



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

Warszawa, dnia 18 października 2018 r.

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

Przewodniczący: *Członek GKO:*

Emil Kawa

Członkowie: *Członek GKO:*

Klaudia Stelmaszczyk (spr.)

Członek GKO:

Leszek Paweł Biedka

Protokolant:

Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 18 października 2018 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 21 czerwca 2018 r. sygn. akt: RKO.WR.711.22.2018, którym Komisja uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Pełnomocnika Prezydenta ds. Inwestycji, Planowania

Przestrzennego i Gospodarki Nieruchomościami w Urzędzie Miasta (...), odpowiedzialnego za naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegające na (cytat z sentencji):

- „1) udzieleniu w dniu 20 czerwca 2016 r. zamówienia publicznego - poprzez zawarcie umowy nr (...) - którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...) - określonego jako zamówienie uzupełniające zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Trasy (...) w (...) celem poprawy jakości połączeń z siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)” (umowa nr (...) z dnia 28.02.2014 r.) — w trybie z wolnej ręki, pomimo że nie zachodziły wskazane w powołanym przez zamawiającego, jako uzasadnienie zastosowanego trybu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) przesłanki zastosowania tego trybu, tj. przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”, oraz przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”, czym naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) dokonaniu w dniu 23 lutego 2017 r. zmiany umowy z dnia 20 czerwca 2016 r. nr (...), na podstawie której udzielono zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno- usługowych w (...)”, określonego jako uzupełniające do zamówienia udzielonego umową z dnia 28 lutego 2014 r. nr (...), poprzez podpisanie aneksu nr 2 do ww. umowy z dnia 20 czerwca 2016 r., przewidującego wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) wraz z uzbrojeniem podziemnym w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...), tj. aneksu rozszerzającego zakres robót budowlanych przeznaczonych do wykonania, bez spełnienia wynikających z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) przesłanek umożliwiających dokonanie zmian umowy, tj. przesłanki

nakazującej, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” oraz przesłanki nakazującej, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”, czym naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm.);

- 3) niezawiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu w dniu 30 maja 2016 r. postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno- usługowych w (...)” w trybie z wolnej ręki, pomimo że jego wartość (1.603.506,92 zł), stanowiąca równowartość kwoty 384.082,71 euro, przekraczała kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (209.000 euro), tj. kwotę z której osiągnięciem wiązał się obowiązek takiego zawiadomienia, czym naruszono art. 67 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164), z którego wynika, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tej ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia,

czym naruszył art. 17 ust. 1b pkt 2 u.o.n.d.f.p, art. 17 ust. 6 u.o.n.d.f.p, art. 17 ust. 1 pkt 6 u.o.n.d.f.p.”

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.) zwanej dalej uondfp, 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

Postępowanie przeciwko Obwinionemu (...), pełniącemu w czasie zarzucanego czynu funkcję Pełnomocnika Prezydenta ds. Inwestycji, Planowania Przestrzennego i Gospodarki Nieruchomościami w Urzędzie Miasta (...), prowadzone przez Z-cę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu wszczęto w związku z zawiadomieniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o stwierdzeniu, w trakcie przeprowadzonej kontroli okoliczności wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Orzeczeniem Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu (dalej zwanej Komisją lub RKO) z dnia 21 czerwca 2018 r. sygn. akt: RKO.WR.711.22.2018, Komisja uznała (...), odpowiedzialnym za naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegające na:

„1) udzieleniu w dniu 20 czerwca 2016 r. zamówienia publicznego - poprzez zawarcie umowy nr (...) - którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...)” - określonego jako zamówienie uzupełniającego zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Trasy (...) w (...) celem poprawy jakości połączeń z siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)” (umowa nr (...) z dnia (...).02.2014 r.) - w trybie z wolnej ręki, pomimo że nie zachodziły wskazane w powołanym przez zamawiającego, jako uzasadnienie zastosowanego trybu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) przesłanki zastosowania tego trybu, tj. przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”, oraz przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”, czym naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

- 2) dokonaniu w dniu 23 lutego 2017 r. zmiany umowy z dnia 20 czerwca 2016 r. nr (...), na podstawie której udzielono zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...), określonego jako uzupełniające do zamówienia udzielonego umową z dnia (...) lutego 2014 r. nr (...), poprzez podpisanie aneksu nr 2 do ww. umowy z dnia 20 czerwca 2016 r., przewidującego wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) wraz z uzbrojeniem podziemnym w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...), tj. aneksu rozszerzającego zakres robót budowlanych przeznaczonych do wykonania, bez spełnienia wynikających z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) przesłanek umożliwiających dokonanie zmian umowy, tj. przesłanki nakazującej, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” oraz przesłanki nakazującej, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”, czym naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm.);
- 3) niezawiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu w dniu 30 maja 2016 r. postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno- usługowych w (...)” w trybie z wolnej ręki, pomimo że jego wartość (1.603.506,92 zł), stanowiąca równowartość kwoty 384.082,71 euro, przekraczała kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (209.000 euro), tj. kwotę z której osiągnięciem wiązał się obowiązek takiego zawiadomienia, czym naruszono art. 67 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164), z którego wynika, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tej ustawy, od których jest

uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia,”

czym naruszył art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, art. 17 ust. 6 uondfp, art. 17 ust. 1 pkt 6 uondfp.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja przedstawiła następujący stan faktyczny:

W dniu 20 czerwca 2016 r. Pan (...), poprzez zawarcie umowy nr (...) udzielił zamówienia publicznego, którego przedmiotem było *wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...)”*.

W treści umowy wskazano, że ww. zadanie jest zadaniem uzupełniającym zadania inwestycyjnego pn. *„Modernizacja Trasy (...) w (...) celem poprawy jakości połączeń z siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)”* (umowa nr (...) z dnia 28.02.2014 r.).

Na powyższe wskazano również w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wartość zamówienia ustalono na kwotę 1.603.506,92 zł netto. Przedmiotowego zamówienia udzielono w trybie z wolnej ręki, powołując się (w protokole postępowania) na art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164). Przepis ten stanowił, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, 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.

Komisja w uzasadnieniu wskazała, że w sprawie tej nie zachodziły dwie, spośród określonych przepisem, przesłanek pozytywne warunkujących zastosowania tego trybu, tj. przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem

zamówienia podstawowego”, oraz przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”. O powyższym, jak stwierdzono w orzeczeniu, świadczy zakres przedmiotu zamówienia podstawowego.

Wskazano, że umową nr (...) z dnia 28 lutego 2014 r., na podstawie której udzielono zamówienia podstawowego Zamawiający zlecił a wykonawca przyjął do wykonania roboty budowlano-montażowe w ramach zadania inwestycyjnego pn. „*Modernizacja Trasy (...) w (...) celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)*”. Jak wynika z treści ww. umowy zamówienie podstawowe nie obejmowało prowadzenia robót na ulicach innych niż ul. (...) i (...). Miejsce realizacji i zakres realizacji zamówienia podstawowego wyznaczał ten właśnie obszar. Zamówienie podstawowe nie obejmowało zatem robót na innych ulicach, tj. na ul. (...).

W ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym zamawiający zastrzegł możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - max. do wysokości 20% wartości zamówienia podstawowego. Zastrzeżenie to nie dawało jednak podstaw do udzielenia zamówienia na wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na budowie ul. (...). Nie były one bowiem objęte zakresem zamówienia podstawowego.

Powyższym, jak wskazała Komisja, naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – dalej: Pzp) wskazujące, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości a ponadto, że Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Działanie to wypełniało zatem znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfp.

W dniu 23 lutego 2017 r. Pan (...) podpisał aneks nr 2 do ww. umowy z dnia (...) czerwca 2016 r. nr (...).

W aneksie przewidziano wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) wraz z uzbrojeniem podziemnym w ramach zadania inwestycyjnego pn. „*Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...)*”. W ocenie Komisji Aneksem rozszerzono zakres

robót budowlanych przeznaczonych do wykonania. Wartość wynagrodzenia na dzień sporządzania aneksu określono na kwotę 2.609.341,20 zł (w umowie z dnia 20 czerwca 2016 r., tj. umowie zmienianej wynagrodzenie ustalone było na kwotę 1.555.748,11 zł).

Powyższego dokonano, pomimo że w sprawie nie zachodziły, wynikające z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, przesłanki umożliwiające dokonanie zmian umowy, tj. przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” oraz przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”.

Wskazano, że naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 Pzp. Działanie to wypełniało znamiona czynu zdefiniowanego w art. 17 ust. 6 uoondfp.

Jak ustalono, o wszczęciu w dniu 30 maja 2016 r. postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...)” w trybie z wolnej ręki nie zawiadomiono Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (k.62-63), pomimo że jego wartość (1.603.506,92 zł), stanowiąca równowartość kwoty 384.082,71 euro, przekraczała kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (209.000 euro), tj. kwotę z której osiągnięciem wiązał się obowiązek takiego zawiadomienia. Wskazany zaniechaniem naruszono art. 67 ust. 2 Pzp. Z przepisu tego wynika, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tej ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Działanie to wypełniło zatem znamiona czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 6 uoondfp.

Pan (...) w trakcie postępowania wyjaśniającego złożył wyjaśnienia odnoszące się do części naruszeń objętych postanowieniem o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, w których wskazał m.in.: w odniesieniu do zarzutu niespełniania przesłanki by „zamówienie podstawowe było zgodne z przedmiotem zamówienia” podkreślił, że stosownie do art. 67 ust.

1 pkt 6 ustawy zamówienie uzupełniające musi być „zgodne” z przedmiotem zamówienia, a nie „zawierać się” w tym przedmiocie. „Zgodny” to odpowiadający czemuś, niesprzeczny z czymś”, nie można i nie należy interpretować powyższego przepisu-zapisu Pzp, jako „objęty zakresem zamówienia podstawowego”. Zamówienie podstawowe i uzupełniające stanowią jeden wspólny projekt w ujęciu i implementacji art. 31 Dyrektywy 2004/18/WE pkt 4 lit. b i art. 7 ust. 3 Dyrektywy 93/37/EWG, zaplanowany przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania przetargowego zamówienia podstawowego. O powyższym świadczy treść Wieloletniego Planu Inwestycyjnego i Wieloletnich Prognoz Finansowych. O tym że był to jeden program świadczy również działanie w zakresie opracowań dokumentacyjnych. Przedmiot zamówienia podstawowego i uzupełniającego został opisany za pomocą dokumentacji projektowej sporządzonej przed dniem 6 grudnia 2013 r., tj. dniem wszczęcia postępowania przetargowego dotyczącego zamówienia podstawowego. Dokumentacja projektowa została załączona do treści SIWZ dla zamówienia podstawowego. Na zamówienie podstawowe składały się zgodnie z treścią pkt 8 SIWZ roboty budowlane opisane w 3 dokumentacjach projektowych. Wszystkie zamówienia uzupełniające zostały opisane w tej dokumentacji projektowej. Dokumentacja ta obejmowała też część zamówienia podstawowego. Dokumentacja ta została skoordynowana z pozostałymi elementami zamówienia podstawowego, co dodatkowo potwierdza zgodność zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym. Z tego wynika też wniosek, że zamówienia uzupełniające są częścią tego samego projektu co zamówienie podstawowe, a więc jest zgodne z zamówieniem podstawowym. Wartość wszystkich zamówień uzupełniających została uwzględniona w wartości zamówienia ustalonej przed przetargiem na wykonanie zamówienia podstawowego. Przed wszczęciem postępowania przetargowego zamawiający sporządził kosztorysy inwestorskie określając na ich podstawie wartość zamówień uzupełniających. Wartość ta w połączeniu z wartością zamówienia podstawowego składała się na wartość zamówienia i zdecydowała o wyborze odpowiedniej procedury udzielenia zamówienia. Decyzja nr (...) z dnia (...) grudnia 2013 r. ZRID, zawierająca projekt budowlany obejmuje realizację przebudowy odcinka ul. (...), ul. (...) oraz przebudowę i budowę ul. (...). Zamówienie uzupełniające realizowane jest w oparciu o tę decyzję. W ramach realizacji zamówienia podstawowego i uzupełniającego prowadzony był też jeden dziennik budowy zgodnie ze wspólnym pozwoleniem na budowę.

W odniesieniu do zarzutu niespełniania przesłanki by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”, podkreślono, że

zamawiający przewidział - zastrzegł możliwość udzielenia zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ, umowie z dnia 28 lutego 2014 r. W wyjaśnieniu wskazano ponadto, że od udzielenia zamówienia podstawowego nie upłynęły trzy lata. Możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego nastąpiła po zamianie wieloletniej prognozy finansowej (zmiana w dniu 10 lutego 2018 r.), tj. po uzyskaniu przez Gminę możliwości jego sfinansowania.

Komisja, odnosząc się do złożonych wyjaśnień wskazała, że zgodnie z § 1 ust. 3 „umowy podstawowej” (umowa z dnia 28 lutego 2014 r. nr (...)) wykonanie robót budowlano-montażowych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „*Modernizacja Trasy (...) w (...) celem poprawy jakości połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)*” miało zostać zrealizowane na podstawie trzech zezwoleń i zatwierdzonej dokumentacji na realizację inwestycji drogowej obejmujących wymienione w nim odcinki ulic. Z postanowień §1 ust. 4 umowy wynikało, wprost, że zakres zadania obejmuje przebudowę ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) oraz odcinek ul. (...) od skrzyżowania z ul. (...) do ul. (...), w tym wykonanie prac w następującym zakresie: (1) przygotowanie, zatwierdzenie i wprowadzenie tymczasowej organizacji ruchu; (2) część drogowa, droga klasy Z: ul. (...) o długości ok. 2,5 km, ul. (...) o długości ok. 0,26 km; (3) część elektryczna; (4) budowa kanalizacji 47 deszczowej; (5) budowa kanalizacji na cele szerokopasmowej sieci kanalizacji teleinformatycznej (...) oraz kanału technologicznego; (6) przebudowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej; (7) usunięcie kolizji z siecią gazową, ciepłowniczą, teletechniczną i teleinformatyczną; (8) usunięcie kolizji z siecią wodno-kanalizacyjną. Jak wynikało z § 1 ust. 5 umowy „pozostałe roboty i szczegółowy zakres rzeczowy robót zawarto w Rozdziale 4 i 5 siwz, stanowiących integralną część umowy”. W rozdziale 4 SIWZ pn. „Dokumentacja”, w trzech punktach wskazano na zakres robót, który co do zasady jest tożsamy z treścią §1 ust. 3 umowy. Z powyższego wynika, że budowa i przebudowa ul. (...) nie jest zgodna z przedmiotem zamówienia podstawowego uzupełnieniem tego zamówienia. Zakres tych robót wykracza poza zakres zamówienia podstawowego.

Komisja Orzekająca uznała, że fakt popełnienia przez Obwinionego czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 2, art. 17 ust. 6 art. 17 ust. 1 pkt 6 uodfp jest należycie udokumentowany a osobista odpowiedzialność Obwinionego nie budzi wątpliwości. Komisja podzieliła w tym zakresie stanowisko Zastępcy Rzecznika zaprezentowane we wniosku o ukaranie. W orzeczeniu podkreślono, że

w przedmiotowej sprawie należy zważyć, że ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wprowadzono zmiany w obrębie przepisów z art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp, czyli przepisów dotyczących tzw. zamówień dodatkowych i uzupełniających z wolnej ręki. Konsekwentnie modyfikacji uległ także art. 134 ust. 6 Pzp, dotyczący udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki przez zamawiających udzielających zamówień sektorowych.

Komisja wskazała, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp statuujący do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej tzw. zamówienia dodatkowe w trybie z wolnej ręki został uchylony. Znowelizowany został przy tym art. 134 ust. 6 pkt 1 Pzp, poprzez usunięcie odesłania do uchylonego art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Podobna do uchylonego ustawą nowelizującą przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp treść normatywna znalazła się w nowym przepisie - art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp, a zatem w części dotyczącej zmian umowy. Od dnia wejścia w życie nowelizacji, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest zatem możliwe udzielanie zamówień dodatkowych w formie odrębnego zamówienia z wolnej ręki (dawny art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Ustawa nowelizująca zmieniła także przepisy z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp, tj. dotyczące zamówień uzupełniających. Zamówienia uzupełniające zostały trwale usunięte z przepisów dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, a w ich miejsce wprowadzono zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz „dodatkowych dostawach”.

Oznacza to, że od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki (dawne art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp) i to niezależnie od okoliczności, że umowa w sprawie zamówienia podstawowego (zwana dalej także „umową podstawową”) została zawarta przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanej ustawy, a zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym i na etapie sporządzania specyfikacji przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Uwzględniając również okoliczność, że zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz „dodatkowych dostawach” udzielane w trybie z wolnej ręki (znowelizowany art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp) mają inny charakter i inne przesłanki dopuszczające ich zastosowanie niż zamówienia uzupełniające dotychczas udzielane po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki.

Wymierzając karę nagany Komisja uznała, że pomimo okoliczności, że Obwiniony nie był dotychczas karany w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, kara nagany jest adekwatna do stopnia zawinienia. Przede wszystkim o takim zdecydowaniu rozstrzygnęła mnogość czynów, których zawinienie przypisano Obwinionemu, a także waga naruszonych obowiązków, w szczególności istotne uchybienie przepisom prawa zamówień publicznych. Wskazane obszary w których dokonano uchybień są niezwykle istotne z punktu widzenia ładu i przejrzystości finansów publicznych. Stąd też zdaniem Komisji wymierzenie Obwinionemu kary nagany w zaistniałych uwarunkowaniach spełnia cele kary nie tylko w zakresie wymierzonej dolegliwości, ale również w sferze prewencji i kształtowania świadomości prawnej jaka winna istnieć w przestrzeni dyscypliny finansów publicznych.

Pismem z dnia 28 lipca 2018 r. Odwołanie od orzeczenia Komisji złożył obrońca Obwinionego. Zaskarżając orzeczenie RKO i wnosząc o uchylenie skarżonego orzeczenia w całości i umorzenie postępowania ewentualnie o uchylenie skarżonego orzeczenia w części dotyczącej wymierzenia Obwinionemu kary nagany i odstąpienia od wymierzenia kary na finansów publicznych, ze względu na okoliczność, że stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych jest znikomy zarzucił:

1. naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfnp, poprzez uznanie Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez nieuprawnione udzielenie zamówienia w trybu z wolnej ręki, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano - montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo - zachodniej dla terenów produkcyjno - usługowych w (...)” - będącego zamówieniem uzupełniającym zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Trasy (...) celem poprawy jakości połączeń z siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)” - w sytuacji, gdy w przedmiotowej sprawie zachodziły przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia uzupełniającego w tym trybie na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 10 ust. 2 Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, iż doszło do naruszenia tych przepisów w konsekwencji udzielenie zamówienia opisanego w pkt 1;
3. naruszenie art. 17 ust. 6 uodfnp w związku z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw przez nieuprawnione przyjęcie, że Obwiniony naruszył te przepisy poprzez

zawarcie aneksu nr 2 do umowy na wykonanie robót budowlano - montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo - zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...) w sytuacji, gdy zawarcie ww. aneksu było dopuszczalne w konsekwencji zaistnienia wszystkich przesłanek zmiany umowy opisanych w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustawy;

4. błędnym ustaleniu, że do przedmiotowego stanu faktycznego nie mają zastosowania przepisy art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji przedmiotowej ustawy, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. pomimo, iż zarzucany mu czyn (udzielenie zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki i zawarcie umowy) Obwiniony popełnił w dniu 20 czerwca 2016 r., tj. w dacie przed wejściem w życie przepisów na jakie powołuje się komisja orzekająca I instancji;
5. naruszeniu art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, poprzez błędne przyjęcie, iż zarzucane czyny wypełniają znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
6. naruszeniu art. 23 ust. 1 uondfp poprzez jego pominięcie w sytuacji, gdy nawet gdyby podzielić sposób interpretacji przepisów zaprezentowany w skarżonym orzeczeniu to nieświadomość Obwinionego co do faktu, iż jego działanie może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych była usprawiedliwiona;

naruszeniu art. 28 ust. 1 uonffp poprzez jego niezastosowanie podczas, gdy jedynym naruszeniem, które można przypisać Obwinionemu była zaniechanie zawiadomienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamówieniu z wolnej ręki, tj. naruszenie którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych należy uznać za znikomy. obrońca Obwinionego wskazał na okoliczności zawarcia zamówienia z wolnej ręki, w dniu 20 czerwca 2016 r. a zatem przed wejściem z dniem 28 lipca 2016 r. nowelizacji przepisów Pzp. Podniósł ponadto, że aneks nr 2 do umowy został zawarty w dniu 23 lutego 2017 r. i na podstawie przepisów intertemporalnych do jego zawarcia miały zastosowanie przepisy art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy nowelizującej Pzp. Komisja - jak wskazał obrońca - uzasadniła wymiar kary nagany w odniesieniu do mnogości czynów przypisanych Obwinionemu, przy czym zdaniem obrońcy spowodowane to było błędnym odniesieniem do przepisów, które Komisja zarzuciła jako naruszone. obrońca potwierdził istotę sporu sprowadzającą się do uznania o wystąpieniu lub braku wystąpienia (w odniesieniu do dwóch zarzutów) przesłanki nakazującej by

zamówienie uzupełniające było zgodne z zamówieniem podstawowym oraz przesłanki nakazującej by zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (także: „GKO”) po zbadaniu sprawy postanowiła utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 uondfp, GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez Komisję oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

Główna Komisja Orzekająca w pierwszej kolejności dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie zarzucanego czynu i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 uondfp, nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla sprawcy. Do oceny czynu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, GKO postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, uznając że przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego czynu nie są względniejsze dla Obwinionego.

Rozpoznając sprawę GKO uznała, że argumenty odwołania nie uzasadniają wzruszenia orzeczenia Komisji.

Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody oraz prawidłowo dokonała subsumpcji pod ustalone w orzeczeniu normy prawne. W szczególności prawidłowo ustaliła zakres norm intemporalnych mających w przedmiotowej sprawie rozstrzygające znaczenie dla oceny znamion przedmiotowych czynów zarzucanych Obwinionemu.

Jak słusznie wskazała Komisja ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wprowadzono zmiany w obrębie m.in. przepisów art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp, czyli przepisów dotyczących tzw. zamówień uzupełniających z wolnej ręki.

Zamówienia uzupełniające zostały trwale usunięte z przepisów dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, a w ich miejsce wprowadzono zamówienia polegające

odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz zamówienia polegające na „dodatkowych dostawach”.

Oznacza to, że od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki (dawne art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp) i to niezależnie od okoliczności, że umowa w sprawie zamówienia podstawowego (zwana dalej także „umową podstawową”) została zawarta przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanej ustawy, a zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym i na etapie sporządzania specyfikacji przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Uwzględniając również okoliczność, że zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz „dodatkowych dostawach” udzielane w trybie z wolnej ręki (znowelizowany art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp) mają inny charakter i inne przesłanki dopuszczające ich zastosowanie niż zamówienia uzupełniające dotychczas udzielane po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki.

W dniu 20 czerwca 2016 r. Obwiniony poprzez zawarcie umowy nr (...) udzielił zamówienia publicznego, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „*Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...)*”. W treści umowy wskazano, że ww. zadanie jest zadaniem uzupełniającym zadania inwestycyjnego pn. „*Modernizacja Trasy (...) w (...) celem poprawy jakości połączeń z siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)*” (umowa nr (...) z dnia (...).02.2014 r.). Na powyższe wskazano również w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wartość szacunkową zamówienia ustalono na kwotę 1.603.506,92 zł netto. Zamówienia tego udzielono w trybie z wolnej ręki, powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Komisja słusznie wskazała, że w sprawie tej nie zachodziły dwie, spośród określonych tym przepisem, przesłanek zastosowania tego trybu, tj. przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”, oraz przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”. O powyższym świadczy zakres przedmiotu zamówienia podstawowego określony umową nr (...) z dnia 28.02.2014 r. Na podstawie tej umowy udzielono zamówienia podstawowego związanego z robotami budowlano-montażowymi w ramach zadania inwestycyjnego pn. „*Modernizacja Trasy (...) w (...) celem poprawy jakości*

połączeń z Siecią TEN-T i dróg krajowych - przebudowa ul. (...)”. Jak wynika z treści ww. umowy zamówienie podstawowe nie obejmowało prowadzenia robót na ulicach innych niż ul. (...) i (...). Miejsce realizacji i zakres realizacji zamówienia podstawowego wyznaczał ten właśnie obszar. Zamówienie podstawowe nie obejmowało zatem robót na innych ulicach, tj. na ul. (...).

Jakkolwiek Odwołujący odnosi się w przedmiotowej sprawie do zamówienia podstawowego należy zwrócić uwagę, że chociaż w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym zamawiający zastrzegł możliwość udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp to zastrzeżenie nie może jednak zostać uznane za dające podstawę do udzielenia zamówienia na wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na budowie ul. (...). Nie były one bowiem objęte zakresem zamówienia podstawowego. Powyższym jak słusznie wskazano naruszono art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 Pzp i wypełniono znamiona czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w odniesieniu do zawarcia w dniu (...) lutego 2017 r. przez Obwinionego aneksu nr 2 do ww. umowy z dnia (...) czerwca 2016 r. nr (...), tj. umowy na podstawie której udzielono zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlano-montażowych polegających na przebudowie ul. (...) na odcinku ok. 140 m (od km 0+034,87 do ok. km 0+168,00) w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Uzbrojenie i budowa dróg w rejonie ulicy (...) oraz obwodnicy południowo-zachodniej dla terenów produkcyjno-usługowych w (...)”, określonego jako uzupełniające do zamówienia udzielonego umową z dnia 28 lutego 2014 r. nr (...). Prawidłowo wskazano, że aneksem tym rozszerzono zakres robót budowlanych przeznaczonych do wykonania, przy czym w sprawie nie zachodziły, wynikające z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw przesłanki umożliwiające dokonanie zmian umowy, tj. przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” oraz przesłanka nakazująca, by „zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego”. Konsekwencją takiego stwierdzenia było prawidłowe ustalenie Komisji, że w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 10 Pzp a poprzez wypełnienie znamion czynu z art. 17 ust. 6 uondfp.

Brak jest przy tym podstaw, w obliczu przytaczanych przez Obrońcę uchwał KIO, o możliwej kwalifikacji prawnej działań Obwinionego związanych z prawną oceną tych działań jako błędu co do prawa, a zatem w odniesieniu do art. 23 uondfp. Stosownie do art. 23 uondfp

nieświadomość tego, że działanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona. Należy zauważyć, co również podkreślano wielokrotnie w orzecznictwie GKO (zob. orzeczenie z 3 marca 2011 r. BDF1/4900/125/142/RN-36/10/3570), że „o usprawiedliwionym błędzie co do prawa można mówić gdy sprawca nie miał możliwości uniknięcia tego błędu ze względu na to, że treść zakazu lub nakazu była dla niego niedostępna lub trudnodostępna. W komentarzach do uoondfp wskazuje się, że usprawiedliwiony błąd co do prawa może mieć miejsce, jeśli mamy do czynienia z niejasną lub błędną redakcją przepisu, uniemożliwiającą jego zrozumienie i stosowanie, z częstymi i licznymi zmianami przepisów, z krótkim ich *vacatio legis*, z wejściem przepisu w życie z mocą wsteczną albo z przepisem należącym do gałęzi prawa o specjalistycznym charakterze”.

Wskazać przy tym można na orzeczenie GKO z 26 marca 2015 r. (BDF1/4900/108/112/14; BDF1.4800.18.2015, Biul. NDFP 2015, Nr 2, poz. 10, s. 115) w którym podkreślono, że „Nieświadomość bezprawności będzie usprawiedliwiona, jeżeli wzorcowy, modelowy dysponent środków publicznych znajdujący się w analogicznych okolicznościach, jak sprawca analizowanego naruszenia, również nie rozpoznałby nieświadomości bezprawności tego czynu. Z drugiej jednak strony należy uwzględnić okoliczności odnoszące się do konkretnego sprawcy, na które składa się między innymi jego wiedza i doświadczenie. Wśród okoliczności usprawiedliwiających błąd można wskazać także na niejasną redakcję przepisów, która uniemożliwia jego poprawne zrozumienie i stosowanie, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z wprowadzeniem zupełnie nowych rozwiązań, które nie miały swoich odpowiedników w dotychczas obowiązujących przepisach. Trudności interpretacyjne może również powodować duża liczba przepisów regulujących daną lub powiązaną problematykę, rozproszona w kilku miejscach danego aktu prawnego lub w kilku aktach prawnych”.

Trudno również stwierdzić, że charakter naruszenia przepisów Pzp ma w przedmiotowym przypadku znikomy charakter w odniesieniu do popełnienia przez Obwinionego. Należy podkreślić, że działania Obwinionego spowodowały, że nie można w ogóle mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równym traktowaniu wykonawców. Co więcej, nie przekazując stosownego zawiadomienia Prezesowi UZP utrudniono właściwemu organowi podejmowanie przewidzianych prawem czynności kontrolnych. Ponadto należy uwzględnić nie tylko rodzaj naruszonych przepisów, ale również znaczną wielkość środków publicznych zaangażowanych przy realizacji wskazanych zamówień publicznych.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych mają za zadanie właściwą reglamentację środków publicznych podmiotom realizującym zadania publiczne zlecane w szczególności w trybie tej ustawy podmiotom spoza sektora finansów publicznych. Głównym zadaniem tych przepisów jest ochrona publicznych zasobów finansowych przed nieuprawnionym wykorzystywaniem ale również dostęp wszystkich podmiotów spełniających przesłanki określone w ustawie na zasadzie konkurencyjności, równego traktowania i bezstronności do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych (zob. art. 43 oraz 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych - t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2077). Powyższe uwagi należy odnieść do naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkujących wypełnieniem przez Obwinionego znamion czynu związanego z zaniechaniem obowiązków zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Obwiniony wbrew obowiązującemu prawu nie wykonał tego obowiązku. Tymczasem zawiadomienie Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki należy do podstawowych obowiązków zamawiających i w tym zakresie nie ma żadnych wątpliwości. Obwiniony mimo, że miał taką możliwość nie przekazał wymaganego zawiadomienia.

W odniesieniu do wniosku Obróńcy odnoszącego się do uchylecia orzeczenia RKO w zakresie wymierzenia kary nagany i odstąpienia od ukarania Obwinionego stwierdzić należy, że GKO nie dopatrzyła się w tym zakresie podstaw warunkujących uchylenie orzeczenia. W zakresie wyznaczonym przez dyspozycje art. 33 ust. 1 uoondfp Komisja wymierzyła karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego. Podstawy działania Komisji przy wymiarze kary zostały szczegółowo zidentyfikowane. Główna Komisja Orzekająca wskazuje przy tym, że uwzględniając gradację kar sytuowanych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych kara nagany jako druga po karze upomnienia należy do łagodnych form represji, mających na celu dyscyplinowanie osób działających w sferze związanej z dysponowaniem środkami publicznymi. Zważyć przy tym należy na reguły wymiaru kary związane z naruszeniem przepisów Pzp w sytuacji, w której udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców określone w dyspozycji art. 34a

uondfp. Tym samym kary nagany wymierzonej Obwinionemu nie sposób uznać za zbyt uciążliwą i nieadekwatną w rozpatrywanej sprawie.

Wobec powyższego GKO nie widzi także podstaw do zastosowania nadzwyczajnego środka jakim jest wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju a tym bardziej odstąpienia od wymierzenia kary. Naruszanie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mających chronić wykonawców przed praktykami nieuczciwej konkurencji oraz zapewnić podmiotom publicznym gwarancje racjonalnego i skutecznego dysponowania środkami publicznymi w drodze zamówień publicznych, nie może być traktowane w sposób nadzwyczajny, w szczególności wobec istotnych naruszeń stwierdzonych w niniejszym postępowaniu.