



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 15 lutego 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska
Protokolant:		Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 15 lutego 2018 r., odwołań złożonych przez Obwinionych:

1. (A) – (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 13 czerwca 2017 r. o sygn. akt: RIO/KO/4111/20-1/2017, którym Komisja, uznała (A) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...), (cytat z sentencji) „winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu:

1. art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na niedochodzeniu od dnia 7 grudnia 2014 r. należności Gminy (...) w wysokości 10.092,11 zł od (...), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...), stanowiącej karę umowną za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia publicznego, wynikającą z zapisów § 16 ust. 1 pkt 2 umowy nr (...) z dnia (...) i § 15 ust. 1 pkt 2 umowy nr (...) z dnia (...), co stanowi naruszenie art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1870 z późn. zm.);
2. art. 17 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 z późn. zm.), polegającego na opisanu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w dniu (...) przedmiotu zamówienia publicznego pod nazwą „(...)” w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie ze stanem faktycznym, gdyż przedmiot ten obejmował m. in. docieplenie budynku Zakładu (...) na powierzchni około 1120 m², podczas gdy większość (około 80-90%) robót dociepleniowych ścian wykonano już w 2014 roku przed udzieleniem zamówienia, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.);
3. art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na udzieleniu w dniu 10 listopada 2014 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...)) o wartości 518.552,36 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego – zamówienia z wolnej ręki – pomimo braku ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu, co stanowi naruszenie art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.);
4. art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na niezamieszczeniu w dniu 11 grudnia 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu po zawarciu w dniu (...) umowy nr (...) na roboty budowlane

na rzecz Gminy (...) o wartości 518.552,36 zł brutto, co stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.);

5. art. 17 ust. 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na niezłożeniu w dniu 10 listopada 2014 r. oświadczenia na druku ZP-11 o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...) z dnia (...)) o wartości 518.552,36 zł brutto, będąc osobą wykonującą czynności we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.); za czas popełnienia czynu uznać należy dzień 10 listopada 2014 roku;
6. art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na udzieleniu w dniu 17 października 2015 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...)) o wartości 240.564,58 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego – zamówienia z wolnej ręki – pomimo braku ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu, co stanowi naruszenie art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.);
7. art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na niezamieszczeniu w dniu 17 listopada 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu po zawarciu w dniu 17 października 2015 roku umowy nr (...) na roboty dodatkowe o wartości 240.564,58 zł brutto, co stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.);

8. art. 17 ust. 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na niezłożeniu w dniu 13 października 2015 r. oświadczenia na druku ZP-11 o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dodatkowych robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...) z dnia (...)) o wartości 240.564,58 zł brutto, będąc osobą wykonującą czynności we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.); za czas popełnienia czynu uznać należy dzień 13 października 2015 roku;
9. art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na zmianie w dniu 10 listopada 2014 roku umowy nr (...) z dnia (...) w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, w wyniku której termin wykonania zamówienia został wydłużony o 19 dni z powodu konieczności wykonania projektu na dach nad pomieszczeniami do rehabilitacji oraz wykonania nowego zadania budynku położonego w (...), pomimo, że nie były to okoliczności niemożliwe do przewidzenia w momencie podpisywania umowy, co stanowi naruszenie art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.)”;
2. **(B)** – (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 13 czerwca 2017 r. o sygn. akt: RIO/KO/4111/20-2/2017, którym Komisja, uznała (B) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję referenta ds. zamówień publicznych i inwestycji w (...), (cytat z sentencji) „winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.), polegającego na:
 - Niezłożeniu w dniu 10 listopada 2014 r. oświadczenia na druku ZP-11 o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dodatkowych robót budowlanych na rzecz

Gminy (...) (umowa Nr (...) z dnia (...) o wartości 518.552,36 zł brutto), będąc osobą wykonującą czynności we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.)”

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Panu (A) karę pieniężną w wysokości 7.680 zł a (B) karę upomnienia oraz obciążyła Obwinionych obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości po 316,18 zł.

orzeka

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) – zwanej dalej uondfp, w związku z art. 19 ust. 2 uondfp uchyla orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy RIO w Bydgoszczy z dnia 13 czerwca 2017 r. sygn. akt RIO/KO/4111/20-2/2017 dotyczące (B) w zaskarżonej części i w tym zakresie uniewinnia od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 2 uondfp koszty postępowania przejmując na Skarb Państwa,**
- 2. orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy RIO w Bydgoszczy z dnia 13 czerwca 2017 r. sygn. Akt RIO/KO/4111/20-1/2017 dotyczące (A)**
 - 1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp w związku z art. 78 ust. 3 i 78 ust. 1 pkt. 1 uondfp uchyla w części obejmującej pkt I 1;**
 - 2) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp w związku z art. 78 ust. 3 i 78 ust. 1 pkt. 2 uondfp uchyla w części obejmującej pkt I 9;**
 - 3) podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp w związku z art. 19 ust. 2 uondfp uchyla w części obejmującej pkt I 5 i 8;**
 - 4) podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp utrzymuje w mocy w zakresie pozostałych przypisanych zarzutów,**

- 5) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uodfp uchyla orzeczenie w zakresie wymierzonej kary i wymierza Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 2.500 zł
- 6) obciąża kosztami postępowania Obwinionego (A).

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

Niniejsze orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej dotyczy połączonych do wspólnego rozpoznania spraw, w których orzeczenia zapadły na tle następującego stanu faktycznego.

Obwiniony Pan (A) pełnił funkcję Burmistrza (...) zaś Obwiniony Pan (B) funkcję referenta ds. zamówień publicznych i inwestycji w (...).

W jednostce tej realizowano zamówienie publiczne związane z wykonaniem uchwały Rady Miejskiej w (...) o utworzeniu Zakładu Aktywności Zawodowej. W dniu 23 września 2014 r. Gmina (...) zawarła z Województwem (...) umowę o dofinansowanie ze środków PFRON kosztów utworzenia i działania Zakładu. Koszt utworzenia Zakładu miał wynieść 5 465,3 tys. zł, z tego środki PFRON stanowiły kwotę 3 256,5 tys. zł, a udział Gminy wynosił 2 208.8 tys. zł. W umowie z PFRON określono termin realizacji projektu warunkujący otrzymanie dofinansowania - zakończenia robót budowlanych miało nastąpić do dnia 15 listopada 2014 r. a rozliczenie kosztów do 30 listopada 2014 r. Terminy te przesunięte zostały aneksami odpowiednio: do 30 listopada 2015 r. i 5 grudnia 2015 r. Co istotne z punktu widzenia argumentacji podnoszonej przez Obwinionego (A) - do przeprowadzenia postępowania na wykonanie projektu budowlano-kosztorysowego dotyczącego inwestycji i podpisania z wykonawcą umowy na jego wykonanie Burmistrz wyznaczył w formie udzielenia pełnomocnictwa Dyrektora Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego (...). W dniu 20

sierpnia 2014 r. wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej zostało zlecone i dokumentacja została wykonana, choć, co również nie bez znaczenia dla sprawy, odbioru dokumentacji dokonano dopiero w dniu 6 grudnia 2014 r.

Pierwsze postępowanie przetargowe na wykonanie I etapu prac zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 25 września 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zostało ono unieważnione w dniu 10 października 2014 r. ponieważ nie została złożona żadna oferta. Burmistrz zarządzeniem Nr 88 z dnia 14 października 2014 r. powołał czteroosobową komisję przetargową do przygotowania i przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Członkowie komisji i Burmistrz złożyli oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 2018)zwanej dalej Pzp. Burmistrz zatwierdził Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 14 października 2014 r., wraz z oświadczeniem, że zawiera ona m.in. Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz dokumentację projektową. W dniu 3 listopada 2014 r. zawarto umowę (...) na wykonanie zamówienia z Firmą (...). W toku prac sporządzono protokół konieczności wykonania prac dodatkowych nieobjętych pierwotnym zamówieniem /protokół konieczności nr (...)/ i umową nr (...) udzielono w trybie z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy zamówienia dodatkowego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe umową (...) osoby wykonujące czynności w postępowaniu, nie złożyły oświadczeń na drukach ZP-11 o braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. W postępowaniu tym nie zamieszczono również ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie po zawarciu umowy na roboty dodatkowe.

Odbioru robót końcowych dokonano w dniu 4 grudnia 2014 r., ale wykonawca zgłosił zakończenie robót następnego dnia, tj. 5 grudnia 2014 r. Ponadto z dziennika budowy Nr (...) tego obiektu wynikało, że w dniu 5 grudnia 2014 r. kontynuowane były na nim roboty budowlane, tj. roboty płytkarskie, malarskie oraz montaż stolarki drzwiowej. W ramach wykonywanych prac wykonawca zrealizował prace dociepleniowe w zakresie ok. 80-90% docieplenia powierzchni ścian płytami styropianowymi i wykonania całości elewacji z tynku cienko-warstwowo. Były to prace nieobjęte ani umową pierwotną ani umowa na roboty dodatkowe, mimo to za wykonane roboty wykonawca nie wystawił faktury i nie otrzymał wynagrodzenia ani nie zgłosił w żadnym trybie roszczenia o pokrycie kosztów tych prac.

W kolejnym roku realizowane były dalsze prace. Burmistrz zarządzeniem Nr (...) 2015 r. powołał czteroosobową komisję przetargową do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie etap II. Członkowie komisji oraz Burmistrz złożyli w dniu 16 września 2015 r. oświadczenia o niewystępowaniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Burmistrz w dniu 1 września 2015 r. zatwierdził Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z oświadczeniem, że zawiera ona m.in. Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz dokumentację projektową. Co istotne dla sprawy w SIWZ zapisano, że zakres inwestycji obejmuje roboty nie wykonane w pierwszym etapie.

W dniu (...) 2015 r. zawarto z firmą z Firmą (...) umowę Nr (...). W dniu (...) 2015 r. umową nr (...) udzielono dotychczasowemu wykonawcy zamówienia dodatkowego na roboty budowlane. Przy udzieleniu zamówienia umową Nr (...) osoby uczestniczące w przeprowadzeniu postępowania, w tym Obwiniony nie złożyli oświadczeń o braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. W postępowaniu tym nie zamieszczono również ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie po zawarciu umowy na roboty dodatkowe.

W tych okolicznościach Komisja I instancji zidentyfikowała szereg nieprawidłowości związanych z prowadzonymi postępowaniami i orzeczeniem RIO/KO/4111/20-1/2017 postanowiła uznać Pana (A) pełniącego funkcję Burmistrza (A) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu:

- art. 5 ust. 1 pkt 2 uoondfp, polegającego na niedochodzeniu od dnia 7 grudnia 2014 r. należności Gminy (A) w wysokości 10.092,11 zł od (...), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...), stanowiącej karę umowną za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia publicznego, wynikającą z zapisów § 16 ust. 1 pkt 2 umowy nr (...) i § 15 ust. 1 pkt 2 umowy (...) z dnia (...) 2014 r., co stanowi naruszenie art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1870 z późn. zm.);
- art. 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp, polegającego na opisanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 1 września 2015 roku przedmiotu zamówienia publicznego pod nazwą „(...)” w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą

konkurencję, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie ze stanem faktycznym, gdyż przedmiot ten obejmował m. in. docieplenie budynku Zakładu Aktywności Zawodowej w (...) na powierzchni około 1120 m², podczas gdy większość (około 80-90%) robót dociepleniowych ścian wykonano już w 2014 roku przed udzieleniem zamówienia, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp;

- art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 10 listopada 2014 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...)) o wartości 518.552,36 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego - zamówienia z wolnej ręki - pomimo braku ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu, co stanowi naruszenie art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 Pzp;
- art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, polegającego na niezamieszczeniu w dniu 11 grudnia 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu po zawarciu w dniu (...) 2014 roku umowy nr (...) na roboty budowlane na rzecz Gminy (...) o wartości 518.552,36 zł brutto, co stanowi naruszenie art. 95 ust. Pzp;
- art. 17 ust. 4 uondfp, polegającego na niezłożeniu w dniu 10 listopada 2014 r. oświadczenia na druku ZP-11 o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...) z dnia (...)) o wartości 518.552,36 zł brutto, będąc osobą wykonującą czynności we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Pzp; za czas popełnienia czynu uznać należy dzień 14 listopada 2014 roku;
- art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, polegającego na udzieleniu w dniu (...) 2015 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...)) o wartości 240.564,58 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego - zamówienia z wolnej ręki - pomimo braku ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu, co stanowi naruszenie art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 Pzp;

- art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, polegającego na niezamieszczeniu w dniu 17 listopada 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu po zawarciu w dniu (...) 2015 roku umowy nr (...) na roboty dodatkowe o wartości 240.564,58 zł brutto, co stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 Pzp;
- art. 17 ust. 4 uondfp, polegającego na niezłożeniu w dniu 13 października 2015 r. oświadczenia na druku ZP-11 o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dodatkowych robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...) z dnia (...) 2015 r.) o wartości 240.564,58 zł brutto, będąc osobą wykonującą czynności we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 2 Pzp; za czas popełnienia czynu uznać należy dzień 1-8 października 2015 roku;
- art. 17 ust. 6 uondfp, polegającego na zmianie w dniu 10 listopada 2014 roku umowy nr (...) z dnia (...) 2014 r. w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, w wyniku której termin wykonania zamówienia został wydłużony o 19 dni z powodu konieczności wykonania projektu na dach nad pomieszczeniami do rehabilitacji oraz wykonania nowego zadania budynku położonego w (...), pomimo, że nie były to okoliczności niemożliwe do przewidzenia w momencie podpisywania umowy, co stanowi naruszenie art. 144 Pzp,

i wymierzyła karę pieniężną w wysokości jednokrotności miesięcznego wynagrodzenia tj. w wysokości 7.680,00 zł oraz obciążyła Pana (A) obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania.

W tych samych okolicznościach Komisja I instancji orzeczeniem RIO/KO/4111/20-2/2017 postanowiła uznać Pana (B) pełniącego funkcję referenta ds. zamówień publicznych i inwestycji (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych art. 17 ust. 4 uondfp, polegającego na niezłożeniu w dniu 10 listopada 2014 r. oświadczenia na druku ZP-11 o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...) z dnia (...) 2014 r.) o wartości 518.552,36 zł brutto, będąc osobą wykonującą czynności

we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 2 Pzp.

Od orzeczeń tych odwołania złożyli obaj Obwinieni. Obwiniony (B) powołał się na brak winy w naruszeniu spowodowany mylnym przekonaniem, iż złożenia oświadczenia w postępowaniu na udzielenia zamówienia „podstawowego” jest wystarczające również w przypadku udzielania zamówień dodatkowych. Powołał się również na fakt, iż – w swoim mniemaniu - nie był obowiązany do składania oświadczenia, gdyż nie prowadził negocjacji z wykonawcami i nie był upoważniony do „czynności decyzyjnych” zaś jego udział w postępowaniu ograniczał się do czynności „technicznych”. Powołał się również na fakt, iż brak oświadczenia nie powodował negatywnych skutków, gdyż nie był powiązany z wykonawcą i co za tym idzie nie doszło do naruszenia bezstronności w postępowaniu. Obwiniony (A) wskazał na brak winy w swoim postępowaniu, konieczność pilnego zrealizowania zamówienia ze względu na grożąca utratę dofinansowania projektu a także fakt, iż dokumentacja projektowa nie była przygotowana przez kierowaną przez niego jednostkę a co za tym idzie nie może ponosić odpowiedzialności za jej prawidłowość zarówno w zakresie w jakim doprowadziła do konieczności zmiany umowy jak i udzielenia zamówienia dodatkowego.

GKO stwierdziła, co następuje.

Odwołanie Pana (B) jest zasadne choć nie wszystkie w nim zawarte argumenty są słuszne, odwołanie Pana (A) jest zasadne w części choć z zastrzeżeniem, i w znacznej mierze z innych względów niż wskazane w jego uzasadnieniu.

W pierwszym rzędzie GKO wskazuje, iż podziela rozważania Komisji I instancji dotyczące sposobu interpretacji w tej sprawie art. 24 uoandfp. Argumentację zawartą w tym zakresie w zaskarżanym orzeczeniu GKO podziela w całości, uznaje za swoją; w związku z tym nie ma konieczności powtarzania rozważań dotyczących względności ustaw dla Obwinionych.

Co do Obwinionego (B) to poza sporem jest fakt, iż był zatrudniony w Urzędzie Miejskim w (...) na stanowisku referenta ds. zamówień publicznych i inwestycji. Zarządzeniem Nr (...) z

dnia (...) 2014 r. powołano komisję przetargową do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w skład której wchodził Obwiniony. Członkowie komisji złożyli oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Postępowanie to zakończyło się udzieleniem w dniu (...) 2014 r. zamówienia. (...) 2014 r. udzielono w trybie z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy zamówienia dodatkowego przy czym Obwiniony w tym postępowaniu wykonywał czynności nie związane bezpośrednio ze składaniem oświadczenia woli w imieniu zamawiającego a jedynie związane z przygotowaniem dokumentacji zamówieniowej i spotkań z wykonawcą.

Oceniając taki przebieg zdarzeń należy wskazać w pierwszym rzędzie, iż fakt wykonywania czynności nie związanych ze składaniem oświadczeń woli czy negocjacji z wykonawcą nie upoważnia do zaniechania złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 Pzp. Jak słusznie wskazano w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 31 maja 2012 r. BDF1/4900/25/23/12/466 celem przeświecającym ustawodawcy jest zagwarantowanie bezstronności prowadzonego postępowania i konieczność zapewnienia kierownikowi wiedzy odnośnie podstawę decyzji co do kręgu osób, które pozostają w postępowaniu czynne.

Skoro zatem zasadą jest aby wszystkie czynności związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania były dokonywane przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm /wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2016 r. KIO 1229/16/ to brak jest uzasadnienia jurydycznego do wprowadzania rozróżnień na czynności o charakterze „technicznym” lub poważniejszym niż tylko techniczny. Pewnym tropem interpretacyjnym może tu być również - uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2009 r. KIO/KD 31/09 wskazująca, iż w przepisach art. 7 ust. 2, art. 17 ust. 2 Pzp, ustawodawca wyraźnie mówi o osobach wykonujących czynności w postępowaniu, nie ograniczając się wyłącznie do członków komisji przetargowej. Skoro zatem sam ustawodawca przyjmuje, iż każda czynność w postępowaniu nawet na tyle pomocnicza, iż nie związana z koniecznością zasiadania w komisji przetargowej powoduje już konieczność złożenia oświadczenia to argumentacja Obwinionego w tym względzie nie zasługuje na uwzględnienie.

Złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 Pzp, ma charakter obligatoryjny i bezwzględny. Fakt, że nie zaszyły przesłanki uzasadniające wyłączenie osób, które wykonywały czynności w postępowaniu, nie uzasadnia odstąpienia od złożenia oświadczenia. Nie ma zatem znaczenia czy doszło do naruszenia bezstronności czy też nie – obowiązek ma charakter formalny i poza wszelką wątpliwością nie został w tej sprawie spełniony.

Natomiast na uwzględnienie zasługują w tej sprawie argumenty dotyczące wątpliwości co do winy w zarzuconym czynnie. Należy bowiem zauważyć, iż nie mieliśmy do czynienia z pojedynczym przetargiem; formalnie rozpoczętym wszczęciem odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego. Między zidentyfikowaniem potrzeby udzielenia zamówienia /9 listopada/ a jego udzieleniem /10 listopada/ upłynął zaledwie dzień. Jednocześnie tydzień wcześniej zostało zakończone postępowanie „podstawowe” w którym Obwiniony złożył wymagane oświadczenie i jego prawdziwość nie była kwestionowana. W ciągu tygodnia jaki upłynął od zakończenia postępowania, w którym Obwiniony złożył stosowne dokumenty nie doszło do jakichkolwiek zmian w okolicznościach objętych oświadczeniem. W tej sytuacji Obwiniony miał prawo przypuszczać, iż złożone przezeń oświadczenie „rozciąga” się również na udzielone temu samemu wykonawcy zamówienie dodatkowe. Trzeba tu również wspomnieć, iż ze względu na minimalny okres jaki upłynął od postępowania „podstawowego” Obwiniony miał prawo przypuszczać, iż cel ustawowy złożenia oświadczenia czyli zapewnienie wykonywania czynności w sposób bezstronny jest już zrealizowany. W przypadku Obwinionego (B) nie bez znaczenia jest również fakt, iż jako osoba, która nie wykonywała kluczowych czynności w zamówieniu na roboty dodatkowe miał uzasadnione prawo oczekiwać, iż w przypadku, gdyby oświadczenie uznano za konieczne to wystąpiono by do niego o złożenie takiego dokumentu. W tej sytuacji do naruszenia polegającego na zaniechaniu złożenia wymaganego przez art. 17 Pzp, oświadczenia niewątpliwie doszło jednakże za zaniechanie to nie można przypisywać winy. Z tego względu, nie znajdując wypełnienia normy art. 19 ust 2 uooudfp, GKO uniewinniła Obwinionego (B) od czynu przypisanego mu w orzeczeniu Komisji I instancji.

Te same motywy przyświecały GKO w odniesieniu do czynu przypisanego Panu (A) w pkt I 5 i I 8 orzeczenia RIO/KO/4111/20-1/2017. Obwiniony złożył właściwe oświadczenia w postępowaniach „podstawowych” zakończonych udzieleniem zamówień odpowiednio w dniu 3 listopada 2014 r. oraz w dniu 23 września 2015 r. Nieduży odstęp czasowy między tymi postępowaniami, fakt udzielania zamówienia dotychczasowemu wykonawcy oraz brak zmian w stanie relacji z wykonawcą usprawiedliwia mylne przekonanie Obwinionego, iż swoje obowiązki wykonał prawidłowo. Z tego względu – na podstawie art. 19 ust 2 uooudfp GKO uznała, iż od zarzutu określonego w pkt I 5 i 8 orzeczenia RIO/KO/4111/20-1/2017 należy

Obwinionego uniewinnić, gdyż wprawdzie dopuścił się on zarzucanych czynów lecz nie można mu za nie przypisać winy.

W zakresie czynu zarzucanego Obwinionemu (A) w pkt I 1 orzeczenia RIO/KO/4111/20-1/2017, a polegającego na niedochodzeniu należności Gminy (...) z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia publicznego, GKO w składzie orzekającym w tej sprawie dostrzega zasadniczy problem natury systemowej wynikający z ustawowego sposobu określenia czynu zabronionego penalizowanego w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy a polegającego na „niedochodzeniu należności”. W ocenie Komisji I instancji Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych poprzez zaniechanie dochodzenia należności Gminy (...) w łącznej kwocie 10.092,11 zł od firmy (...), stanowiącej karę umowną za niedotrzymanie terminów realizacji dwóch zamówień publicznych, tj. wynikających z umów Nr (...) z dnia (...) 2014 r. (w kwocie 7.499,35 zł) oraz Nr (...) z dnia (...) 2014 r. (w kwocie 2.592,76 zł). Obwiniony był zobowiązany na mocy § 16 ust. 1 pkt 2 pierwszej z umów oraz § 15 ust. 1 pkt 2 drugiej z umów dochodzić kar umownych za 1 dzień zwłoki w ich wykonaniu. Zgodnie z zapisami dziennika budowy Nr 304/2014, zgłoszeniem zakończenia robót z dnia 5 grudnia 2014 r. oraz wyjaśnieniami wykonawcy, roboty budowlane zakończono w dniu 5 grudnia 2015 r. Tym samym Zamawiający powinien w dniu 6 grudnia 2014 r. (tj. w dniu następującym po dniu w którym można było dokonać nakazanego a zaniechanego przez sprawcę działania) naliczyć i dochodzić od Wykonawcy kary umowne za okres od zakreślonej umową daty ich wykonania do daty faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia

Przede wszystkim należy zauważyć, iż przepisy prawa odnoszące się do jednostek sektora finansów publicznych, w tym do jednostek samorządu terytorialnego nie przewidują innego niż ogólny terminu dochodzenia roszczeń. Innymi słowy dopóty dopóki roszczenie nie jest przedawnione to może być skutecznie dochodzone w drodze przymusowej /po tym terminie – uwzględnivszy konstrukcję zobowiązania naturalnego również choć ze znacznie większym ryzykiem, ale jest to okoliczność bez znaczenia dla sprawy/. Jednocześnie czyn penalizowany w art. 5 ust 1 pkt 2 uoondfp ma charakter czynu z zaniechania. Dla ustalenia przesłanek tego czynu konieczne jest zatem ustalenie ustawowej powinności działania, ze szczególnym uwzględnieniem ustawowego terminu w jakim dany obowiązek winien być wykonany. Zdaniem GKO w składzie orzekającym w niniejszej sprawie przepisy powszechnie

obowiązującego prawa nie określają daty w jakim musi już dojść do dochodzenia danej należności. W tym kontekście nie zasługuje na aprobatę stanowisko rzecznika wyrażone na rozprawie przed GKO, iż należy dochodzić należności pierwszego dnia po dacie wymagalności danego zobowiązania, gdyż od tego momentu naliczane są odsetki. Pogląd ten stanowił również uzasadnienie przypisania czynu w zaskarżonym orzeczeniu. Po pierwsze działanie takie zakładające stosowanie przymusu publicznego od razu po wymagalności byłoby nie tylko nieefektywne ekonomicznie, ale i nieracjonalne. Przymusowe wykonywanie zobowiązań wiąże się z kosztami i winno mieć miejsce dopiero w momencie, gdy próby dochodzenia należności w drodze pozasądowej nie przynoszą rezultatu, zaś należności w przypadku zaniechania jej dochodzenia grozi przedawnienie. GKO zwraca również uwagę, iż art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych nakazuje dokonywanie wydatków z środków publicznych w sposób efektywny, tj. z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszego efektu z ponoszonych wydatków i optymalnego doboru metod osiągnięcia rezultatu. Po wtóre fakt naliczania odsetek sam w sobie dowodzi, iż istnieje system swoistego „wynagrodzenia” za korzystanie z cudzego kapitału, taki bowiem charakter mają odsetki ustawowe. Nie ma zatem racjonalnych przesłanek do stawiania tezy, iż obowiązkiem kierownika jednostki jest wszczynanie dochodzenia należności w sytuacji, gdy nie ma zagrożenia jej przedawnieniem.

Wedle koncepcji przyjętej przez Zastępcę Głównego Rzecznika czyn taki jest popełniony pierwszego dnia, gdy działanie było możliwe. GKO zauważa, iż obecne brzmienie art. 21 uoondfp, jest wynikiem właśnie wątpliwości związanych z brakiem w przepisach i odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych tzw. „czynu ciągłego” i problemami natury praktycznej związanej z przypisywanie odpowiedzialności za czyny nie polegające na jednorazowym działaniu lecz na utrzymywaniu stanu niezgodnego z prawem. Kierując się z jednej strony chęcią doprecyzowania przepisów a z drugiej poszanowaniem wyżej wspomnianej zasady ustawodawca przyjął w przepisie art. 21 zdanie drugie konstrukcję odwołującą się do powinności działania – „za czas, w którym sprawca zaniechał działania, uważa się dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić”. Zapis ten, na pozór jednoznaczny, odwołuje się do dwóch elementów zewnętrznych wymagających uchwycenia – terminu oraz powinności działania. Zapis ten wymaga zatem regulacji, która wskazuje dzień bądź metodę oznaczenia dnia w jakim musi działanie nastąpić. Nie ulega najmniejszym wątpliwościom przypisanie odpowiedzialności za

zaniechanie, w sytuacjach gdy obowiązujące przepisy określają datę w jakim obowiązek musi być zrealizowany /np. daty sprawozdań składanych przez jednostkę, odprowadzania składek ubezpieczenia społecznego, przekazywania środków zgromadzonych w jednostce na rachunek dochodów budżetu etc./. Wykładnia gramatyczna art. 21 zdanie drugie ustawy oznacza zatem czas popełnienia czynu w sytuacjach, gdy mamy do czynienia z jednoznaczną datą dzienną wykonania obowiązku wynikającą z regulacji. Wątpliwości budzi zdaniem GKO czy przesłanka dotycząca „powinności” działania może być wyinterpretowywana przy użyciu innych rodzajów wykładni, w szczególności przy użyciu wykładni celowościowej. Sam fakt, iż dane działanie może już być podjęte nie oznacza jeszcze, iż występuje „powinność”. Rozbieżność ta uwidacznia się doskonale w tej sprawie czy szerzej w tych przypadkach, gdy mamy do czynienia z zarzutem polegającym na niedochodzeniu należności, a więc zarówno z czynami art. 5 ust 1 pkt 2 jak i art. 13 pkt 4 uondfp.

Co do zasady konstrukcja zaniechania polega na mniej lub bardziej świadomym powstrzymaniu się od działania. Nie wystarcza to jednak do przypisania odpowiedzialności w wyżej wskazanych sprawach. Może i nawet praktyka obrotu prawnego wskazuje, iż niejednokrotnie zdarza się, iż owo powstrzymanie się od działania jest zachowaniem racjonalnym ekonomicznie i słusznym z punktu widzenia interesów budżetu. Dochodzenie należności w pierwszym dniu kiedy jest to możliwe byłoby oczekiwaniem działań nie tylko nieracjonalnych ale również szkodliwych ekonomicznie – przymusowe egzekwowanie świadczeń wiąże się wszak z kosztami. Podsumowując tę część należy stwierdzić, że z samego faktu, iż dane działanie jest już dopuszczalne nie wynika jeszcze, iż powinno już zostać podjęte.

Co za tym idzie nie można skutecznie czynić zarzutu z braku działania, w sytuacji w której działanie to nie jest jeszcze objęte powinnością. Już ten aspekt powoduje, iż zarzut jest niezasadny – przyjęcie, że Obwiniony (A) powinien /w rozumieniu art. 21 uondfp/ dochodzić przymusowo należności w pierwszym dniu kiedy działanie takie było możliwe do podjęcia jest konstrukcyjnie wadliwe.

Zarzut ten powoduje wątpliwości natury praktycznej, jak zakwalifikować proceduralnie sytuacje, gdy dane działanie zostało podjęte w toku postępowania przed organami odpowiedzialnymi za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Każdy Obwiniony może się bowiem bronić argumentacją, iż wprawdzie działania polegającego na dochodzeni należności nie podjął lecz może je jeszcze skutecznie podjąć, gdyż terminy umożliwiające

dane działanie jeszcze nie upłynęły. W warstwie konstrukcji takiego zarzutu nie można zatem abstrahować od konieczności ustalenia przepisu określającego czas w jaki dane działanie musi być podjęte.

GKO w składzie orzekającym w niniejszej sprawie nie podziela pojawiających się niekiedy wypowiedzi orzeczniczych, iż obowiązek podjęcia czynności może być wyinterpretowany z ogólnej zasady wyrażonej w art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych. Przepis ten nie będzie miał tu wprost zastosowania, gdyż nie wskazuje terminu wykonania obowiązków a jedynie podaje sposób jego określenia w konkretnej sprawie – „jednostki są obowiązane /.../ do terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania”. Pomijając rozważania natury dogmatycznej czy czynności egzekucyjne są czynnościami „wobec zobowiązanego” i czy przepis ten przypadkiem nie odnosi się wyłącznie do metod wykonywania świadczeń wzajemnych przez jednostki, należy stwierdzić, iż nie określa on uniwersalnego terminu podjęcia czynności dochodzenia należności. Z pewnością z przepisu tego nie wynika konieczność działania natychmiast kiedy będzie to działanie możliwe do wykonania. Powołując się na te regulacje konieczne jest zatem ustalenie czy działanie w danym dniu było już konieczne dla uzyskania efektu w postaci wykonania zobowiązania przez stronę przeciwną, tylko bowiem wtedy zarzut zaniechania mimo „powinności” działania daje się obronić w kontekście obiektywnej zarzucalności czynu.

Jednocześnie ustawodawca zdecydował się na osobne spenalizowanie czynu polegającego na „dopuszczeniu do przedawnienia należności /art. 5 ust 1 pkt 3 ustawy/ czyny te więc powinny różnić się zakresem przedmiotowym. Przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy trzeba stwierdzić, iż skoro dochodzenie należności jest możliwe póki nie będzie ona przedawniona to czyn polegający na zaniechaniu jest popełniany w momencie kiedy zachowanie zgodne z powinnością nie jest już możliwe, a więc w dniu w którym należności się przedawniają. Taki trop interpretacyjny prowadziłby jednak do przyjęcia, że czyny określone w art. 5 ust 1 pkt 2 i pkt 3 nie różnią się zakresowo a jedynie stanowią superfluum legislacyjne, to zaś nie daje się pogodzić z wyżej wspomnianą teorią racjonalnego ustawodawcy. GKO w składzie orzekającym w tej sprawie widzi tylko jeden sposób pogodzenia tych sprzeczności, tak by przyjąć, iż żadna z norm nie jest zbiorem pustym a jednocześnie są one rozdzielne zakresami. Przyjąć należy, iż pojęcie czynu polegającego na „niedochodzeniu należności” w powiązaniu z powinnością danego działania oznacza, iż w art. 5 ust 1 pkt 2 uondfp spenalizowano te wszystkie zaniechania /a jednocześnie tylko te/, które doprowadziły do niemożności wyegzekwowania świadczenia ale z innego względu niż upływ terminu przedawnienia. W

takim rozumieniu „dopuszczenie do przedawnienia należności” jest *lex specialis* w stosunku do jej niedochodzenia obejmującym wyłącznie jeden przypadek. Skoro przedawnienie to termin, który ogranicza pod względem czasowym dochodzenie roszczenia majątkowego, a skutkiem jego bezskutecznego upływu nie jest wygaśnięcie roszczenia, lecz niemożność jego dochodzenia to każdy przypadek dopuszczenia do przedawnienia ma w sobie element wcześniejszego zaniechania. Przy takim rozumieniu norm w sytuacji, gdy należność uległa przedawnieniu należy postawić zarzuty dopuszczenia do jej przedawnienia, zaś w sytuacjach, gdy wyegzekwowanie należności nie jest już możliwe z innych przyczyn /np. upadłość zobowiązanego czy jego likwidacja/ zarzut niedochodzenia należności. Tylko w takim przypadku formułowane zarzuty da się pogodzić z regułami obiektywnej zarzucalności czynu.

Przenosząc te rozważania teoretyczne na realia ocenianej sprawy nie bez znaczenia dla sprawy jest również fakt, iż należność jaka jest objęta zarzutem, tj. należność z tytułu kary umownej, została wraz z odsetkami spłacona dobrowolnie przez dłużnika przed dniem orzekania przez Komisję I instancji w tej sprawie. W dacie orzekania nie było zatem już żadnej należności, co do której Obwiniony zaniechałby jej dochodzenia, zaś przypadki kiedy można skutecznie postawić zarzut niedochodzenia należności wskazane powyżej nie zaistniały.

Z tego względu – na podstawie art. 78 ust 1 pkt 1 uoondfp GKO uznała, iż od zarzutu określonego w pkt I 1 orzeczenia RIO/KO/4111/20-1/2017 należy Obwinionego uniewinnić, gdyż nie doszło do zarzucanego czynu.

Kwestia zarzutu polegającego na niezgodnym z przepisami dokonaniu zmiany w umowie o zamówienie publiczne dotyczy dwóch aspektów. Po pierwsze konstruowanej przez stronę rzeczownika konstrukcji, iż zmiana terminu wykonania zamówienia miała charakter istotny, po wtóre czy konieczność zmiany umowy wynikała z okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć. W zakresie okoliczności, których zawiadamiający mógł, bądź nie mógł przewidzieć należy wskazać, iż przesunięcie terminu wykonania zamówienia było związane z udzieleniem zamówienia na roboty dodatkowe i koniecznością uwzględnienia tych prac jako poprzedzających wykonanie umowy głównej. Okoliczności te będą jeszcze przedmiotem omówienia w dalszej części uzasadnienia, w tym miejscu należy wskazać, iż w protokole konieczności nr 1 z dnia 9 listopada 2014 r. wskazano konieczności wykonania:

- rozbiórki i wykonania nowego dachu nad pomieszczeniami rehabilitacyjnymi z uwagi na niedające się uzupełnić ubytki,
- instalacji co. z uwagi na występującą korozję i zakamienienie rur i grzejników,
- instalacji elektrycznej z uwagi na przegrzaną i utleniającą się istniejącą instalację aluminiową,
- ocieplenia ścian zewnętrznych budynku styropianem ze względu na niespełnienie wymogów termomodernizacyjnych,
- zabezpieczenia p.poż poprzez wykonanie projektu zabezpieczenia p.poż instalacji pożarowej, montaż okna i wjazdu oddymiającego,
- windy zewnętrznej koniecznej do transportu osób niepełnosprawnych,
- wyjścia ewakuacyjnego,
- wymiany okien na otwierane w salach rehabilitacyjnych z uwagi na fakt, że istniejące służyły jako naświetla.

Okoliczności te składają się zatem z elementów, które z pewnością mogły być przewidziane wcześniej np. przewidzenie wyjścia ewakuacyjnego czy zabezpieczeń ppoż, jak i elementów, jak i takie które dla swojego zaistnienia wymagały uprzedniego dokonania czynności rozbiórkowych np. zakamienienie rur instalacji co.

Natomiast w zakresie w jakim Obwiniony (A) powoływał się na fakt, iż zmiany nie mają charakteru istotnego to przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany, a co za tym idzie nie może być dowolności w ocenie istotności zmian umowy o zamówienie publiczne. Konsekwencją takiego postawienia problemu jest fakt, iż dowodem na istotność zmian umowy nie może być wyłącznie stanowisko rzecznika. Stanowisko zakładające, że skoro do essentialia negotii umowy należy termin jej wykonania to zmiany terminu są zawsze zmianami istotnymi zostało skrytykowane w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 7 czerwca 2017 r. III SA/Wr 1523/16. W uzasadnieniu tego wyroku wskazano, iż wyznacznikiem istotności zmiany pozostaje z jednej strony jej ewentualny wpływ na krąg wykonawców, którzy ubiegaliby się o dane zamówienie, a z drugiej strony wpływ na wynik postępowania i określone przez wykonawcę wynagrodzenie nie zaś to czy zmiany dotyczą elementów materialno-prawnie uznawanych za

elementy konieczne umowy. W tej sprawie wpływ zmian na potencjalny krąg oferentów jest wątpliwy – w postępowaniu została zgłoszona jedna oferta. W wyniku aneksu stwierdzono, iż w ogóle wykonanie zamówienia uzależnione jest od szeregu dodatkowych prac. W tej sytuacji przyjmowanie, iż do postępowania zgłosziliby się inni oferenci na warunkach mniej korzystnych niż te które zaistniały w postępowaniu a które doprowadziły do pojawienia się wyłącznie jednego oferenta jest rozumowaniem co najmniej karkołomnym. Zmiana nie miała również wpływu na wynagrodzenie – pozostało ono niezmienione. Jediną konsekwencją było swoiste wprowadzenie do porozumienia zobowiązaniowego „zawieszenia” prac na czas konieczny dla zrealizowania zamówienia dodatkowego. W tej sytuacji GKO musi uznać, iż zmiana ta nie miała charakteru istotnego i jako taka zgodna była z art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania. Konsekwencją takiego ustalenia jest stwierdzenie, iż wprawdzie doszło do zachowania opisanego we wniosku o ukaranie, jednakże zachowanie to nie wypełnia znamion czynu zabronionego. Z tego względu – na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 uodfp GKO uznała, iż od zarzutu określonego w pkt I 9 orzeczenia RIO/KO/4111/20-1/2017 należy Obwinionego uniewinnić gdyż w jego zachowaniu nie ma znamion czynu penalizowanego ustawą.

Pozostałe czyny, w zakresie których GKO utrzymała orzeczenie Komisji I Instancji w mocy dotyczą udzielanie zamówień na roboty dodatkowe w trybie z wolnej ręki bez przesłanek zastosowania tego trybu, zaniechanie zamieszczenia ogłoszeń o tych zamówieniach oraz opisu w SIWZ jednego z zamówień przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Faktem jest, iż w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia podpisanej przez Obwinionego w dniu 1 września 2015 r. na udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „(...)” znalazła się informacja, iż do obowiązków wykonawcy będzie należało m.in. docieplenie budynku Zakładu (...) na powierzchni około 1120 m². Faktem jest też, iż jeszcze przed udzieleniem tego zamówienia, przy wykonywaniu prac przez Firmę (...) na podstawie umowy Nr (...), wykonano większość (około 80-90%) robót dociepleniowych ścian. Jednocześnie w ramach specyfikacji wskazano, iż pracom podlegać będą roboty dotychczas nie wykonane w poprzednim etapie. Nie ulega zatem wątpliwości, iż przedmiot został opisany w sposób odbiegający od rzeczywistego stanu faktycznego. Pozostaje kwestia tego czy słuszna jest ocena Komisji I instancji, iż w wskutek tego doszło do choćby potencjalnego

naruszenia konkurencyjności. Po pierwsze należy zwrócić uwagę, iż uprawnieniem zamawiającego jest opisanie przedmiotu w sposób odpowiadający jego potrzebom. Nie oznacza to jednak, iż może tego dokonywać w sposób dowolny. Zatem może sposobem opisu ograniczać krąg podmiotów mogących złożyć ofertę lecz nie oznacza to jeszcze automatycznego naruszenia konkurencji. Jeżeli ograniczenie jest podyktowane potrzebami mającymi charakter obiektywny nie dochodzi do naruszenia zasad konkurencyjności nawet jeżeli wymogi eliminują możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów. Możliwa jest sytuacja, w której doszło do określenia cech produktu w sposób, który odpowiada większej ilości produktów, ale pozbawiony uzasadnienia merytorycznego. Sytuacja taka będzie stanowić naruszenie zasad uczciwej konkurencji, mimo iż da się udokumentować, iż wymogi spełnia kilku oferentów. Liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych /przykładowo wyrok z dnia 16 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 695/09/ wskazuje, iż nie jest wymagane, by krąg podmiotów spełniających kryteria został ograniczony do 1 oferenta. Wystarczy, iż bezpodstawne wymogi powodują możliwość wykluczenia z postępowania jakichś podmiotów, przy czym nie muszą to być wszyscy oprócz wykonawcy, z którym podpisano umowę.

Oczywiście ze względu na hipotetyczny przebieg sytuacji gdyby SIWZ był zgodny ze stanem faktycznym nie jest możliwe szczegółowe wskazanie kręgu potencjalnych oferentów którzy zrezygnowali ze złożenia oferty zakładając, iż będą musieli wykonać prace, które w rzeczywistości nie były objęte zamówieniem. Nie oznacza to jednak ani faktu, że szkody nie ma ani braku ustaleń w tym zakresie ani – tym bardziej – iż fakt ten uniemożliwia przyjęcie, że mogło dojść do utrudnienia uczciwej konkurencji. Tym bardziej, iż ujęcie prac, których nie trzeba było już wykonywać ma również wpływ na cenę ofertową. W tej sytuacji oferent, który został ostatecznie wybrany a który wiedział o innym zakresie zamówienia niż wynikający z SIWZ był na pozycji uprzywilejowanej.

Zdaniem GKO sposób postępowania w tej sprawie mógł prowadzić do ograniczenia konkurencyjności w jeszcze inny sposób. Otóż umieszczenie w SIWZ prac które już zostały wykonane przez jednego z oferentów mogły powodować, iż zamawiający będzie się czuł w obowiązku wybrać właśnie jego ofertę. W przeciwnym wypadku narażałby się bowiem na konieczność dwukrotnego zapłacenia za te same prace – raz w ramach wykonywania umowy z roku 2014, drugi raz w ramach nowego zamówienia nowemu wykonawcy.

Z tych względów GKO uznała zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp polegającego na opisanu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 1 września 2015 roku przedmiotu zamówienia publicznego pod nazwą „(...)” w sposób nieuwzględniający rzeczywistego stanu faktycznego i przez to mogący naruszać uczciwą konkurencję za przypisany w sposób prawidłowy i utrzymała orzeczenie RIO/KO/4111/20-1/2017 w zakresie pkt I 2.

W odniesieniu do zarzutów ujętych w pkt I 3 i 6 orzeczenia RIO/KO/4111/20-1/2017 a dotyczących udzielania zamówienia z wolnej ręki bez ustawowych przesłanek należy stwierdzić, iż nie może budzić wątpliwości prawidłowość rozważań nieprawidłowości w udzieleniu zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...)) w dniu (...) 2015 r. O ile może być sporne czy nie można było przewidzieć robót dodatkowych w zamówieniu dodatkowym udzielonym rok wcześniej o tyle koncepcja, iż po wykonywaniu trzech umów /umowy podstawowej z roku 2014, zamówienia dodatkowego do niej oraz umowy „podstawowej” z roku 2015/ pozostają jeszcze jakieś prace, które są zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy nieprzewidywalnym zaskoczeniem jest absurdalna. Doświadczenie życiowe wskazuje raczej, iż Obwiniony uznał, iż współpraca z wykonawcą układa się bezproblemowo i „udało się” uniknąć problemów przy zamówieniu dodatkowym w roku poprzednim więc powtórzy ten sam sposób formalnego rozszerzenia prac w kolejnym zamówieniu dodatkowym.

Wspólny dla obu zamówień dodatkowych argument o wykonaniu dokumentacji projektowej przez inny podmiot nie może być uwzględniony ze względu na fakt, iż wyłączna odpowiedzialność za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia ciąży na Zamawiającym, który może wprawdzie zlecić na zewnątrz opracowanie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, aczkolwiek w dalszym ciągu odpowiada za weryfikację otrzymanych dokumentów pod względem ich zgodności z prawem. Odpowiedzialność projektanta za ewentualne wady dokumentacji w tym zakresie, jak również kwestia jej dochodzenia przez zamawiającego pozostają bez znaczenia dla oceny nieprawidłowości ze strony Zamawiającego. „Odziedziczywszy” dokumentację projektową zamawiający jest obowiązany zadbać o to by była ona zaktualizowana i oddawała również jego oczekiwania wobec wykonawcy. Zatem prawidłowym sposobem działania w sytuacji,

gdy zamawiający nie sporządza i nie zleca dokumentacji jest dokonanie wizji lokalnej budynków i ocena czy dokumentacja projektowa odpowiada obecnemu stanowi budynków oraz czy oddaje całość prac jakie zamawiający oczekuje. Innymi słowy zamawiający nie może się zasłaniać nieaktualnością projektu w stosunku do jego oczekiwań. Powyższe ma charakter rozważań teoretycznych, gdyż dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie odpowiada bezpośrednio za sporządzenie dokumentacji projektowej. Zdaniem GKO z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w tej sprawie. Po pierwsze fakt, iż dokumentacja była sporządzona na podstawie umowy podpisanej przez Dyrektora Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego (...) wynika nie z kompetencji tej jednostki lecz z działania Obwinionego – Burmistrz, który udzielił w tym zakresie pełnomocnictwa. Pełnomocnik działa bezpośrednio w ciężar praw i obowiązków udzielającego pełnomocnictwa a nie w swój. Przyjęcie, iż dla uchylenia się od odpowiedzialności za wykonany projekt wystarczy powierzenie komuś czynności w drodze pełnomocnictwa powodowałby, iż żaden zamawiający nigdy by za projekt nie odpowiadał, gdyż w takim wypadku wyłączenie jego odpowiedzialności zależy wyłącznie od jednostronnego oświadczenia. Jednocześnie argumentacja dotycząca konieczności zaktualizowania projektów nabiera mocy w sytuacji, gdy od sporządzenia projektów do wykonywania prac na ich podstawie mija jakiś czas. W tej sprawie zamówienie na wykonanie dokumentacji zostało zawarte w dniu 20 sierpnia 2014 r. zaś odbiór dokumentacji nastąpił w dniu 6 grudnia 2014 r. ma to dwojaki znaczenie – po pierwsze nie można mówić, iż dokumentacja nie odpowiadała rzeczywistości; a przynajmniej nie można skutecznie uchylać się od odpowiedzialności za taki fakt. Zamawiający jest odpowiedzialny za to, by w największym stopniu oddawała rzeczywisty stan faktyczny nieruchomości objętych projektami. Ponadto odbioru prac wykonawczych I etapu dokonano w dniu 4 grudnia 2014 r., zaś całość dokumentacji odebrano w dniu 6 grudnia tego roku. Nie wdając się w rozważania, co do racjonalności takiego działania – to zamawiający przyjmuje na siebie ryzyko dopuszczenia wykonawcy do realizowania prac bez przekazania mu kompletnej dokumentacji projektowej.

GKO nie podziela również argumentacji Obwinionego (A) sugerującej, iż „konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia” wynikała z grożącej utraty dofinansowania z PFRON. Jak wskazują aneksy umowy o dofinansowanie projektu można było skutecznie negocjować przedłużenie terminów wykonania zadania i do takiego przedłużenia doszło. Bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż z sytuacją konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia mamy do czynienia jedynie w przypadkach

skrajnych - wystąpienia siły wyższej (katastrofy, awarii, wypadku komunikacyjnego itp.), jednak nie występuje przy normalnie planowanym zamówieniu o udzielenie zamówienia publicznego /uchwała z dnia 10 sierpnia 2016 r. KIO/KD 50/16/.

W efekcie w realiach niniejszej sprawy nie można mówić o tym, iż z powodów niezależnych od zamawiającego istniała konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego, gdyż wynikała z okoliczności, za które zamawiający ponosił odpowiedzialność prawną.

Problematyka ewentualnego dofinansowywania projektów w kontekście przesłanek udzielania zamówienia z wolnej ręki również była przedmiotem rozważań organów powołanych do oceny prawidłowości zamówień publicznych – w uchwale z dnia 27 lipca 2015 r. KIO/KD 39/15. wskazano wprost, iż „Możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też, chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 Pzp. zasady uczciwej konkurencji, poprzez odejście od podstawowych trybów udzielania zamówienia.” Argumentację zawartą w tych orzeczeniach GKO w pełni podziela.

W tej sytuacji GKO uznaje, iż argumentacja zawarta w orzeczeniu I instancji dotycząca przypisania Obwinionemu (A) odpowiedzialności za naruszenia polegające na udzieleniu zamówień z wolnej ręki jest w pełni zasadna. W konsekwencji odpowiedzialność za naruszenia art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 10 listopada 2014 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...)) o wartości 518.552,36 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego - zamówienia z wolnej ręki - pomimo braku ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu, co stanowi naruszenie art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 Pzp oraz naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp, polegającego na udzieleniu w dniu (...) 2015 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy (...) (umowa nr (...)) o wartości 240.564,58 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego - zamówienia z wolnej ręki - pomimo braku ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu, co stanowi naruszenie art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 Pzp, została przypisana w sposób prawidłowy i GKO utrzymała orzeczenie RIO/KO/4111/20-1/2017 w zakresie pkt I 3 i 6.

W odniesieniu do zarzutów ujętych w pkt I 4 i 7 orzeczenia RIO/KO/4111/20-1/2017 dotyczących zaniechania ogłoszenia o zawartych umowach w trybie zamówienia z wolnej ręki GKO w pełni podziela rozważania Komisji I instancji w tym zakresie przyjmując je za swoje. Nie ma zatem konieczności powtarzania argumentacji prawnej zawartej w zaskarżonym orzeczeniu. Jednocześnie fakt tego naruszenia nie był kwestionowany przez Obwinionego, nie podniósł również żadnej argumentacji na etapie odwoławczym, która uchylałaby jego odpowiedzialność. Czyny i odpowiedzialność za nie zostały w tym zakresie przypisane w sposób prawidłowy i GKO utrzymała orzeczenie RIO/KO/4111/20-1/2017 w zakresie pkt I 4 i 7.

W sytuacji utrzymania 5 z 9 przypisanych czynów zaś uchylenia i uniewinnienia od czterech z nich pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia kary. GKO wskazuje, iż nie ma mowy o jakimkolwiek automatyzmie, i nawet w sytuacji zmniejszenia liczby czynów ich waga może powodować, iż kara nie powinna ulec zmniejszeniu. W tej sprawie jednakże zastosowano karę o charakterze pieniężnym, karę której wymiar liczbowy da się łatwo uchwycić. Zdaniem GKO kara w tym wypadku winna zostać stosownie zmniejszona. Zważywszy powagę stawianych zarzutów, fakt, iż naruszona zasada konkurencyjności jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych oraz mając na względzie znaczny stopień szkodliwości czynu polegającego na celowo błędnym opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ, GKO uznała, iż adekwatną sankcją będzie w dalszym ciągu kara pieniężna. Zasada taka odpowiada również intencjom ustawodawcy, który w art. 34a uoondfp przewidział jako podstawową przesłankę nałożenia kary pieniężnej sytuacją udzielania zamówień publicznych z rażącym naruszeniem zasad konkurencyjności. Kara została zmniejszona co do wysokości gdyż GKO uznała, iż mniejsza liczba czynów przypisanych ostatecznie Obwinionemu (A) oraz niewielka szkodliwość czynów polegających na zaniechaniu opublikowaniu ogłoszenia już po zawarciu umów uzasadnia jej obniżenie. W sprawie brak okoliczności uzasadniających złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzenia – znaczna liczba czynów przypisanych oraz znaczny rozmiar kwot wydatków których dotyczyły naruszenia wykluczają zastosowania dobrodziejstw okoliczności łagodzących, gdyż nie mogą być poczytywane za „przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie w rozumieniu art. 36 uoondfp.

Z tych względów GKO orzekła jak na wstępie.