



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 7 grudnia 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marek Gluch (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jacek Najfeld</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Ireneusz Piasecki</i>
Protokolant:		<i>Dorota Machnicka</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Jacka Krawczyka, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 7 grudnia 2015 r., odwołania Obrońcy Obwinionej (...) pełniącej w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Kanclerza (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt: BDF3/4901/33/14, którym Międzyresortowa Komisja Orzekająca uznała Obwinioną winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 1b pkt 2** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6, art. 67 ust. 2 oraz w zw. z art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), polegającego na udzieleniu w dniu 15 listopada 2013 r. zamówienia publicznego *Przebudowa Klubu Studenckiego (...) wraz z zapleczem magazynowym w budynku (...)* w trybie z wolnej ręki, bez spełnienia przesłanek zastosowania tego trybu,

oraz wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) uchyla w zaskarżonym zakresie orzeczenie Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez tę Komisję.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 17 czerwca 2015 r. Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Finansów uznała Panią (...), pełniącą w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Kanclerza (...), za odpowiedzialną na zasadach określonych w art. 19 ust. 1 i 2 zd. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168, oraz 2012 r. poz. 1529) – zwaną dalej „ustawą”, winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6, art. 67 ust. 2 oraz w zw. z art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), polegającego na udzieleniu w dniu 15 listopada 2013 r. zamówienia publicznego Przebudowa Klubu Studenckiego (...) wraz z zapleczem magazynowym w budynku (...) w trybie z wolnej ręki, bez spełnienia przesłanek zastosowania tego trybu.

Na podstawie art. 31 ust.1 pkt 1 ustawy wymierzyła Pani (...) karę upomnienia. Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy obciążyła Panią (...) obowiązkiem uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych i siedemdziesiąt jeden groszy).

Komisja w uzasadnieniu uznała, że przedstawiony przez Zastępcę Rzecznika materiał dowodowy odzwierciedla w pełni stan faktyczny przedmiotowej sprawy i ustalenia stanu faktycznego przez Zastępcę Rzecznika i przyjęła je za własne.

Stwierdziła, że podstawą sporządzenia i przekazania wniosku o ukaranie było zawiadomienie z dnia 8 kwietnia 2014 r. o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych złożone przez p.o. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Panią Izabelę Jakubowską, o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w zakresie przeprowadzonego postępowania kontrolnego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki przez (...) na zadanie pn. Przebudowa Klubu Studenckiego (...) w siedzibie (...) – zamówienie uzupełniające do zamówienia na Budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału (...).

Uzasadniając wniesienie wniosku o ukaranie Zastępca Rzecznika wskazał, że z zawiadomienia oraz zebranych w sprawie dokumentów wynika, co następuje.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził na (...) w 2014 r. kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki przez (...) na zadanie pn. Przebudowa Klubu Studenckiego (...) w siedzibie (...) – zamówienie uzupełniające do zamówienia na: Budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału (...).

Z ustaleń kontroli przeprowadzonej w 2014 r. wynika, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Wskazał, że zakres zamówienia podstawowego został ograniczony wyłącznie do obiektu budowlanego opisanego w zamówieniu podstawowym a zatem udzielenie zamówienia uzupełniającego w (...) tj. w innej lokalizacji - innej miejscowości, niż miejsce realizacji zamówienia podstawowego nie może być uznane za dopuszczalne. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia. Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń w całości. Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z 1 kwietnia 2014 r. (*KIO/KD 25/14*) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego

Pani (...) pismem z dnia 30 czerwca 2014 r. stwierdziła, że wszelkie decyzje podjęte przy realizacji inwestycji były uprzednio wielokrotnie konsultowane z prawnikami, którzy nie zgłaszali żadnych zastrzeżeń. Przed przystąpieniem do procedury realizacji robót uzupełniających brak było orzeczeń sądów oraz organów administracji, jak również jednoznacznych poglądów przedstawicieli doktryny odnoszących się do art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem Obwinionej, (...) przy zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki kierował się kolejnymi nowelizacjami art. 67 ust. 1 pkt 6 zmierzającymi do liberalizacji jego stosowania. Obwiniona stwierdziła dodatkowo, że wszystkie podjęte w tej sprawie czynności i decyzje uwzględniały konieczność zabezpieczenia interesu finansowego Uczelni.

Rzecznik stwierdził, że, w świetle art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Jednakże, zgodnie z ust. 2 wskazanego przepisu, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom Zamawiającego. Powierzenie może wynikać również z regulaminu organizacyjnego jednostki, w którym zostały wyszczególnione obowiązki rodzące odpowiedzialność na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle art. 4 ust. 1 pkt

2 ustawy, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych oraz zgodnie z pkt 3 - pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

Rzecznik wskazał, że w odniesieniu do Kanclerza, odrębną ustawą, o jakiej mowa w art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy jest ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym (*in concreto* art. 81 ust. 1 stanowiący, że: „Kanclerz uczelni publicznej kieruje jej administracją i gospodarką”). Jednostronny akt Rektora (w postaci pełnomocnictwa), o którym mowa w tym przepisie precyzuje, iż Pani (...) udzielono pełnomocnictwa do reprezentowania (...) i zaciągania zobowiązań w jego imieniu. Spełniono zatem, w ocenie Rzecznika wszystkie elementy wymienione w art. 4 ust. 1 pkt 3 warunkujące odpowiedzialność Kanclerza (...). Zastępca Rzecznika stwierdził, że ustalony powyżej stan faktyczny nie jest sporny. Kwestionowany jest natomiast mający do niego zastosowanie stan prawny. Wskazał, że zastosowanie w niniejszej sprawie ma w szczególności art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 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.

Ogłoszenie o zamówieniu w sekcji II dotyczącej przedmiotu zamówienia w punkcie II.1.4) pt. Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia zawiera zapis: „Budowa budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału (...) (łącznie z wnętrzami, detalami i stolarką) z infrastrukturą techniczną na działkach nr 127//1, 127/2, 129/1, 132/1, 124/1 i 1260 powierzchnia netto: pow. netto - 1246,99 m² w tym pow. użytkowa - 682,21 m² pow. netto garażu wolnostojącego dwustanowiskowego - 50,58 m² pow. zabudowy z poziomu -3,54 budynku dydaktycznego - 309 m² pow. zabudowy garażu wolnostojącego - 71 m² kubatura: kubatura budynku dydaktycznego - ok. 5800 m³ kubatura garażu wolnostojącego dwustanowiskowego - 220 m³. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera: Projekt budowlany i wykonawczy - załącznik nr 8 do SIWZ Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót - załącznik nr 9 do SIWZ; Wzór umowy będący załącznikiem nr 10 do SIWZ.” Powyższe stanowi dosłowne przeniesienie treści opisu przedmiotu zamówienia znajdującego się w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak i protokołu postępowania. Natomiast sama umowa podstawowa określa przedmiot jako „wykonanie budowy budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału (...) (łącznie z wnętrzami, detalami i stolarką) z infrastrukturą techniczną. W zakres przewidywanych robót wchodzi m. in. następujące prace: konstrukcyjne, ogólnobudowlane, instalacyjne, drogowe.”

W świetle umowy o prace budowlane zawartej w dniu 15 listopada 2013 r. (powtórzenie treści przedmiotu zamówienia z ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy), Wykonawca zobowiązał się do wykonania prac budowlanych polegających na przebudowie Klubu (...) wraz z zapleczem magazynowym w budynku (...).

W ocenie Rzecznika, już samo pobieżne zestawienie przedmiotu umowy podstawowej jak i uzupełniającej wskazuje na istotne różnice w zakresie przedmiotu umowy. Pierwszą z nich jest inna lokalizacja wykonania przedmiotu zamówienia. Umowa podstawowa została wykonana w (...), podczas gdy zamówienie uzupełniające w (...). Zakres prac różni się w zakresie samego sformułowania „budowy budynku” oraz „przebudowie” Klubu (budynek). Różnica dotyczy również samego budynku spełniającego określone funkcje. Umowa podstawowa przewiduje budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego a zamówienie uzupełniające dotyczy przebudowy Klubu (...) wraz z zapleczem magazynowym. Ich przeznaczenie jest różne.

W zamówieniu podstawowym znajdują się następujące prace, które nie znajdują swojego odzwierciedlenia w zamówieniu uzupełniającym:

- roboty drogowe,
- roboty teletechniczne,
- instalacja AV i wyposażenia meblowego.

W zamówieniu uzupełniającym znajdują się następujące prace, które nie znajdują swojego odzwierciedlenia w zamówieniu podstawowym:

- roboty wyburzeniowe- ściany,
- demontaż sufitu,
- demontaż ślusarki,
- wywóz materiałów z rozbiórki i utylizacja.

Rzecznik podniósł, że mimo, iż w niniejszym stanie faktycznym zarówno zamówienie podstawowe jak i uzupełniające zostało udzielone przez (...), to pierwsze z nich wykonane jest na rzecz Wydziału (...), natomiast drugie na rzecz siedziby (...). Podkreślił, że w świetle art. 10. ust. 1. Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Natomiast według art. 10 ust. 2. Prawa zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Wobec faktu, że zamawiający nie wykazał dostatecznie przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, powinien przystąpić on do zastosowania procedury przetargu konkurencyjnego.

Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wskazany przepis został naruszony z powodu wyeliminowania możliwości złożenia oferty przez jakiegokolwiek innego wykonawcę.

Obrońca wniósł o umorzenie postępowania w odniesieniu do Obwinionej Pani (...), ponieważ nie jest ona objęta dyspozycją art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zarzucił, że Rzecznik we wniosku o ukaranie nie wskazał dokumentu świadczącego o powierzeniu Pani (...) obowiązków z zakresu zamówień publicznych. Obrońca powołał się na rejestr pełnomocnictw, które zostały udzielone Obwinionej. Zwrócił uwagę na pełnomocnictwo opisane pod nr 12, tj. pełnomocnictwo udzielone w dniu 4 marca 2015 r., które upoważnia Obwinioną do wykonywania czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego. Jest to pełnomocnictwo udzielone na podstawie Prawa zamówień publicznych. Obrońca zwrócił uwagę, że w aktach postępowania prowadzonego przed Urzędem Zamówień Publicznych znajduje się tylko jedno pełnomocnictwo udzielone Obwinionej, które dotyczy prawa działania w imieniu uczelni w zakresie zamówień publicznych – jest to pełnomocnictwo z dnia 11 września 2013 r. Oceniał, że pełnomocnictwo to wąsko wyznacza zakres uprawnień Obwinionej do podejmowania czynności określonych w art. 120 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W aktach sprawy nie ma innego pełnomocnictwa do wykonywania czynności z zakresu zamówień publicznych. Zdaniem Obrońcy podstawą do przypisania odpowiedzialności w tym zakresie nie jest też regulamin organizacyjny ani statut uczelni, ponieważ zgodnie z ustawą prawo o szkolnictwie wyższym uczelnia jest reprezentowana przez rektora, który w ramach udzielonych pełnomocnictw lub upoważnień może desygnować obowiązki z zakresu zamówień publicznych na inną osobę. Dopiero w momencie bezpośredniego desygnowania obowiązków na inną osobę można mówić o ziszczeniu się przesłanki art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy, który mówi o osobach, którym odrębną ustawą powierzono wykonywanie obowiązków, w tym przypadku można doprecyzować, że powierzono wykonywanie obowiązków z zakresu zamówień publicznych. Ustawa prawo o szkolnictwie wyższym nie zawiera takiego zapisu dotyczącego kompetencji kanclerza, ewentualne powierzenie takich obowiązków nastąpiło innym dokumentem. W ocenie Obrońcy dokument, który przytacza Oskarżyciel, jest dokumentem niezwiązanym z zamówieniami publicznymi – jest to pełnomocnictwo ogólne do działania przed organami administracji publicznej, przed organami samorządowymi, czyli jest to pełnomocnictwo związane z postępowaniami administracyjnymi. Zostało ono zebrane i powtórzone w aktach sprawy (pełnomocnictwo z dnia 18 lutego 2013 r.), które również mówi o prawie reprezentowania uczelni przed organami administracji państwowej, sądami i innymi instytucjami - jednak nie zawiera nigdzie powierzenia, o którym mówi ustawa Pzp. Z tego powodu, w ocenie Obrońcy, Obwinionej bez takiego pełnomocnictwa nie można postawić zarzutu naruszenia ustawy, gdyż w świetle zgromadzonej dokumentacji podmiotowo nie wchodzi ona w katalog osób odpowiedzialnych.

Z ostrożności procesowej, w przypadku niepodzielenia przez Komisję oceny formalnej, Obrońca wniósł o uniewinnienie Obwinionej ze względu na brak możliwości przypisania winy. Wskazał, że istotą odpowiedzialności jest wskazanie elementu, na czym polegało zawinienie danej osoby. W rozpatrywanej sprawie osoby, które podjęły działanie, wskazały podstawy prawne, które w ich ocenie dawały im możliwość podjęcia takiego działania – nie było to działanie poza normami prawnymi. Podniósł, że wina musi mieć charakter obiektywny; można ją przypisać w momencie popełnienia czynu. Obrońca stwierdził, że (...) nie jest jednostką, która prowadzi wiele inwestycji o charakterze budowlanym. Na uczelni działała wieloosobowa komisja przetargowa, która rekomendowała dany tryb. Nie można więc powiedzieć, że Obwinieni zaufali tylko jednej osobie. Dopiero postępowanie przez Prezesem UZP wskazało, że w ocenie Prezesa UZP nie można było tak interpretować jednej z przesłanek. Pozostałe przesłanki były spełnione. Wydaje się więc, że wzorzec zachowania został w tym przypadku prawidłowo skonstruowany. Zasięmano opinii

prawników i opinii komisji przetargowej. Zgodnie z tymi opiniami można było zastosować tryb z wolnej ręki. Cała procedura była przeprowadzana w sposób jawny i udokumentowany, co świadczy o tym, że osoba, która chciałaby cokolwiek ukryć, czy wskazać na swoją winę, bez wątpienia tych czynności zaniechałaby. Dokonanie tych czynności, zdaniem Obrońcy, świadczy o braku winy.

Rozpoznając sprawę, Komisja Orzekająca I instancji zważyła, co następuje.

Zdaniem Komisji nie jest uzasadnione twierdzenie, że stan prawny mający zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego jest materią skomplikowaną. Zamawiający powinien posługiwać się literalnym brzmieniem naruszonego przepisu, który automatycznie nie rodzi żadnych kwestii dyskusyjnych lub też niejednoznacznych. Obowiązująca regulacja prawna nie zawiera w tym zakresie żadnych luk i jest w pełni wyczerpująca. Konsultacje z prawnikami mają charakter wyłącznie doradczy. Nie rodzą one odpowiedzialności tych osób, którą ponoszą na gruncie ustawy i na jej podstawie, osoby wobec którym wszczęto niniejsze postępowanie. Orzeczenia sądów jak i poglądy przedstawicieli doktryny mają zastosowanie wyłącznie w przypadku wątpiwości co do literalnego brzmienia przedmiotowego przepisu. Udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego nie można utożsamiać z koniecznością zabezpieczenia interesu finansowego Uczelni ponieważ polegało to na dokonaniu wydatku, a nie na żadnych czynnościach zachowawczych.

Komisja w pełni zgodziła się z poglądem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w Informacji z 26 lutego 2014 r., w świetle którego zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić. Rozstrzygając kwestię wpływu art. 31 ust. 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE na porządek rodzimego prawodawcy, należy stwierdzić, że przepis ten również precyzyjnie nie reguluje kwestii lokalizacji wykonania zamówienia uzupełniającego. Tego typu akt nie może być również stosowany bezpośrednio.

Komisja stwierdziła, że od Obwinionej (...) – jako osoby umocowanej do działania w tym zakresie – należało wymagać najwyższej staranności i postępowania zgodnego z obowiązującymi w chwili podejmowania działań prawem. Na osobie upoważnionej, niezależnie od wykształcenia, ciąży obowiązek znajomości określonych przepisów, w szczególności ustawy o finansach publicznych, znajomości przepisów dotyczących prawa zamówień publicznych.

Komisja zwróciła również uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uzupełniającego w trybie z wolnej ręki zostało zainicjowane na (...). Wniosek o dokonanie zamówienia publicznego i ustalenie trybu z dnia 26 września 2013 r. podpisała Kanclerz Pani (...). W pkt 10 ww. wniosku wskazano, że proponuje się przeprowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki jako zamówienie uzupełniające do zamówienia podstawowego zawartego na podstawie umowy z dnia 2 sierpnia 2013 r.

Kierownikiem zamawiającego, zgodnie z protokołem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki była Kanclerz Pani (...). Zgodnie z tym protokołem, określenie przedmiotu i wartości zamówienia, miało miejsce w dniu 5 sierpnia 2011 r. Osobą, która zatwierdziła wybór trybu udzielenia zamówienia była Pani (...) – Kanclerz Uczelni. Protokół

postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zatwierdziła również Kanclerz Uczelni Pani (...). Zgodnie ze znajdującym się w aktach sprawy pełnomocnictwem, Pani Kanclerz (...) w dniu 21 września 2012 r. została upoważniona przez Rektora (...) Pana (...) do reprezentowania (...) i zaciągania zobowiązań w jego imieniu przed organami administracji państwowej, samorządowej oraz innymi organami i instytucjami we wszystkich sprawach, w których (...) jest stroną.

Reasumując, osobą zatwierdzającą wybór trybu udzielenia niniejszego zamówienia (podpisując wniosek o udzielenie zamówienia publicznego i protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki) był Kanclerz (...) Pani (...), upoważniona do podpisania umowy o udzielenie zamówienia uzupełniającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, w wyniku którego została zawarta w dniu 15 listopada 2013 r. umowa, było obarczone wadą już na etapie jego przygotowania. Powyższe ma wpływ na wymiar kary. Wymierzając Obwinionej karę upomnienia, Komisja wzięła pod uwagę, iż Obwiniona nie była dotychczas karana za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r. obrońca Obwinionej wniósł odwołanie.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie prawa materialnego w postaci art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 roku, poz. 907 z późn. zm. - dalej pzp) poprzez skazanie osoby, która nie mieści się w katalogu podmiotowym osób podlegających odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wobec braku ważnego powierzenia czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego w dacie popełnienia deliktu dyscyplinarnego

Alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego, zarzucił naruszenie prawa materialnego w postaci art. 19 ust. 2 ustawy poprzez przypisanie obwinionej winy, podczas gdy obwiniona dołożyła należytej staranności polegającej na konsultacji trybu wyboru wykonawcy ze specjalistami z zakresu prawa zamówień publicznych i została utwierdzona co do prawidłowości wyboru trybu z wolnej ręki.

Obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie obwinionej od zarzucanego jej czynu oraz uznanie, iż koszty postępowania w niniejszej sprawie ponosi Skarb Państwa.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 2 pzp obrońca nie zgodził się ze stwierdzeniem Komisji, że sprawująca funkcję Kanclerza (...) obwiniona mieściła się w dyspozycji art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy, oraz, że za dokument powierzenia obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *Przebudowa Klubu Studenckiego (...) wraz z zapleczem magazynowym w budynku (...)*. Komisja uznała ogólne pełnomocnictwo z dnia 21 września 2012 roku. Wskazał, że przypisanie odpowiedzialności na gruncie art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy powierzenie obowiązków powierzono w drodze odrębnej ustawy lub na jej podstawie. W niniejszej sprawie ustawową podstawę powierzenia obowiązków stanowi art. 18 ust. 2 pzp, zgodnie z którym *Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego*. Obrońca podniósł, że analiza cytowanego przepisu, jak również bogate orzecznictwo Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów

Publicznych (dalej GKO) wskazują jednoznacznie, że powierzenie, o jakim mowa w art. 18 ust. 2 p.z.p. musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego do danego pracownika z wymienieniem czynności z zakresu postępowania przetargowego, które zostały mu powierzone (*por.* np. orzeczenie GKO z dnia 13 czerwca 2013 roku, sygn. BDF1/4900/35/40/RN-10/13/RWPD-390 czy orzeczenie GKO z dnia 22 lutego 2010 roku, sygn. BDF1/4900/87/89/09/48). Obrońca nie zgodził się z poglądem, aby pełnomocnictwo z dnia 21 września 2012 roku stanowiło powierzenie obowiązków kierownika zamawiającego w rozumieniu art. 18 ust. 2 pzp. Podkreślił, że pełnomocnictwo to nie zawierało umocowania dla obwinionej do zaciągania jakichkolwiek zobowiązań w imieniu (...) i ograniczało się jedynie do reprezentowania (...) przed organami administracji publicznej, w szczególności w kontaktach z szeroko rozumianymi organami administracji skarbowej (urzędy skarbowe, urząd celny, ZUS). Wskazał ponadto, że przedmiotowe pełnomocnictwo jest pełnomocnictwem szczegółowym do tego stopnia, iż nie tylko wyraźnie wskazuje zakres umocowania, ale nawet wskazuje publikatory ustaw, których dotyczy. W pełnomocnictwie tym nie ma jakiegokolwiek, nawet najbardziej ogólnej, wzmianki o powierzeniu obowiązków zamawiającego w jakimkolwiek postępowaniu oraz brak jest również odniesień do ustawy pzp. Podniósł także, że w przypadku, gdy wołą kierownika jednostki było powierzenie czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego, kierownik jednostki udzielał obwinionej oddzielnych pełnomocnictw w których nie tylko wskazywał konkretną nazwę zadania, ale również zakres powierzonych czynności, czego znakomitym przykładem jest znajdujące się w aktach sprawy pełnomocnictwo nr R-PU-23/2013 z dnia 11 września 2013 roku dotyczące powierzenia obowiązków kierownika zamawiającego w zakresie czynności opisanych w art. 120 ust. 1 i 2 pzp w konkursie na koncepcję przebudowy i modernizację pomieszczeń studyjnych oraz reżyserni (...) - akustyka i technologia.

Uzasadniając zarzut dotyczący braku winy, Obrońca stwierdził, że stosownie do art. 19 ust. 2 ustawy odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia, zatem a *contrario* brak możliwości przypisania winy wyklucza odpowiedzialność sprawcy. W ocenie obrony nawet w przypadku przyjęcia, iż Obwiniona znajduje się w katalogu podmiotowym osób, do których zastosowanie ma ustawa nie można jej przypisać winy. Wskazał, że Obwiniona nie podejmowała samodzielnie decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia, ponieważ wszelkie wątpliwości w tym zakresie konsultowała z komisją przetargowa i prawnikiem. Obrońca zgodził się ze stwierdzeniem Komisji, że obowiązkiem osób uczestniczących w postępowaniu przetargowym jest znajomość pzp. Podkreślił jednak, że dziedzina zamówień publicznych jest wyjątkowo skomplikowana, charakteryzuje się niejednorodnym orzecznictwem w tej materii, często wzajemnie się wykluczającym, zatem nie można czynić zarzutu Obwinionej zastosowania się do rady radcy prawnego, który z racji swojego zawodu dysponuje gruntownym wykształceniem prawniczym i znajomością obowiązujących przepisów prawa. Konsultacja zasadności trybu udzielenia zamówienia świadczy o dołożeniu przez Obwinioną należytej staranności przy udzielaniu zamówienia i wskazuje, iż nie tylko nie chciała naruszyć przepisów pzp, ale również nie godziła się na takie naruszenie. Jak wskazała GKO w orzeczeniu z dnia 20 stycznia 2014 roku, sygn. BDF1/4900/99/103/13/RWPD-1214 *Dla przypisania winy kluczowa jest możliwość wskazania prawidłowego wzorca zachowania, a więc z udowodnionych okoliczności musi wynikać, iż w chwili popełnienia czynu istniała możliwość alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa i które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych.* Zdaniem Obrońcy, uznać należy, że to właśnie zachowanie Obwinionej polegające na konsultacji przy istniejących wątpliwościach interpretacyjnych właściwego trybu

postępowania ze specjalistami z dziedziny zamówień publicznych w osobie radcy prawnego było zachowaniem racjonalnie uzasadnionym, właściwym w tego typu sytuacjach i raczej postąpienie wbrew opinii podmiotu profesjonalnego mogłoby budzić wątpliwości co do motywów i zasadności działania Obwinionej.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, co następuje.

Orzeczenie RKO w zaskarżonej części nie może się ostać, ponieważ uzasadnienie do niego nie zawiera istotnych elementów świadczących o należytej analizie wszystkich aspektów sprawy. Waga braków uzasadnienia dostrzeżonych przez GKO uniemożliwiła wydanie rozstrzygnięcia odnośnie do istoty sprawy. Stałoby to w sprzeczności z zasadą dwuinstancyjności postępowania.

Uzasadnienie nie zawiera wskazania, na czym polega naruszenie przypisane Obwinionej. Komisja orzekająca I instancji ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że przyjmuje jako własne ustalenia Rzecznika dyscypliny w zakresie ustalonego stanu faktycznego oraz, że podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym podmiot, który powołuje się na przesłankę (przesłanki) zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki musi być w stanie udowodnić, że one zachodziły. GKO podkreśla, że w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obwiniony ma prawo a nie obowiązek przedstawiania dowodów oraz składania wyjaśnień. Ciężar zgromadzenia i przeprowadzenia dowodów spoczywa na organach postępowania – w szczególności na rzeczniku dyscypliny finansów publicznych. Obowiązkiem komisji orzekającej jest natomiast ocenić dowody zgromadzone przez rzecznika i, jeśli istnieje taka potrzeba, przeprowadzić inne dowody albo wskazać sposób uzupełnienia materiału dowodowego.

Oceniając przedmiotowe orzeczenie należy wskazać wprost na przepis art. 137 ust. 2 ustawy, który określa obligatoryjne elementy uzasadnienia orzeczenia komisji. Zgodnie z tym przepisem 2. Uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać:

- 1) wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, a także
- 2) wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione;
- 3) wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia;
- 4) przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia.

W ocenie GKO, Komisja Orzekająca I instancji tylko w niewielkim stopniu uczyniła zadość ww. wymaganiom.

GKO wskazuje ponadto, że w uzasadnieniu splotona została kluczowa, jak się wydaje, dla rozstrzygnięcia sprawy, ocena powierzenia obowiązków Obwinionej, z którego to powierzenia można wywodzić przypisanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jeżeli, zdaniem Komisji, źródłem takiego powierzenia było upoważnienie z dnia 21 września, to należało to należy odnieść się szczegółowo do jego treści i wykazać, dlaczego uznano, że obowiązki określone w upoważnieniu obejmują zachowania będące przedmiotem zarzutu.

Komisja orzekająca potraktowała zdawkowo także kwestię winy Obwinionej. GKO zgadza się ze stwierdzeniem Komisji, że od osoby zajmującej takie stanowisko jak Obwiniona, należy wymagać najwyższej staranności oraz, że konsultacje z prawnikami nie są okolicznością, która automatycznie zwalnia z odpowiedzialności. Zaznaczyć jednak należy, że możliwość przypisania winy w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymaga przeprowadzenia dwóch operacji logicznych. Pierwsza polega na zbudowaniu swoistego modelu wymagań, które stawiane są osobie, której powierzono określone obowiązki. Druga musi doprowadzić do wniosku, że od takiej osoby można i należy wymagać, aby zachowała się w określony sposób. Dopiero wtedy, gdy stwierdzone zostanie, że osoba taka nie zachowała się w sposób, w jaki można od niej wymagać (nie dopełniła wymaganej staranności), można przypisać jej winę. Przypisaniu winy towarzyszyć powinno także wskazanie sposobu właściwego zachowania się.

Biorąc powyższe pod uwagę GKO orzekła jak w sentencji.