienie czynu polegającego na udzieleniu w 2011 r. zamówień publicznych na świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżania dachów budynków w rejonie działania Wojskowego Zarządu (...).

MKO uznała Obwinionego za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 29 września 2011 r. zamówienia

publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych (zadanie 57057) „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ(...)” (umowa Nr 497/2011/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp, bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia art. 10 ust. 2 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy i odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary. W zakresie tego czynu MKO, dokonując po raz kolejny analizy przesłanek opisanych art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp, rozważyła przesłankę „sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia” opisaną dyspozycją tego przepisu. „Sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia” musi mieć charakter obiektywny i nie może wynikać z zaniedbań (niezachowania staranności) zamawiającego. „Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi, zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania należytej staranności” (uchwała KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/KD 28/10) Brak jest, zatem w ocenie MKO podstaw do uznania, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia, gdy przesłanka ta nie ma charakteru obiektywnego i wynika z przyczyn zewnętrznych niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania mógł przewidzieć konieczności wykonania usług lub robót budowlanych (uchwała KIO z dnia 19 grudnia 2011 r., KIO/KD 95/11). MKO wskazuje, że nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, które należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego np. wskutek zaniedbań w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego, kierowaniu robotami budowlanymi lub wskutek błędów w projekcie budowlanym (Komentarz do art.67 Pzp, A. Bazan, J.E. Nowicki, LEX 2014). Na to, że błąd projektanta jest możliwą do przewidzenia sytuacją, która nie uzasadnia zastosowania trybu z wolnej ręki wskazała także GKO w orzeczeniu z dnia 14 lipca 2011 r. (BDF114900/50/56/11139 LEX nr 895967) wskazując równocześnie, że na Obwinionym, reprezentującym inwestora ciąży obowiązek dbałości o prawidłowość przebiegu całej inwestycji, również czynności podejmowanych w jego imieniu i na jego rachunek przez

projektanta.

W myśl art. 36 ust. 1 ustawy, 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. Nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzania jest zawsze fakultatywne.

MKO wskazała, że okolicznościami uzasadniającymi nadzwyczajne złagodzenie kary lub nawet odstąpienie od jej wymierzania, odnoszącymi się do osoby sprawcy, mogą być: bardzo dobra opinia o wykonywaniu przez obwinionego obowiązków, postawa obwinionego przed komisją i wyczerpujące wyjaśnienie sprawy, stosunkowo długi czas, jaki upłynął od naruszenia dyscypliny finansów publicznych, przy wzorowym wypełnianiu w tym okresie obowiązków, zmiana sytuacji życiowej sprawcy, niekaralność za naruszenie dyscypliny, przekonanie komisji orzekającej, że zastosowanie ogólnych zasad wymiaru kary pozostawałoby w jawnej sprzeczności z zasadą trafnej represji i pozytywną prognozą względem sprawcy. Jak wynika z treści uzasadnienia w ocenie MKO, w niniejszej sprawie zachodzą wyżej wymienione okoliczności. MKO zaznaczyła, iż w orzeczeniu z dnia 12 września 2011r. (BDF1I4900/75/79/11/28) GKO wskazała, że postępowanie obwinionego w konkretnej sytuacji, choć formalnie niezgodne z prawem, może zostać uznane, jako racjonalne i - biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne - zasługuje na szczególne uwzględnienie w świetle przepisów art. 36 ustawy) i odstąpienie od wymierzenia kary. Podobnych racjonalnych przesłanek działania Obwinionego dopatrzyła się MKO w niniejszej sprawie, w szczególności uznając pozytywne skutki finansowe dla budżetu państwa oraz braku wpływu na naruszenie konkurencyjności w prowadzonych postępowaniach. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty MKO odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary.

W dniu 30 lipca 2014 roku odwołanie złożył Obrońca Obwinionego, wnosząc o uchylenie zaskarżonego orzeczenia, w części, tj. co do uznania Obwinionego za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 29 września 2011 r. zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ(...)” (umowa Nr 497/2011/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy. Odwołanie

złożono również, co rozstrzygnięcia w zakresie zwrotu kosztów postępowania. Obrońca wniósł o uniewinnienie Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ewentualnie umorzenie postępowania, co do zaskarżonej części wyroku ze względu na znikomy stopień szkodliwości czynu (pisownia oryginalna).

W uzasadnieniu do odwołania Obrońca działając w imieniu Obwinionego podniósł, że postępowanie przed MKO powinno było w pierwszej kolejności wykazać, czy w trakcie wykonywania zamówienia publicznego dotyczącego zadanie 57057 pod nazwą „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ(...) (umowa Nr 497/2011/8 z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266996,07 zł netto) miało miejsce złożenie zamówienia na roboty dodatkowe. W sytuacji, gdy zlecone przez Wojskowy Zarząd (...) prace nie powinny być zakwalifikowane, jako roboty dodatkowe, a jedynie stanowią część robót podstawowych, niezasadne jest - w ocenie Odwołującego się - postawienie zarzutu naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust.1 pkt 5 lit. b Pzp, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy. W odwołaniu wskazano również, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem obwiniony w postępowaniu nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności, a tym bardziej dostarczania dowodów winy (orzeczenie GKO z dnia 5 maja 2003 r., DF/GKO/Odw.-174/223/2002, LEX nr 81686) wobec czego dla rozważań poczynionych przez MKO dominującym nie powinno być subiektywne stanowisko osób czynnych w Wojskowym Zarządzie (...), że instytucja ta udzielała zamówienia dodatkowego. Nie można bowiem przypisać winy Obwinionemu w sytuacji, gdy co prawda Wojskowy Zarząd (...) zakwalifikował podjęte czynności jako zamówienie dodatkowe ale te faktycznie zamówieniem dodatkowym nie były. Z treści uzasadnienia nie wynika aby MKO prowadziła badania tego kluczowego, zdaniem Odwołującego się, dla sprawy zagadnienia. W uzasadnieniu odwołania podkreślono, że w toku postępowania Obwiniony podniósł, że w świetle tez orzeczenia GKO z dnia 22 kwietnia 2010 r. nr BDF1/4900/27/33/10/648 wątpliwe jest, czy w stanie faktycznym sprawy miały miejsce zamówienia dodatkowe w rozumieniu Pzp, a co za tym idzie możliwym było postawienie zarzutu, że udzielenie zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych na „*Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ (...)w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 5 lit. b Pzp bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt. 5 lit. b Pzp co stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 undf.*” Zdaniem Obrońcy, dopiero po przeprowadzeniu procesu dowodowego, dotyczącego powyższego zagadnienia, celowe jest prowadzenie analizy co do okoliczności uzasadniających złożenia zamówienia w trybie z wolnej ręki,

a dodatkowo zbadanie i wyjaśnienie, czy ten tryb mógł być zastosowany w świetle całości zebranych w sprawie dowodów i w oparciu o całość przepisów prawnych dotyczących tego trybu. Po udzieleniu jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy całość wykonanych prac nie była objęta umową zasadniczą, czy wystąpiła potrzeba udzielania zamówień dodatkowych, a jeżeli przyjąć, że zlecono prace ponad te, które przewidywała umowa zasadnicza, to należało ustalić, czy obowiązujące prawo pozwalało na złożenie zamówienia w trybie z wolnej ręki a jeżeli nie to dlaczego. W uzasadnieniu odwołania wskazano, że sporządzone w sprawie uzasadnienie orzeczenia nie pozwala Obwinionemu zapoznać się z procesem myślowym, który doprowadził do przyjęcia jego odpowiedzialności. W ocenie Odwołującego się w toku przeprowadzonego postępowania MKO nie uznała nawet za celowe zbadać, czy projektant popełnił błędy skutkujące koniecznością wykonania prac wprost niewskazanych, a których wykonanie było konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia. Z uzasadnienia MKO nie wynika, czy i jakie błędy obciążają projektanta lub dlaczego Komisja uznała, że projektant błędów nie popełnił bądź nie są one w sprawie determinujące dla dalszych czynności, które musiał podjąć Wojskowy Zarząd (...) dla wykonania nałożonego zadania. Ocena kwalifikacji formalnych bieglego sprowadza się do zbadania czy zostali wpisani na określoną listę a zakres oceny wyników pracy sprowadza się do zbadania zgodności z ogólną wiedzą i zasadami logiki. Tylko w takim zakresie możliwym byłoby stawianiem Obwinionemu zarzutu, co do jakości prac projektowych. W okresie, w którym wykonywane były prace projektowe Obwiniony nie był Kierownikiem Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego się uzasadnienie orzeczenia nie pozwala na zweryfikowanie trafności zajętego stanowiska.

15 stycznia 2015 roku do GKO wpłynęło pismo procesowe złożone przez Obrońcę, w którym podtrzymał on zarzuty przedstawione w złożonym odwołaniu wskazując, że - w jego ocenie - w trakcie postępowania przed MKO nie doszło do udowodnienia, iż Obwiniony udzielił zamówienia dodatkowego na realizację zadania „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ (...)”.

Na rozprawie przed GKO, która odbyła się w dniu 19 stycznia 2015 r. stawili się Obwiniony oraz Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pan Paweł Laudański. Nie stawił się prawidłowo zawiadomiony Obrońca Obwinionego.

W toku przeprowadzonej rozprawy Obwiniony podtrzymał wnioski przedstawione w odwołaniu, zaś Zastępca Rzecznika wnosił o utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia.

Po zapoznaniu się z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie GKO stwierdziła, że zaskarżone orzeczenie zasługuje na utrzymanie w mocy, zaś argumentacja wskazywana przez Obwinionego, nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Zdaniem GKO, przepisy obowiązujące w czasie zarzucanego czynu nie były dla Obwinionego względniejsze, dlatego do rozpoznania sprawy znalazły zastosowanie przepisy obowiązujące w czasie orzekania.

Odnosząc się do argumentacji Obwinionego, że MKO nie udowodniła, że Obwiniony udzielił zamówienia dodatkowego na realizację zadania pn. „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ(...)”. GKO stwierdza, że dokumentacja znajdująca się w aktach sprawy wskazuje, że Obwiniony podpisywał dokumenty z których treści jednoznacznie wynika, że udzielał on zamówienia dodatkowego na wykonanie tych robót. Świadczą o tym zapisy zawarte w § 1 umowy Nr 497/2011/B, gdzie literalnie wskazano, że przedmiotem tej umowy jest wykonanie robót dodatkowych w ramach zadania pn. „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ(...)”, jak również, że szczegółowy zakres robót określa protokół konieczności Nr 24/2011 dodatkowo zatwierdzony dnia 19 września 2011 r. oraz kosztorys po negocjacjach. Zarówno powyżej wskazana umowa jak i protokół konieczności zostały podpisane przez Obwinionego. Dlatego też GKO nie może podzielić prezentowanej przez Obwinionego tezy, że przedmiotem zamówienia objętego umową nie były roboty dodatkowe. Nie można również przyjąć tezy, że Obwiniony nie zdawał sobie sprawy z faktu, iż udziela zamówienia publicznego na wykonanie „robót dodatkowych”.

Zapisy wskazujące literalnie na to, iż roboty dodatkowe przeprowadzane były w ramach realizacji zadania „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ(...)” znajdują się również;

- we wniosku o rozpoczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 2 września 2011 roku,
- w protokole konieczności na roboty dodatkowe nr 14/2011 z załącznikiem pn. „Szczególne uzasadnienie wykonania robót dodatkowych i zamiennych do protokołu konieczności Nr4 14/2011”
- w zaproszeniu do negocjacji z dnia 2 września 2011 r.,

- w protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki,
- w protokole przyjęcia wyjaśnień od (X) z dnia 27 listopada 2012 r.

GKO nie podziela również prezentowanej przez Obwinionego tezy, że nie ponosi on odpowiedzialności za udzielenie robót dodatkowych, gdyż były one skutkiem nieprawidłowości powstałej na etapie projektowania, a wówczas on nie pełnił jeszcze funkcji Szefa Wojskowego Zarządu (...). W ocenie GKO, jeżeli nawet doszło do nieprawidłowości na tym etapie postępowania to Obwiniony mógł dokonać zamówienia publicznego wykraczającego poza zakres określony w projekcie i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia działając zgodnie z procedurami prawa zamówień publicznych, nie zaś udzielić zamówienia na roboty dodatkowe. GKO podziela natomiast w pełni argumentację przedstawioną w tym zakresie przez MKO z której wynika, że z „sytuacją niemożliwą wcześniej do przewidzenia” opisaną dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp mamy do czynienia gdy ma ona charakter obiektywny i wynika z zaniedbań (niezachowania staranności) zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógłby przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania należytej staranności (uchwała KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/KD 28/10). Brak jest zatem w przedmiotowej sprawie podstaw do uznania, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia, gdy przesłanka ta nie ma charakteru obiektywnego i nie wynika z przyczyn zewnętrznych niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania mógł przewidzieć konieczności wykonania usług lub robót budowlanych (uchwała KIO z dnia 19 grudnia 2011 r., KIO/KD 95/11). MKO słusznie w uzasadnieniu do orzeczenia wskazuje, że nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, które należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego np. wskutek zaniedbań w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego, kierowaniu robotami budowlanymi lub wskutek błędów w projekcie budowlanym na co wskazuje również stanowisko wyrażone w Komentarzu do art.67 Pzp, A. Bazan, J.E. Nowicki, LEX 2014. Jak słusznie wskazuje MKO, błąd projektanta jest możliwą do przewidzenia sytuacją, która nie uzasadnia zastosowania trybu z wolnej ręki. Takie stanowisko wyraziła również GKO w orzeczeniu z dnia 14 lipca 2011 r.

(BDF1/4900/50/56/11139 LEX nr 895967) wskazując równocześnie, że na Obwinionym, reprezentującym inwestora ciąży obowiązek dbałości o prawidłowość przebiegu całej inwestycji, również czynności podejmowanych w jego imieniu i na jego rachunek przez projektanta.

Tak przeprowadzone przez MKO rozumowanie w uzasadnieniu do orzeczenia i przytoczone po części przez GKO pozwala Obwinionemu na zapoznanie się z argumentacją dotyczącą uznania przez Komisję, iż nie jest możliwe uznanie, że nie miał on wpływu na udzielenie zamówienia dodatkowego, dlatego też GKO nie może podzielić zarzutu przedstawionego w złożonym odwołaniu, że MKO nie przeprowadziła wyводу dotyczącego jego winy przy udzielaniu zamówienia dodatkowego. Jak wynika z rozważań poczynionych przez Komisję I instancji Obwiniony nie musiał zawierać umowy na roboty dodatkowe mógł bowiem i powinien przeprowadzić postępowanie dotyczące zakresu robót objętych tą umową w trybie wynikających z uregulowań zawartych w Pzp. Zaznaczyć przy tym należy, że Komisja I instancji nie mogła dokonywać oceny pracy projektanta ani też nie było to konieczne dla dokonania ustaleń w zakresie odpowiedzialności Obwinionego za zlecenie robót dodatkowych.

Odnosząc się do zarzutu Obwinionego dotyczącego nie przeprowadzenia przez MKO postępowania dowodowego i oparcia ustaleń na dowodach dostarczonych przez Obwinionego GKO wskazuje, że wniosek o rozpoczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 2 września 2011 roku, protokół konieczności na roboty dodatkowe nr 14/2011 z załącznikiem pn. „Szczególne uzasadnienie wykonania robót dodatkowych i zamiennych do protokołu konieczności Nr4 14/2011”, zaproszenie do negocjacji z dnia 2 września 2011 r., protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki stanowią dokumentację przedstawioną, jako załącznik do wniosku o ukaranie sporządzonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych i to te dokumenty świadczą o udzieleniu zamówienia dodatkowego i podpisane są przez Obwinionego. Sam Obwiniony na rozprawie przed GKO oświadczył, *„W mojej ocenie wszystkie te roboty dodatkowe, w tej chwili wiem, że powinienem aneksować, ale wtedy moje doświadczenie było zbyt małe i wiem w tej chwili, że zrobiłem błąd zawierając tę umowę. Umowa pierwotna powinna być aneksowana i te roboty powinny być ujęte w ramach umowy podstawowej.”*, co potwierdza, że mógł on realizować zadanie nie udzielając zamówienia publicznego, jako „robót dodatkowych”, a stosując właściwe uregulowania obowiązujące w tej mierze w Prawie zamówień publicznych.

Nie można uznać za zasadny zarzut przytoczony w odwołaniu, że Komisja I instancji przerzuciła ciężar dowodowy na Obwinionego, ponadto jeżeli Obwiniony przedstawił dowody w sprawie w trakcie postępowania dowodowego Komisja winna również te dowody poddać ocenie. Skład orzekający GKO wskazuje ponadto odnosząc się do zarzutu Obwinionego, że to nie on udzielał zamówienia na roboty dodatkowe tylko instytucja, w której pracuje, iż to właśnie Obwiniony jako kierownik jednostki (kierownik zamawiającego) podpisał umowę na roboty dodatkowe działając w imieniu instytucji, którą kierował w chwili naruszenia dyscypliny finansów publicznych (podpisanie umowy na roboty dodatkowe). Dlatego Obwiniony ponosi odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO, w odniesieniu do wniosku Obwinionego dotyczącego uniewinnienia go od zarzucanego czynu lub ewentualnego umorzenia postępowania wskazuje, że Komisja I instancji słusznie wywiodła o uznaniu Obwinionego winnym udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe na „Remont budynku (...) dla potrzeb siedziby WZ(...)” w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. W uzasadnieniu wydanego orzeczenia MKO słusznie wskazała, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp 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 wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. GKO stoi na stanowisku, że odstąpienie od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki było bezpodstawne, nie spełniono bowiem przesłanek określonych w podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Nie jest więc możliwe uniewinnienie Obwinionego od zarzucanego mu czynu. Wskazać należy również, że w art. 78 ust 1 ustawy wskazane są przesłanki, jakie muszą zaistnieć do umorzenia postępowania. Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy:

1. zarzucanego czynu nie popełniono;
2. w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
3. nastąpiło przedawnienie karalności;

4. obwiniony zmarł;
5. obwiniony na mocy przepisów szczególnych nie podlega orzecznictwu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych;
6. w sprawie o ten sam czyn, popełniony przez tego samego obwinionego, zostało wydane prawomocne postanowienie lub orzeczenie komisji orzekającej albo w tej samej sprawie przeciwko temu samemu obwinionemu toczy się przed komisją orzekającą wcześniej wszczęte postępowanie;
7. zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 27 ust. 1 lub art. 28 ust. 1;
8. zachodzi inna okoliczność wykluczająca z mocy ustawy orzekanie w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Czynu popełnionego przez Obwinionego a stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie cechowało działanie bądź zaniechanie działania wynikające z uregulowań zawartych w art. 27 ust 1 ustawy, tj. nie było zdeterminowane ograniczeniem skutków zdarzenia losowego. Nie mamy również do czynienia ze znikomym stopniem szkodliwości czynu dla finansów publicznych, o którym mowa w art. 28 ust 1 ustawy, nie można bowiem uznać, iż mamy do czynienia z naruszeniem obowiązków służbowych, które należałoby zakwalifikować jako mało ważne, gdyż na skutek naruszenia tych obowiązków zawarta została przez Obwinionego umowa na roboty dodatkowe opiewająca na kwotę 328.037,69 zł (brutto), którą nie można uznać za mało znaczącą. Sposób i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych w omawianym przypadku również nie mogą zostać uznane za uzasadniające umorzenie postępowania w sprawie naruszenia przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony mógł, bowiem zastosować właściwy tryb postępowania wynikający z ustawy Prawo zamówień publicznych i osiągnąć skutek w postaci wykonania robót, które błędnie zlecił, jako roboty dodatkowe.

Reasumując powyższe ustalenia GKO stwierdza, że MKO jednoznacznie i trafnie wskazała na czym polegała nieprawidłowość skutkującą naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Prawidłowo wyjaśniła podstawy przypisania odpowiedzialności Obwinionemu oraz trafnie orzekła w zakresie kosztów postępowania. MKO uzasadniła ponadto, czym kierowała się odstępując od wymierzenia Obwinionemu kary.