



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

Warszawa, dnia 18 października 2018 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Emil Kawa (spr.)</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Klaudia Stelmaszczyk</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Leszek Paweł Biedka</b>
<b>Protokolant:</b>		<b>Paweł Matusiak</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 18 października 2018 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionej (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 21 czerwca 2018 r. sygn. akt: RKO.WR.711.21.2018, którym Komisja uznała (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Prezydenta Miasta (...), winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.) zwanej dalej uondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 23 lutego 2017 r. w trybie z wolnej ręki zamówienia publicznego, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na budowie ul. (...) i części ul. (...) wraz z uzbrojeniem w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo- zachodniej dla terenów produkcyjno-

*usługowych w (...)*” (umowa nr (...)), określonego jako zamówienie uzupełniające zadania inwestycyjnego pn. „*Modernizacja Trasy (...) celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)*” (umowa nr (...) z dnia (...).02.2014 r.), bez spełnienia wynikających z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, przesłanek umożliwiających dokonanie zmian umowy, tj. przesłanki nakazującej, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”, oraz przesłanki nakazującej, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”, czym naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.).

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,  
**orzeka**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uodnfp, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

**Pouczenie:**

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

**UZASADNIENIE**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu, zwana dalej Komisją, orzeczeniem z dnia 21 czerwca 2018 r. sygn. akt: RKO.WR.711.21.2018, uznała (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Prezydenta Miasta (...), winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zarzucane naruszenie dotyczyło popełnienia czynu o którym mowa w art. 17 ust. 6 uodnfp, polegającego na udzieleniu w dniu 23 lutego 2017 r. w trybie z wolnej ręki zamówienia publicznego, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano-montażowych poza umową podstawową. Zlecenie dotyczyło robót budowlanych polegających na budowie ul. (...) i części ul. (...) wraz z uzbrojeniem w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo- zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych (...)” (umowa nr (...)). Powyższe stanowiło zamówienie uzupełniające zadania

inwestycyjnego pn. „Modernizacja Trasy (...) celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...) (umowa nr (...) z dnia (...) 02.2014 r.). Za powyższe naruszenia Komisja wymierzyła Obwinionej karę upomnienia oraz obciążyła kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja wskazała, że podstawą wszczęcia postępowania wobec Obwinionej było zawiadomienie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, właściwego w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o udzieleniu zamówienia publicznego przez Obwinioną z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 6 uoondfp. Naruszenie polegało na udzieleniu zamówienia uzupełniającego bez spełnienia przesłanek umożliwiających dokonanie zmian umowy, tj. przesłanki nakazującej, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”, oraz przesłanki by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”, czym naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) dalej zwanej Pzp.

Podkreślono, że zgodnie z §1 ust. 4 umowy podstawowej zakres zadania obejmował przebudowę ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) oraz odcinek ul. (...) od skrzyżowania z ul. (...) do ul. (...), w tym wykonanie prac wymienionych w tym przepisie.

W związku z ww. zamówieniem podstawowym zamawiający reprezentowany przez Obwinioną udzielił, bez przetargu, powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, trzech zamówień uzupełniających dotyczących budowy ul. (...) i części ul. (...) w ramach zadania „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ul. (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...), udzielone umową nr (...) z dnia (...).02.2017 r. Składając wyjaśnienia w piśmie z dnia 4.04.2017 r. zamawiający uzasadniając, że przedmiot zamówienia uzupełniającego jest zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego, powołał się na treść decyzji (...) nr (...) z dnia (...).12.2013 r., zgodnie z którą zatwierdzono projekt budowlany i zezwolono na realizację inwestycji drogowej dla przedsięwzięcia „Przygotowanie dokumentacji dla terenów produkcyjno-usługowych w (...) -budowa i przebudowa infrastruktury technicznej związanej z obsługą obszaru w rejonie ul. (...) i

obwodnicy południowo-zachodniej w (...)” obejmującego budowę i przebudowę ul. (...) oraz ul. (...), ul. (...) i ul. (...).

Odnosząc się do stanu prawnego w zakresie możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki wskazano, że w dniu 28.07.2016 r. weszła w życie nowelizacja Pzp. wprowadzając między innymi zmianę art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp przewidującego przesłanki udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówień uzupełniających. Udzielone zamówienie uzupełniające w dniu (...).02.2017 r. dotyczyło zamówienia podstawowego udzielonego na podstawie umowy zawartej w dniu (...).02.2014 r., czyli przed wejściem w życie ww. nowelizacji. W związku z tym, w tym przypadku ma zastosowanie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Zgodnie z tym przepisem dopuszczalne są zmiany umowy w sprawie zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed wejściem w życie niniejszej ustawy, jeżeli została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy zmienionej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym przy spełnieniu co najmniej jednego z warunków: (lit. „b”) 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. Treść tego przepisu odpowiada treści przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 sprzed nowelizacji Pzp. Z dołączonych do zawiadomienia Prezesa UZP dokumentów wynika, że zamówienie podstawowe obejmowało roboty, w wyniku których miała być przebudowana ul. (...) na odcinkach konkretnie wskazanych w § 1 ust. 3 umowy podstawowej i część ul. (...). Zamówienie podstawowe nie przewidywało prowadzenia robót na innych ulicach niż ul. (...) i ul. (...), w szczególności nie przewidywano prowadzenia budowy lub przebudowy innych ulic niż wyżej wymienione.

Wskazano, że ogólna wzmianka w ogłoszeniu o zamówieniu co do projektowanej możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w ciągu 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego nie daje podstaw do domniemywania zamiaru udzielenia takich zamówień uzupełniających

na roboty w konkretnych lokalizacjach, w tym przypadku w ulicach: (...), a wręcz przeciwnie - prowadzi do wniosku, że takie roboty nie są objęte przedmiotem tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego i tym samym, jak w niniejszej sprawie nie są zgodne z zamówieniem podstawowym.

Obwiniona wyjaśniając przedmiotową kwestę stwierdzała, że wykonywanie robót na innych ulicach niż z opisanych w umowie podstawowej było zgodne z przepisami ustawy Pzp, gdyż przepis art. 67 ust. 1 pkt. 6 Pzp, w żaden sposób nie odnosi się do miejsca realizacji robót. Wskazywała, że przyjęte przez Komisję stanowisko, iż wymagana jest tożsamość miejsca wykonania robót podstawowych i uzupełniających było nieuprawnione.

Komisja odnosząc się do tak ustalonego stanu prawnego i faktycznego w pełni podzieliła stanowisko Zastępcy Rzecznika zaprezentowane we wniosku o ukaranie. Tym samym uznała, że argumenty Obwinionej przywołane na uzasadnienie swojego działania związanego z udzieleniem przedmiotowego zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki, nie zasługują na uwzględnienie. W orzeczeniu Komisji nadto podkreślono, że w zakresie przypisania Obwinionej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 uoondfp wskazała, że odpowiedzialność Obwinionej wynikała z posiadanego upoważnienia od kierownika jednostki budżetowej do zatwierdzania wszystkich dokumentów związanych z udzieleniem zamówień publicznych.

Zdaniem Komisji analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego wykazała, że Obwinionej należało przypisać winę w czasie popełnienia czynu, albowiem zawarła umowę o udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych tj. art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy zmieniającej oraz art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 Pzp, a których zawinione naruszenie doprowadziło w konsekwencji do wypełnienia ustawowych przesłanek nakazujących dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W rozpatrywanej sprawie, w ocenie Komisji, nie zaistniała również żadna z innych ujemnych przesłanek procesowych określonych w art. 78 uoondfp, które umożliwiałyby umorzenie postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W tak ustalonym stanie faktycznym Komisja uznała, że najbardziej odpowiednią karą do stopnia szkodliwości popełnionego przez Obwinioną czynu, będzie kara upomnienia, będąca najłagodniejszą z kar przewidzianych w art. 31 ust. 1 pkt 1 uoondfp. Komisja przychyliła się w

tym zakresie do wniosku Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który wnioskował o orzeczenie takiej kary wobec Obwinionej.

Obwiniona – reprezentowana przez obrońcę - pismem z dnia 28 lipca 2018 roku wniosła odwołanie od opisanego wyżej orzeczenia Komisji do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych.

We wniesionym odwołaniu zarzuciła Komisji naruszenie przepisu:

1. art. 17 ust. 6 ustawy w związku z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) przez niezasadne przyjęcie, że Obwiniona naruszyła te przepisy poprzez nieuprawnione udzielenie zamówienia w trybu z wolnej ręki, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano - montażowych polegających na budowie ul. (...) i części ul. (...) wraz z uzbrojeniem w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ul. (...) oraz obwodnicy południowo - zachodniej dla terenów produkcyjno - usługowych w (...)” (umowa nr (...)), określonego jako zamówienie uzupełniające zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Trasy (...) celem poprawy jakości połączeń z siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)” - w sytuacji, gdy w przedmiotowej sprawie zachodziły wszystkie przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia uzupełniające opisane w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustawy;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 10 ust. 2 Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że doszło do naruszenia tych przepisów w konsekwencji udzielenie zamówienia opisanego w pkt 1;
3. naruszeniu art. 78 ust. 1 pkt 2 uodfp, poprzez błędne przyjęcie, że zarzucany czyn wypełniają znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
4. naruszeniu art. 23 ust. 1 uodfp, poprzez jego pominięcie, w sytuacji gdy nawet gdyby podzielić sposób interpretacji przepisów zaprezentowany w skarżonym orzeczeniu, to nieświadomość Obwinionej, co do faktu, że jej działanie może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych, była usprawiedliwiona

Podnosząc powyższe zarzuty wobec orzeczenia Komisji wniosła o:

1. uchylenie skarżonego orzeczenia w całości i umorzenie postępowania ewentualnie o

2. uchylenie skarżonego orzeczenia w części dotyczącej wymierzenia Obwinionej kary upomnienia i odstąpienia od wymierzenia kary , ze względu na okoliczność, że stopień szkodliwości czyny dla finansów publicznych jest znikomy;
3. ewentualnie o uchylenie skarżonego orzeczenia w części dotyczącej wymierzenia obwinionemu kary upomnienia i odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 36 ust. 1 i 2 z uwagi na rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Uzasadniając podniesione wobec orzeczenia Komisji zarzuty podała, że trudno zgodzić się z przyjętymi ustaleniami, ponieważ zwrócić uwagę należy w szczególności na treść przepisów prawa będących podstawą orzeczenia Komisji. Otóż istota sporu odnosiła się do kwestii czy udzielone zamówienia uzupełniające były zgodne z zamówieniem podstawowym, a także czy udzielone zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego. Wskazała, że przepis w tym zakresie posługuje się pojęciem zgodności z zamówieniem podstawowym. Natomiast według ustaleń kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zgodności tej nie może przesądzać sam charakter robót budowlanych (tożsamość rodzajowa samych robót). Nadto przyjęto, że powtórzenie tego samego rodzaju robót nie jest równoznaczne z zapewnieniem zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Z ustaleń Komisji wynikało, że w dokumentacji dotyczącej zamówienia podstawowego wymieniono w SIWZ odcinki ulic na których miały toczyć się prace dotyczące zamówienia podstawowego. Z tego powodu Komisja stwierdziła, iż zamówienia uzupełniające to takie, które oprócz tożsamości rodzajowej będzie posiadały tą cechę, że będzie realizowane w obszarze ww. ulic. Takie rozumienie tego przepisu, zdaniem Obwinionej, nie wynika wprost z jego brzmienia - jest to pewien sposób jego interpretacji i tym samym jest interpretacją rozszerzającą na której nie mogło zostać oparte orzeczenie Komisji. Tym samym istota sporu była kwestia zakresu terytorialnego na którym mogły być prowadzone roboty stanowiące przedmiot zamówienia uzupełniającego.

Za możliwością prowadzenia dodatkowych robót uzupełniających zdaniem Obwinionej przemawiała kwestia, iż:

- dokumentacja projektowa dotycząca zakresu objętego zamówień uzupełniającym została dołączona do SIWZ;

- wartość szacunkowa podstawowego została oszacowana łącznie z wartością zamówienia uzupełniającego;
- wszystkie prace (zamówienie podstawowe i uzupełniające) wynikały z jednej decyzji ZRiD i były realizowane w ramach jednego planu inwestycyjnego (stanowią one jeden projekt w rozumieniu Dyrektywy 2004//18/WE).

Jak podnosi się w doktrynie: „Zamówienie uzupełniające powinno być zgodne z przedmiotem zamówienia, a więc, jak stanowi dyrektywa 2004/18/WE, zgodne z »projektem podstawowym«. Oznacza to, iż wykonanie zamówienia uzupełniającego nie musi się odbywać w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. Konieczne jest jednak powiązanie prac realizowanych w ramach zamówienia uzupełniającego z określonymi zamierzeniami, planami inwestycyjnymi realizowanymi w ramach zamówienia podstawowego.

Wskazała, że zakres prac objęty zamówieniem nie został opisany jedynie w umowie - przede wszystkim zakres ten opisywany jest przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. We wstępnym ogłoszeniu o zamówieniu oraz w zamówieniu o udzieleniu zamówienia Zmawiający jasno określił miejsce realizacji prac: „Sekcja II.1.2 ogłoszenia: Rodzaj zamówienia oraz lokalizacja robót budowlanych, miejsce realizacji dostawy lub świadczenia usług – Roboty budowlane - Główne miejsce lub lokalizacja robót budowlanych, miejsce realizacji dostawy lub świadczenia usług: (...)”. W związku z tym, w ocenie Obwinionej miała ona pełne prawo udzielić przedmiotowego zamówienia uzupełniającego w miejscach kwestionowanych w wyniku kontroli Prezesa Urzędu zamówień Publicznych.

Wskazała także na istotny fakt, że przed podjęciem decyzji o realizacji kwestionowanych robót uzupełniających Obwiniona uzyskała jednoznaczną opinię radców prawnych obsługujących jednostkę, że nie ma żadnych przeszkód, aby udzielić zamówienia uzupełniającego. Ponadto w obrocie prawnym z tej materii funkcjonowała Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2014 r., sygn. nr KIO/KD 68/14, dotycząca identycznych spraw, w której stwierdzono: „Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp w żaden sposób nie odnosi się do miejsca realizacji robót, tym samym stwierdzenie, że wymagana jest tożsamość miejsca wykonania robót podstawowych i uzupełniających jest nieupoważnione.” Nadto w tejże Uchwale stwierdzono również, że: „Skoro zatem zamówienie uzupełniające zostało wykonane w oparciu o odrębny projekt, który nie zawierał się w pierwotnie opracowanej dokumentacji, jak dla zadania podstawowego, to nie sposób uznać, że zamówienie



uzupełniające pozostaje w zgodności z podstawowym projektem”. Należy przypomnieć, że w analizowanym przypadku dokumentacja projektowa dotycząca robót uzupełniających była załączona do dokumentacji zadania podstawowego – a contrario wskazuje to na dopuszczalność udzielenia zamówienia uzupełniającego.

Stwierdziła, że w tej sytuacji Obwinionej nie można przypisać świadomości, iż jej działanie mogło stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Natomiast powołując się na opinie radców prawnych należało wywieść, że nieświadomość w tym zakresie była w pełni uzasadniona i usprawiedliwiona. Podała, że zgodnie z art. 23 ust. 1 uondfp nieświadomość tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona. Wskazała na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 26 marca 2015 r. (BDF1/4900/108/112/14; BDF1.4800.18.2015), gdzie przyjęto, że „Nieświadomość bezprawności będzie usprawiedliwiona, jeżeli wzorcowy, modelowy dysponent środków publicznych znajdujący się w analogicznych okolicznościach, jak sprawca analizowanego naruszenia, również nie rozpoznałby nieświadomości bezprawności tego czynu. Z drugiej jednak strony należy uwzględnić okoliczności odnoszące się do konkretnego sprawcy, na które składa się między innymi jego wiedza i doświadczenie. Wśród okoliczności usprawiedliwiających błąd można wskazać także na niejasną redakcję przepisów, która uniemożliwia to jego poprawne zrozumienie i stosowanie, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z wprowadzeniem zupełnie nowych rozwiązań, które nie miały swoich odpowiedników w dotychczas obowiązujących przepisach. Trudności interpretacyjne może również powodować duża liczba przepisów regulujących daną lub powiązaną problematykę, rozproszona w kilku miejscach danego aktu prawnego lub w kilku aktach prawnych.”

**Główna Komisja Orzekająca po przeprowadzeniu rozprawy uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i wobec powyższego orzeczenie Komisji zostało utrzymane w mocy**

Rozprawa przed GKO odbyła się z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Obwiniona nie stawiała się na rozprawę, prawidłowo zawiadomiona o jej terminie, dowód doręczenia zawiadomienia znajduje się w aktach sprawy. Na rozprawie Obwiniona był reprezentowana przez ustanowionego w sprawie obrońcę. GKO – po

wysłuchaniu stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika i obrońcy Obwinionej uznała, iż brak jest przeszkód formalnych do rozpoznania we wskazanym terminie wniesionego odwołania.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy, GKO zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu zarzucanego Obwinionej (luty 2017 rok) ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. Podkreślić należy, że odpowiedzialność Obwinionej ma bezpośredni związek ze stanem prawnym wynikającym z treści przepisu art. 67 ust.1 pkt 6 Pzp. Udzielone zamówienie uzupełniające w dniu (...).02.2017 r. dotyczyło zamówienia podstawowego udzielonego na podstawie umowy zawartej w dniu (...).02.2014 r., czyli przed wejściem w życie ww. nowelizacji. W związku z tym, w tym przypadku ma zastosowanie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit.b ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 poz. 1020), zgodnie z którym dopuszczalne są zmiany umowy w sprawie zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed wejściem w życie niniejszej ustawy, jeżeli została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy zmienionej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym przy spełnieniu co najmniej jednego z warunków: (lit. „b”) 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. Treść tego przepisu odpowiada treści przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 sprzed nowelizacji Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp 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. W zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przepisy nie uległy zmianie. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenie GKO uznała, że w sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu wydania orzeczenia.

W zakresie stanu prawnego w odniesieniu do stanu faktycznego w oparciu o który Komisja uznała Obwinioną winną popełnienia zarzucanego jej naruszenia przepisów uondfp podkreślić należy, że osi ą sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia, czy poszerzenie zakresu wykonywanego zamówienia w oparciu o umow ę nr (...) z dnia (...).02.2014 r. było dopuszczalne i czy stanowi ło realizacj ę zamówienia uzupe ³niaj ącego, czy te ¼ poszerzenie jego zakresu w oparciu o umow ę z dnia nr (...) z dnia (...).02.2017 r. było niezgodne z przepisami prawa.

Zmawiaj ący udzieli ³, bez przetargu, powo ³uj ąc si ę na art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, trzech zamówie ³ uzupe ³niaj ących, w tym na budow ę ul. (...) i cz ęsci ul. (...). W tym zakresie zamawiaj ący sk ³adaj ąc wyja ³nienia w pi smie z dnia 4.04.2017 r. stwierdzi ³, ¼e zlecenie do realizacji rob ³t drogowych na ww. odcinkach było dopuszczalne, gdy ¼ przedmiot zamówienia uzupe ³niaj ącego był zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego.

GKO podkre ³la, ¼e zgodnie z § 1 ust. 4 umowy podstawowej zakres zadania obejmowa ³ przebudow ę ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) oraz odcinek ul. (...) od skrzy ¼owania z ul. (...) do ul. (...). Natomiast jak wy ¼ej wskazano, roboty uzupe ³niaj ące wykonano poza tym ści ³ie okre ³lonym terenem.

Zamówienie podstawowe nie przewidywa ³o prowadzenia rob ³t na innych ulicach ni ¼ ul. (...) i ul. (...) i tym samym nie została spe ³niona przes ³anka z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, aby udzielenie zamówienia tego zamówienia uzupe ³niaj ącego było przewidziane w og ³oszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Og ³olna wzmianka w Og ³oszeniu o zamówieniu o mo ¼liwosci udzielenia zamówienia podstawowego nie daje podstawy do udzielenia takich zamówie ³ terenem rob ³t okre ³lonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Odnosz ąc si ę do zarzut ³w z odwo ³ania Obwinionej - w którym podnios ³a miedzy innymi, ¼e istnia ³y podstawy do prowadzenia rob ³t uzupe ³niaj ących tak ¼e poza ulicami wskazanymi w zamówieniu podstawowym, gdy ¼ dokumentacja projektowa dotycz ąca zakresu obj ętego zamówieniem uzupe ³niaj ącym została do ³ ączona do SIWZ, warto ³c szacunkowa podstawowego została oszacowana ³ ącznie z warto ³ci ą zamówienia uzupe ³niaj ącego, a nadto wszystkie prace w tym i uzupe ³niaj ące wynika ³y z jednej decyzji ZRID. Zdaniem GKO takie stanowisko należy uzna ³, za nie maj ące uzasadnienia w zebranych materiale dowodowym. Ot ³ ¼, zdaniem GKO, nie jest mo ¼liwe przyj ęcie, jako podstawy realizacji zamówie ³ uzupe ³niaj ących faktu, i ¼ w tre ³ci SIWZ oraz w Sekcji II.1.2 Og ³oszenia o zamówieniu wskazano, ¼e g ³ównym miejscem lokalizacji rob ³t budowlanych, jest miasto (...). Przyj ęcie

takiego stanowiska dla miasta (...) posiadającego kilkaset ulic, powodowałoby sytuację, że prowadzenie robót związanych z budową czy remontem dróg, a więc podobnych rodzajowo do realizowanego zamówienia podstawowego, umożliwiłoby przyjęcie, że są to roboty uzupełniające dla zamówienia podstawowego i tym samym mogą być udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przyjęcie takiego założenia w sposób rażąco naruszałoby przepisy ustawy Pzp, gdyż udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki jest ograniczone tylko do przypadków ściśle wskazanych w ustawie. W takiej sytuacji zostałaby naruszona zasada przejrzystości i prymatu udzielania zamówień w trybie przetargów podstawowych.

Również kolejny zarzut Obwinionej - w myśl którego za możliwością prowadzenia robót uzupełniających w innej lokalizacji przemawiał fakt, iż wszystkie prace zamówienia podstawowego i uzupełniającego wynikały z jednej decyzji ZRID, a nadto wartość szacunkowa podstawowego została oszacowana łącznie z wartością zamówienia uzupełniającego – nie zasługuje na uwzględnienie. Przeprowadzając analizę chronologii postępowania GKO uznała powyższe stanowisko za nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Niespornym jest, że zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje opisanie przedmiotu zamówienia oraz dokonuje określenia szacunkowej jego wartości. W tym postępowaniu wskazać należy, że decyzję ZRID z dnia (...).12.2013 r. zamawiający uzyskał w dniu 12.12.2013 r., a więc już po wszczęciu przedmiotowego postępowania, które miało miejsce w dniu 6.12.2013 r.. Tak więc nie jest możliwe, aby zakres zamówienia został oparty na decyzji ZRID w sytuacji, kiedy zamawiający wszczynając to postępowanie takiej decyzji jeszcze nie posiadał. W ogłoszeniu o zamówieniu brak było możliwości przewidzenia udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki objętego umową z dnia (...) lutego 2017 r., którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na budowie ul. (...) i części ul. (...), gdyż opis przedmiotu zamówienia musiał nastąpić przed wszczęciem postępowania, a to miało miejsce przed wydaniem decyzji ZRID.

Wobec powyższego GKO uznała, że zamówienie podstawowe nie przewidywało prowadzenia robót na innych ulicach niż ul. (...) i ul. (...) i roboty wykraczające poza ten zakres nie mogą być uznane za zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, gdyż nie były przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Tym samym roboty wykraczające poza ten zakres nie mogą być uznane za zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Z przepisu art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b Pzp wynika, że zamówienie uzupełniające ma stanowić uzupełnienie zamówienia podstawowego poprzez powtórzenie

tego samego rodzaju zamówień, co usługi lub roboty budowlane objęte zamówieniem podstawowym oraz pozostawać w zgodzie z zamówieniem podstawowym tj. między innymi z jego zakresem.

Podkreślić należy, że postępowanie o realizację przedmiotowego zamówienia w tym w szczególności zasadności udzielenia zamówień uzupełniających było przedmiotem kontroli ze strony Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz oceny zastrzeżeń zamawiającego do ustalonego wyniku kontroli przez Krajową Izbę Odwoławczą. KIO w Uchwale z dnia (...) października 2017 roku sygn. (...) w całości uznała za prawidłowe ustalenia kontroli Prezesa UZP. Z ustaleń obu ww. organów wyspecjalizowanych w ocenie prawidłowości stosowania prawa zamówień publicznych jednoznacznie wynika, że zamówienie podstawowe nie przewidywało prowadzenia robót na innych ulicach niż ul. (...) i ul. (...), w szczególności nie przewidywała prowadzenia budowy lub przebudowy innych ulic niż wyżej wymienione. Stwierdzono, że o zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego nie może przesądzać sam charakter robót budowlanych (tożsamość rodzajowa samych robót), a powtórzenie tego rodzaju zamówień nie jest równoznaczne z zapewnieniem zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W przedmiotowej sprawie GKO przyjmuje za zasadne stanowisko Prezesa UZP w zakresie ustaleń kontroli przedmiotowego postępowania, iż zamówienie uzupełniające, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, stanowić ma „uzupełnienie” zamówienia podstawowego poprzez powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, co usługi lub roboty objęte zamówieniem podstawowym oraz być w zgodzie z zamówieniem podstawowym, tj. m.in. z jego zakresem. Zamówienie uzupełniające nie może być natomiast rozszerzeniem zamówienia podstawowego o zupełnie odrębne zamówienia, nie objęte w ogóle przedmiotem zamówienia podstawowego i stanowiące w istocie nowe zamówienia, które powinny być - w przypadku wartości co najmniej 30.000 euro - udzielone na zasadach ogólnych, w procedurze konkurencyjnej, zwłaszcza jeśli nie zostały także wprost przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwym jest, że zarówno w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego w SIWZ, jak i w umowie podstawowej, wymienione są tylko roboty na ul. (...) oraz na odcinku ul. (...), natomiast wszędzie tam, gdzie wymieniona jest ul. (...) lub ul. (...), nazwy tych ulic są użyte wyłącznie w celu dookreślenia odcinka ul. (...) na którym miały

być realizowane roboty, natomiast opis przedmiotu zamówienia podstawowego nie przewidywał wykonywania robót na samych ulicach: (...), lub tym bardziej - na ul. (...). Fakt, że ul. (...) styka się z ul. (...) (dochodzi do niej prostopadle), nie świadczy o tym, że stanowi ona część ul. (...) i w konsekwencji - część przedmiotu zamówienia podstawowego.

Tym samym GKO uznała, że zamawiający udzielając zamówień na budowę i przebudowę ul. (...), ul. (...) i ul. (...) w trybie z wolnej ręki, naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej, gdyż nie spełnił przesłanki zgodności zamówień uzupełniających z zamówieniem podstawowym i przewidzenia zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym. W konsekwencji zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu z wolnej ręki w przypadku okoliczności faktycznych innych niż określone w ustawie.

Tym samym GKO uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz do dokonania zmiany umowy na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i dlatego też fakt popełnienia naruszenia przez Obwinioną przepisu art. 17 ust.6 uondfp nie budzi wątpliwości.

Przechodząc do kolejnych zarzutów odwołania, a więc do ustalenia stopnia naruszenia dyscypliny finansów publicznych GKO wskazuje, że przy ocenie szkodliwości naruszenia dyscypliny dla finansów publicznych ocenić należy w szczególności wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki naruszenia. Wszystkie czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych są szkodliwe dla finansów publicznych. Natomiast stopień szkodliwości konkretnego czynu danego sprawcy dla ładu finansów publicznych jest elementem oceny zarówno komisji I instancji, jak i GKO.

GKO w niniejszym składzie, oceniła, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych czynów przypisanych Obwinionej jest wyższy niż znikomy (art. 28 ust. 1 uondfp). Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych opisanego wyżej naruszenia dyscypliny finansów publicznych GKO, uwzględniła przede wszystkim wagę naruszonych obowiązków, a także sposób i okoliczności ich naruszenia (art. 28 ust. 1a uondfp). Należy podkreślić, że działanie Obwinionej spowodowało, że nie można w ogóle mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równym traktowaniu wykonawców,

gdyż zamówienie na wykonanie przebudowy ul. (...), ul. (...) i ul. (...) zostało udzielone wykonawcy wykonującemu zamówienie podstawowe podane w opisie przedmiotu zamówienia bez przeprowadzenia procedury przetargowej, a tym samym pozbawiające innych potencjalnych wykonawców możliwości ubiegania się o takie zamówienie.

Wobec podniesionego w odwołaniu wniosku Obwinionego o umorzenie skarżonego orzeczenia, bądź jego uchylenie i odstąpienie od wymierzonej kary upomnienia, GKO uznała, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie uzasadnia uwzględnienia powyższych wniosków.

GKO podkreśla, że aby można było przypisać osobie podlegającej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych winę, należy wskazać wzorzec prawidłowego zachowania w danych okolicznościach i rozważyć kwestię braku dochowania należytej staranności w danych okolicznościach. GKO rozważyła, czy Obwiniona miała możliwość innego zachowania, które pozwoliłoby uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem GKO w sprawie wystarczającym było przeanalizowanie przed aneksowaniem umowy z dnia 28 lutego 2014 roku jej zakresu oraz analizy przepisu art. 67 ust 1 pkt 6 Pzp. Ponadto GKO uznaje, że treść przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz okoliczności wynikających z opisu przedmiotu zamówienia są tak jednoznaczne, iż nie powinno być wątpliwości, że udzielenie zamówień uzupełniających nie uzupełniało robót z zamówienia podstawowego, ale przewidywało nowe roboty np. na ul. (...), która to ulica nawet nie styka się z ulicą (...) (a więc na nią nie oddziałuje wprost) objętą realizacją zamówienia podstawowego.

Odnosząc się do powyższego GKO jednoznacznie stwierdza, że fakt udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na wykonywanie robót budowlano - montażowych polegających na budowie ulicy (...) i części ulicy (...) nastąpiło z naruszeniem art. 17 ust. 6 uoondfp, gdyż zamówienie to zostało udzielone bez spełnienia przesłanki nakazującej, aby zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, a nadto by możliwość jego udzielenia była przewidziana w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia podstawowego. W sprawie niewątpliwym jest, że roboty dotyczące ulicy (...) i części ul. (...) nie były objęte zakresem zamówienia podstawowego i możliwość ich realizacji w ramach zamówienia uzupełniającego nie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zauważyć należy, że Obwiniona zarówno w składanych wyjaśnieniach jak i w treści odwołania powoływała się na kwestie, że swoje działania w tej sprawie opierała na opinii

prawnej z której miało wynikać, że w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym było możliwe udzielenie zamówień uzupełniających wykonawcy zamówienia podstawowego. Wskazać należy, że opinia prawna sporządzona na potrzeby określonego procesu decyzyjnego nie jest dokumentem urzędowym, a zawiera tylko stanowisko określonej osoby (prawnika) w określonej sprawie, sporządzone w celu przedstawienia swoich racji na rozumienie określonego problemu w taki a nie inny sposób. Opinia prawna w żadnej mierze nie wiąże podmiotu dla którego została sporządzona.

Dlatego też GKO w tym zakresie wskazuje, że oparcie się na opinii prawnej nie ekskulpuje działań podmiotu podejmującego określone decyzje

GKO oceniając powyższe uznała, iż działaniu Obwinionej nie można przypisać cechy znikomej szkodliwości dla finansów publicznych. Zamówienie uzupełniające było zamówieniem o znacznej wartości i udzielenie go zgodnie z przepisami Pzp umożliwiłoby jego realizację za cenę znacznie niższą, a ponadto takie postępowanie w sposób rażąco naruszało zasady prawa zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 oraz 10 ust. 2 Pzp. Z tych przyczyn GKO nie znalazła podstaw do uchylenia, czy też umorzenia zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienia Obwinionej od zarzucanych mu czynów.

GKO uznała, że w tak ustalonym stanie faktycznym sprawy orzeczenie Komisji w zakresie uznania Obwinionej winną popełnienia czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych i wymierzenia jej kary upomnienia jest orzeczeniem prawidłowym. Stopień zawinienia Obwinionej uzasadniał w pełni wymierzenie kary upomnienia. Podkreślić należy, że kara upomnienia jest najniższą z katalogu kar wymienionych w art. 31 ust. 1 uondfp. Niewątpliwym jest w świetle treści uzasadnienia orzeczenia Komisji, że Komisja wymierzając Obwinionej karę upomnienia wzięła pod rozwagę okoliczności wskazane w art. 33 uondfp.

Zarzuty i argumenty podniesione w odwołaniu w świetle dokonanych ustaleń i analizy stanu prawnego wykazały jego niezasadność. Tym samym GKO uznała za zasadne oddalenie odwołania Obwinionej i utrzymanie wymierzonej jej kary upomnienia wraz z utrzymaniem obowiązku poniesienia kosztów postępowania.

Uwzględniając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.