



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

Warszawa, dnia 19 lutego 2016 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Tomasz Ślaboszowski (spr.)</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Maciej Berek</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk</b>
Protokolant:		<b>Mateusz Woźniak</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 19 lutego 2016 r., odwołania Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzuconego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z dnia 27 października 2015 r., sygn. akt RKO.5011.39.2015, którym uznano Obwinionego (...)winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 1b pkt 2** 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) – zwanej dalej „ustawą”, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego na wykonanie robót dodatkowych związanych z przebudową targowiska miejskiego w (...), polegających na:

- wykonaniu przyłączy wodociągowych do studni wodociągowych szt. 5, znajdujących się przy pawilonach handlowych,
- montażu grzejników w pomieszczeniach wc w pawilonach handlowych,
- wykonaniu przyłącza kablowego do zasilania pawilonów,
- wykonaniu odkosów na wiatkach handlowych,
- montażu witryn aluminiowych i montażu rolet,
- karczowaniu pni,

w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania

trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 i art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy – Prawo zamówień publicznych,

oraz odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł,

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy 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**

Orzeczeniem z dnia 27 października 2015 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie – dalej zwanej także RKO, uznała (...)w chwili popełnienia czynu pełniącego funkcję Burmistrza Miasta (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego na wykonanie robót dodatkowych związanych z przebudową targowiska miejskiego w (...), polegających na:

- wykonaniu przyłączy wodociągowych do studni wodociągowych szt. 5, znajdujących się przy pawilonach handlowych,
- montażu grzejników w pomieszczeniach w pawilonach handlowych,
- wykonaniu przyłącza kablowego do zasilania pawilonów,

- wykonaniu odkosów na wiatkach handlowych,
- montażu witryn aluminiowych i montażu rolet,
- karczowania pni.

w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących stosowania przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 i art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec Obwinionego odstąpiono od wymierzenia kary i obciążono go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w kwocie 291,71 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy stosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych 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:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby podniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub,
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Równocześnie udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązanej z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, to znaczy wykonaniem takim, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodnie z potrzebami zamawiającego. Konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Nie będzie zatem zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy

udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego. Na podstawie przedstawionego powyżej stanu prawnego w odniesieniu do ustalonego stanu faktycznego RKO stwierdziła, iż w zakresie zamówień dodatkowych dotyczących:

- wykonaniu przyłączy wodociągowych do studni wodociągowych szt. 5, znajdujących się przy pawilonach handlowych,
- montażu grzejników w pomieszczeniach w pawilonach handlowych,
- wykonaniu przyłącza kablowego do zasilania pawilonów,
- wykonaniu odkosów na wiatkach handlowych,
- montażu witryn aluminiowych i montażu rolet,
- karczowania pni,

nie została spełniona przesłanka konieczności ich wykonania wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Odpowiedzialność Obwinionego wynika z art. 19 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy. Działanie sprawcy było zawinione na skutek nie zachowania reguł ostrożności.

Pismem z dnia 23 listopada 2015 r. od powyższego orzeczenia zostało wniesione odwołanie, którym zaskarżono całość orzeczenia, wnosząc o jego uchylenie i uniewinnienie Obwinionego od stawianych mu zarzutów.

W uzasadnieniu podkreślono, iż nie doszło do popełnienia czynu. Działania (...)nie miały również charakteru zawinionych w świetle art. 19 ust. 2 ustawy. Tryb z wolnej ręki można było zastosować na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych bowiem spełnione zostały obligatoryjne przesłanki do zastosowania tego przepisu, tj.:

- 1) wykonanie zamówienia dodatkowego powierzono dotychczasowemu wykonawcy;
- 2) przedmiotem zamówienia podstawowego były roboty budowlane;
- 3) zamówienie dodatkowe nie było objęte zamówieniem podstawowym;
- 4) wartość zamówienia dodatkowego nie przekroczyła 50% wartości realizowanego zamówienia;

- 5) wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- 6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Powyższe okoliczności były wielokrotnie podnoszone przez Obwinionego w wyjaśnieniach i zostały całkowicie pominięte. W odwołaniu podkreślono, iż inwestycja korzystała z dofinansowania ze środków zewnętrznych i pierwotne warunki projektowe nie mogły odbiegać od warunków stawianych przez instytucje finansujące. Wraz ze zmianą tych warunków pojawiły się możliwości zmiany założeń projektowych. Dotyczy to między innymi robót dodatkowych określonych w pkt 6, a konieczność wykonania odskoków, o których mowa w pkt 7 również wynikała z obiektywnych uwarunkowań związanych z funkcjonalnością obiektu, niemożliwych do przewidzenia na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy dołożeniu należytej staranności. Tym samym zaistniała okoliczność, której nie dało się wcześniej przewidzieć, a działania sprawcy nie mają charakteru zawinionych. Z uwagi na powyższe wskazano, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 i art. 65 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym wniesiono o uniewinnienie od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Na dzień 19 lutego 2016 r. została wyznaczona przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych – zwaną dalej Główną Komisją Orzekającą, rozprawa, na którą stawili się: Obwiniony (...) prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy, obrońca (...), również prawidłowo powiadomiona o terminie rozprawy. Na rozprawę stawiał się zastępca Głównego Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych Paweł Laudański. Po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym strona obwiniona podtrzymała odwołanie i wniosła o uniewinnienie, a strona oskarżycielska wniosła o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy.

**Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W zaistniałych okolicznościach sprawy nie było podstaw do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonanie zamówienia dodatkowego nie było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień

publicznych, tworzący podstawę do stosowania trybu z wolnej ręki nie może być interpretowany rozszerzająco przy założeniu, że mamy do czynienia z trybem wyjątkowym i niekonkurencyjnym. Spośród sześciu wymienionych w odwołaniu przesłanek łącznych do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest:

- 1) wykonanie zamówienia dodatkowego powierzono dotychczasowemu wykonawcy;
- 2) przedmiotem zamówienia podstawowego były roboty budowlane;
- 3) zamówienie dodatkowe nie było objęte zamówieniem podstawowym;
- 4) wartość zamówienia dodatkowego nie przekroczyła 50% wartości realizowanego zamówienia;
- 5) wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- 6) wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia,;

nie zostały spełnione dwie ostatnie przesłanki, to jest: wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego oraz wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Zamówienia dodatkowe w zaistniałych okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie były niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, kształtowały jedynie warunki do lepszego wykonania zamówienia podstawowego. Problem jednak w tym, że nie jest to przesłanka do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Podobnie ma się sprawa w zakresie konieczności zaistniałej w wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, bowiem taki stan konieczności w badanej sprawie nie zaistniał. Wszystkie wymienione prace dodatkowe objęte czynem przypisanym, to jest:

- wykonaniu przyłączy wodociągowych do studni wodociągowych szt. 5, znajdujących się przy pawilonach handlowych,
- montażu grzejników w pomieszczeniach w pawilonach handlowych,
- wykonaniu przyłącza kablowego do zasilania pawilonów,
- wykonaniu odkosów na wiatkach handlowych,

- montażu witryn aluminiowych i montażu rolet,
- karczowania pni,

nie były niezbędne dla wykonania zamówienia podstawowego, nie były konieczne oraz nie były wynikiem zaistnienia okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć. W tym zakresie Główna Komisja Orzekająca nie dała wiary wyjaśnieniom składanych przez Obwinionego zarówno na etapie I instancji, jak i II instancji, co do spełnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wyjaśnienia te stały w sprzeczności ze stanowiskiem zamawiającego przedstawianym w trakcie kontroli przedmiotowego zamówienia dodatkowego, jak również warunkami zamówienia podstawowego. Główna Komisja Orzekająca daje wiarę Obwinionemu, że istniały przesłanki racjonalne i gospodarcze do rozszerzenia zamówienia podstawowego, ale powyższe okoliczności nie stanowią podstawy do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Słuszne jest zatem stanowisko Komisji Orzekającej I instancji i to tak w zakresie ustalonego stanu faktycznego, jak i w zakresie oceny prawnej działania sprawcy. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do uznania znikomej szkodliwości przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ponieważ poprzez bezpodstawne zastosowanie trybu z wolnej ręki całkowicie wykluczył on uczciwą konkurencję i istotnie naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Komisja Orzekająca I instancji w dostatecznym stopniu pochyliła się również nad argumentacją Obwinionego, ale po prostu jej nie uwzględniła, z uwagi na jej niewiarygodność. Główna Komisja Orzekająca odpowiadając na argumenty odwołania stwierdza zatem, że doszło do popełnienia czynu i czyn ten miał charakter zawiniony w świetle art. 19 ust. 2 ustawy, a alternatywnym legalnym sposobem postępowania Obwinionego mogło być albo odstąpienie od udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, albo zastosowanie innego trybu udzielenia zamówienia, chociażby przetargu nieograniczonego.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji.