



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 26 listopada 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Kaczorkiewicz</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Paweł Kryczko (spr.)</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marek Muszyński</i>
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 26 listopada 2015 r., odwołania wniesionego przez Obwinioną (...)

pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prokurenta (...) Medycznego (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt: RKO.5011.7.2015, którym Komisja uznała Obwinioną (...) winną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu w dniu 15 marca 2013 r. w imieniu (...) Medycznego (...) wykonawcy – konsorcjum firm: (1) , (2) , (3) , (4) , zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi (...) Medycznym (...)” o wartości 5.428.986, 24 zł, które to zamówienie zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907), mimo że nie zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie trybu z wolnej ręki określone w obowiązującym obecnie i w dacie udzielenia zamówienia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czym naruszono – obowiązujący obecnie i w dacie udzielania zamówienia – art. 10 ust. 2 tejże ustawy. Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionej karę pieniężną w wysokości 10.542,00 zł i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

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 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529):

1. uchyla orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w zaskarżonym zakresie,
2. na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 ustawy wymierza karę nagany.

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

Rozpatrując sprawę Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej zwana „GKO”, ustaliła co następuje.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie, dalej zwana „RKO” lub „Komisja I instancji” orzeczeniem z dnia 9 marca 2015 r. uznała Obwinioną winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w 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 oraz z 2012 r. poz. 1529), dalej zwanej „ustawą”, polegającego na udzieleniu w dniu 15 marca 2013 r. w imieniu (...) Medycznego (...) wykonawcy - konsorcjum firm: (1), (2), (3), (4), zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi (...)Medycznym (...)” o wartości 5.428.986,24 zł, które to zamówienie zostało udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 a pkt 1 i 4 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, mimo że nie zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie trybu z wolnej ręki określone w obowiązującym obecnie i w dacie udzielenia zamówienia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czym naruszono - obowiązujący obecnie i w dacie udzielania zamówienia - art. 10 ust. 2 tejże ustawy.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2015 r. odwołanie od powyższego orzeczenia złożyła Obwiniona (...) działająca przez ustanowionego w sprawie obrońcę. Orzeczenie zostało zaskarżone w części, tj. w zakresie pkt 2 - w przedmiocie wymierzenia (...) kary pieniężnej w wysokości 10.542,00 zł (1,5 krotność wynagrodzenia);

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono naruszenie:

- art. 34 a ust. 4 ustawy w zw. z art 31 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i tym samym przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie doszło do istotnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym kara pieniężna w wysokości 1,5

krotności wysokości wynagrodzenia jest adekwatna do naruszenia popełnionego przez Obwinioną, podczas gdy w niniejszej sprawie nie można mówić o istotnym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, a wymierzona kara jest rażąco niewspółmierna i nieadekwatna do naruszenia popełnionego przez Obwinioną;

- art. 33 ust. 1 ustawy poprzez wymierzenie Obwinionej kary w sposób dowolny, nieuwzględniający w wystarczającym zakresie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopnia winy, a także celów kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz celów zapobiegawczych i dyscyplinujących, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego;

- art. 89 ust. 1 ustawy poprzez newszechstronne rozpatrzenie materiału dowodowego i tym samym przyjęcie, iż doszło do istotnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe wniesiono o uchylenie orzeczenia RKO w zaskarżonym zakresie i wymierzenie Obwinionej kary upomnienia co najwyżej nagany; ewentualnie o uchylenie orzeczenia RKO w zaskarżonym zakresie, i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

Z uwagi na przedmiot zaskarżenia zasadne jest przytoczenie w szczególności tych ustaleń i rozważań Komisji I instancji, które miały wpływ na wymiar kary.

Zauważyć należy, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyniku przeprowadzonej kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający wniósł zastrzeżenia. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń i przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. W uchwale z dnia 20 grudnia 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zostają uwzględnione.

Ustalenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej zostały w pełni podzielone przez Komisję I instancji.

Najistotniejsze ustalenia w przedmiotowej sprawie są następujące:

- w dniu 17.12.2012 r. Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na świadczenie usług,
- w dniu 29.01.2013 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert (złożono trzy oferty),
- w dniu 07.02.2013 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania, uznając jedną z ofert jako najkorzystniejszą,
- w dniu 18.02.2013 r. jeden z uczestników postępowania wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej,
- Zamawiający uznał zasadność odwołania i w dniu 08.03.2013 r. dokonał czynności powtórzonych dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty,
- ponownie dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający odrzucił 2 oferty, a oferta niepodlegająca odrzuceniu przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co obligowało Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych,
- w dniu 19.03.2013 r. dotychczasowa umowa na wykonywanie przedmiotowych usług wygasła,
- Zamawiający uznał, że jest to wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć,
- w dniu 08.03.2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ wymagane

jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia,

- ponadto Zamawiający uznał, że zamówienie obejmuje równocześnie usługi niepriorytetowe, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest najwyższy,
- Zamawiający wskazał również, iż mógł wszcząć postępowania z wolnej ręki także z innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub 67 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań,
- Zamawiający podkreślił, że wartość brutto zobowiązań miesięcznych, jakie musiałby ponosić w przypadku przedłużenia umowy z obecnym Wykonawcą byłaby o 19 494,26 zł miesięcznie wyższa niż w przypadku podpisania umowy z nowym Wykonawcą.

Żadna z podanych przez Zamawiającego okoliczności usprawiedliwiających zastosowanie trybu z wolnej ręki nie została przez Komisję I instancji uznana za zasadną. Stanowisko Komisji I instancji w tej materii zostało szeroko uzasadnione. W szczególności Komisja I instancji podkreśliła, iż okres realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy, powinien być ograniczony jedynie do zakresu, który jest absolutnie konieczny do wyeliminowania skutków określonego zdarzenia. Zamówienia publiczne udzielone na podstawie przywołanego przepisu w trybie zamówienia z wolnej ręki powinno odnosić się tylko do zakresu niezbędnego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zagwarantowania najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w okresie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. W rozpatrywanej sprawie umowa z wykonawcą wyłonionym w trybie zamówienia z wolnej ręki została zawarta na okres od 20.03.2013 r. do 19.03.2017 r. Stosując tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy przestrzegać zasady, iż wyłonienie wykonawcy w tym trybie powinno być rozwiązaniem jedynie doraźnym, tj. powinno być stosowane wyłącznie na okres niezbędny do przeprowadzenia procedury konkurencyjnej i zawarcia odpowiedniej umowy z wybranym wykonawcą, co nie miało miejsca w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Powołanie się Zamawiającego na art. 5 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w przedmiotowym postępowaniu jest niezasadne. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający dokonał odmiennej klasyfikacji zlecanych usług w obu postępowaniach. W pierwotnym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wskazał, że rodzaj zamówienia stanowią usługi priorytetowe, natomiast w postępowaniu w trybie z wolnej ręki określił inny kod CPV oraz wskazał na usługi niepriorytetowe. Zatem dokonał zmiany klasyfikacji zlecanych usług, chociaż nie zmienił się przedmiot zamówienia, ani nie wystąpiły okoliczności uzasadniające takie działanie. Jedynym celem takiego zabiegu było potwierdzenie prawidłowości zastosowania art. 5 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w celu zlecenia ww. usług w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Komisja I instancji nie uwzględniła linii obrony Obwinionej zgodnie, z którą Obwiniona udzieliła zamówienia publicznego na podstawie zapewnień specjalisty, będącego pracownikiem kierowanej przez nią Spółki. Komisja podkreśliła, iż Obwiniona w (...)Medycznym (...) była i jest zatrudniona na stanowisku kierownika do spraw prawnych. W jednostce pracuje od 2011 roku. W wyjaśnieniach złożonych podczas rozprawy stwierdziła, iż ukończyła studia magisterskie na kierunku prawo, jednak nie zna ustawy prawo zamówień publicznych. Obwiniona wielokrotnie wskazywała, iż była przekonana, że robi wszystko zgodnie z prawem. Z zebranego w aktach materiału dowodowego wynika, iż Obwiniona w przetargu nieograniczonym poprzedzającym udzielenie przedmiotowego zamówienia była członkiem Komisji Przetargowej.

Zdaniem Komisji I instancji wyjaśnienia powyższe świadczą co najmniej o braku zachowania przez Obwinioną należytej staranności. Obwiniona nie znając, jak twierdziła, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i bazując tylko na wyjaśnieniach swojego pracownika zaciąga w imieniu (...) Medycznego (...) zobowiązanie finansowe poprzez udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego na niebagatelną kwotę 5.428.986,24 zł. bez jakiegokolwiek analizy dokumentacji z przeprowadzonego postępowania przetargowego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa. Bez powyższej analizy Obwiniona powinna powstrzymać się od udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego co również pozwoliłoby na uniknięcie przez Nią naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Komisja I instancji zauważyła, iż natłok obowiązków nie może stanowić okoliczności uwalniającej Obwinioną od przypisanej odpowiedzialności. Skoro Obwiniona przyjęła obowiązki do wykonywania zlecone jej przez pracodawcę to powinna je wykonywać w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa. Obwiniona jako prawnik i, w tym przypadku, Zamawiający, zdaniem Komisji Orzekającej, powinna sama wykazywać niezbędną wiedzę i orientację prawną w podstawowych uregulowaniach prawnych, w tym w zakresie ustawy dotyczącej zamówień publicznych.

Komisja I instancji uznała, iż będąc odpowiedzialną za dysponowanie środkami publicznymi, Obwiniona powinna się liczyć ze szczególną odpowiedzialnością z tym związaną, jak również z tym, że wszelkie rozstrzygnięcia, podejmowane w subiektywnym przekonaniu co do ich słuszności, będą podlegały ocenie co do zgodności z prawem.

Komisja I instancji nie uwzględniła również wyjaśnień w zakresie miesięcznych oszczędności poczynionych w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż względy ekonomiczne nie mieszczą się w katalogu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie którego udzielono przedmiotowego zamówienia. Względy ekonomiczne nie stanowią podstawy do odstąpienia od trybu przetargowego na rzecz innego trybu. Zgodnie z treścią art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych bezprzedmiotowość zastosowania trybu przetargowego, niezależnie od okoliczności, które stanowią jej podstawę, nie może być podstawą do zastosowania udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Komisja I instancji nie zakwestionowała potrzeby przestrzegania zasad gospodarności i oszczędności, jednak profesjonalny zamawiający działając na rynku, nie może ograniczać konkurencyjności oraz zasad równego traktowania oferentów decydując się na tryb zamówienia z wolnej ręki, powołując się między innymi na możliwość uzyskania oszczędności. Przewidziane w ustawie wyjątki od ogólnych zasad udzielania zamówień nie mogą być stosowane dowolnie, są obwarowane określonymi warunkami, których spełnienie uzasadnia udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Wobec powyższego „Perspektywa zaoszczędzenia ok. 20 tys. miesięcznie na usłudze sprzątania (...)” nie może stanowić przesłanki do usprawiedliwienia działania niezgodnego z prawem. Natomiast powstanie okoliczności, w której Zamawiający zdecydował się na tryb zamówienia z wolnej ręki, spowodowane zostało w przedmiotowej sytuacji zbyt późnym rozpoczęciem, prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego, procedury wyboru wykonawcy. Należy wskazać, iż Zamawiający miał świadomość potrzeby zapewnienia ciągłości usług a także wiedział, że uprzednio obowiązująca umowa na świadczenie tych usług kończy się w dniu 19 marca 2013 r. A zatem Zamawiający miał możliwość wszczęcia konkurencyjnej procedury wyboru wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem, umożliwiającym dokonanie wyboru wykonawcy przy uwzględnieniu ewentualnych opóźnień powodowanych, jak w przedmiotowej sprawie, unieważnieniem postępowania, a tym samym mógł uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych objętej niniejszym rozstrzygnięciem. W tym stanie rzeczy nie można uznać, iż przyczyny powstania sytuacji, w której Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki, nie leżą po stronie Zamawiającego.

Zdaniem Komisji I instancji jako winę Obwinionej, należy wskazać działanie odmienne od

działania wynikającego z normy prawnej, podczas gdy możliwe było działanie zgodnie z tą normą. Tym samym nie danie przez Obwinioną posłuchu normie prawnej mimo, iż miała obiektywne możliwości postępowania zgodnego z tą normą stanowi przesłankę przypisania winy Obwinionej. Działanie Obwinionej nie może zostać uznane za działanie z zachowaniem należytej staranności, przy zachowaniu której mogła uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Po unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego należało wszcząć postępowanie konkurencyjne, natomiast, jak już zostało wskazane wcześniej, okres trwania umowy zawartej w trybie z wolnej ręki powinien ograniczać się jedynie do czasu niezbędnego do wyłonienia wykonawcy w procedurze konkurencyjnej co pozwoliłoby Obwinionej na uniknięcie przypisanej odpowiedzialności. Komisja I instancji doszła do przekonania, iż Obwiniona w sposób rażący naruszyła dyscyplinę finansów publicznych poprzez naruszenie generalnych przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych.

Za przypisany czyn Komisja I instancji na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 3 i art. 34a pkt 4 ustawy wymierzyła (...)karę pieniężną w wysokości 10.542,00 zł., tj. półtora krotności miesięcznego wynagrodzenia.

Komisja I instancji przy wymiarze kary, jako okoliczności łagodzące, wzięła pod uwagę opinię o wywiązywaniu się Obwinionej z obowiązków służbowych oraz dotychczasową niekaralność.

Natomiast jako okoliczności obciążające Komisja I instancji uznała naruszenie podstawowych przepisów o zamówieniach publicznych, tj.:

- art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie przedmiotowego zamówienia, jak wykazano powyżej, z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Działanie zamawiającego polegające na pominięciu przepisów o trybie przetargowym stanowi naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji;

- art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek stosowania tego trybu określonych w przytoczonym przepisie, oraz bardzo wysoką wartość udzielonego zamówienia publicznego.

Komisja I instancji podkreśliła, że zgodnie z art. 34a ust. 4 ustawy karę pieniężną wymierza się m.in. jeżeli w skutek naruszenia dyscypliny finansów publicznych udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców, co wykazano powyżej.

Z przedstawionymi argumentami Komisji I instancji – w zakresie wymiaru kary - nie zgodziła się Obwiniona. W uzasadnieniu odwołania Obwiniona podniosła między innymi, że wymiar jej kary w wysokości 1,5 krotności wynagrodzenia jest rażąco niesprawiedliwie i nieadekwatne. Przede wszystkim, nawet w ocenie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który wystąpił z wnioskiem o ukaranie, w przypadku Obwinionej wystarczające byłoby wymiar kary nagany. Wbrew twierdzeniom RKO w przypadku Obwinionej nie można mówić o rażącym naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. O rażącym naruszeniu dyscypliny finansów publicznych można mówić, gdy analiza zachowania obwinionego w zestawieniu z nakazem bądź zakazem wynikającym z hipotezy naruszonej normy prawnej wskazuje na ich oczywistą niezgodność. Tymczasem, Obwiniona w dobrej wierze działała w sposób, który zapewnić miał prawidłowe funkcjonowanie (...)Medycznego (...) - podmiotu o szczególnym reżimie sanitarnym, w którym utrzymanie porządku i czystości ma podstawowe znaczenie dla ochrony życia i zdrowia pacjentów. Pozostawała w przekonaniu, że istnieją wyjątkowe okoliczności pozwalające na udzielanie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Mając więc na uwadze wyjątkowość sytuacji oraz motywację zasługującą na społeczne zrozumienie i akceptację, którą jest dobro pacjentów, nie sposób mówić o rażącym naruszeniu zakazów określonych przepisami prawa.

Nie może być również mowy o istotnym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców, skoro umowa została zawarta z Wykonawcą, który zaproponował najniższą cenę w unieważnionym uprzednio postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. O istotności naruszenia można by mówić, gdyby Obwiniona udzieliła zamówienia z całkowitym pominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem, Obwiniona, jakkolwiek zastosowała w imieniu Zamawiającego tryb z wolnej ręki, to jednak w dalszym ciągu jest to jeden z trybów przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych. Nie zawarła umowy z jakimkolwiek wybranym przez siebie podmiotem (poza ustawą Prawo zamówień publicznych), lecz z podmiotem, który złożył ofertę we wcześniej unieważnionym postępowaniu. Obwiniona przesłała również do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, a zatem nie zlekceważyła przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszystkie powyższe okoliczności świadczą o dobrej wierze Obwinionej i braku zamiaru naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Wobec powyższego, zdaniem składającej odwołanie, w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy poprzez newszechstronne rozpatrzenie materiału dowodowego i tym samym błędne przyjęcie, iż doszło do istotnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że Obwiniona nie naraziła finansów (...) Medycznego (...) na jakąkolwiek szkodę. Mimo bowiem wyboru Wykonawcy w trybie z wolnej ręki środki pieniężne zostały wydatkowane w sposób oszczędny, racjonalny i gospodarny. W tym stanie rzeczy wymierzenie Obwinionej jednej z najsurowszych kar tj. kary pieniężnej, a przy tym kary w wysokości 1,5 krotności wynagrodzenia, pomimo iż przepisy pozwalają na jej wymierzenie w wysokości 0,25 krotności wynagrodzenia jawi się jako rażąco niesprawiedliwe.

W ocenie Obwinionej, w niniejszej sprawie doszło także do naruszenia art. 33 ust. 1 ustawy, albowiem kara wymierzona została w sposób dowolny, nieuwzględniający w wystarczającym zakresie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopnia winy, a także celów kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz celów zapobiegawczych i dyscyplinujących, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego. Prawdłowo RKO jako okoliczności łagodzące wzięła pod uwagę opinię o wywiązywaniu się przez Obwinioną z obowiązków służbowych oraz dotychczasową niekaralność. Przy wymiarze kary całkowicie pominięty został jednak fakt, że Obwiniona działała w zaufaniu do pracownika posiadającego specjalistyczną wiedzę z zakresu Prawa zamówień publicznych. Zatrudnienie pracownika posiadającego wiedzę z zakresu ustawy Prawo zamówień publicznych miało zapewnić prawidłowość działania Obwinionej, która podkreślała, że nie posiada wiedzy z tego zakresu. Obwiniona miała zatem prawo zakładać, że pracownik w zakresie przysługujących mu uprawnień działa w granicach prawa i w oparciu o obowiązujące przepisy. W przeciwnym razie, sama kierowałaby działem zamówień publicznych bez potrzeby zasięgania opinii specjalistów. Okoliczność ta, aczkolwiek w ocenie RKO nie uzasadniała uniewinnienia Obwinionej, winna jednak zostać uwzględniona przy wymiarze kary. Świadczy ona bowiem o należytej staranności Obwinionej, która z uwagi na brak wiedzy z zakresu zamówień publicznych, kierowała się opinią osoby mającej doświadczenie w stosowaniu przepisów prawa zamówień publicznych. Brak takiej staranności istniałby natomiast tylko wtedy, gdyby Obwiniona mimo braku wiedzy z zakresu ustawy Prawo zamówień publicznych, samodzielnie bez konsultacji z osobami merytorycznymi zdecydowała o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, z czym nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie.

Aby wymierzyć karę sprawiedliwą, należy dokonać wnikliwej analizy wagi naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki naruszenia. W niniejszej

sprawie analiza stanu faktycznego, a nade wszystko okoliczności udzielania zamówienia z wolnej ręki, przy konsultacji z pracownikiem posiadającym wiedzę specjalistyczną, z całą pewnością nie uzasadniają nałożenia kary pieniężnej, w szczególności kary w wysokości ponad 10.000 zł. Co więcej, skutki czynu dla finansów publicznych, o czym była już mowa powyżej, nie są na tyle istotne, aby uzasadniały wymierzenie Obwinionej kary pieniężnej, skoro (...)Medyczne (...) nie doznała szkody wskutek udzielania zamówienia z wolnej ręki.

W trakcie rozprawy przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika wniósł o utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe GKO zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że prawo Komisji I instancji do wymierzenia kary według swojego uznania nie może być w żadnym przypadku podważane. Okoliczność, że komisja wymierza karę według swojego uznania nie oznacza jednak dowolności (por. wyrok NSA z 14.12.2010 r. sygn. akt II GSK 1092/09). Wydając orzeczenie Komisja I instancji ma obowiązek dokonać wszechstronnej oceny rodzaju i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z orzeczenia powinno wynikać, jakie względy przemawiają za taką, a nie inną karą. W szczególności zaś Komisja I instancji powinna przedstawić swoje stanowisko wobec tych okoliczności, które podnosi skarżący. W przeciwnym razie mamy do czynienia nie tyle z prawnie umocowanym uznaniem, ile z dowolnością działania, która w świetle przepisów jest niedopuszczalna (por. wyrok NSA z dnia 3 kwietnia 2002 r., sygn. akt III SA 3357/01).

Stosownie do art. 33 ust. 1 ustawy, komisje orzekające wymierzają 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. W świetle przytoczonego przepisu analiza zaskarżonego orzeczenia w zakresie wymierzonej Obwinionej kary wskazuje, że Komisja I instancji miała prawo do zastosowania kary pieniężnej. Nie budzi wątpliwości GKO, że Komisja I instancji trafnie dostrzegła znaczny stopień szkodliwości przypisanego Obwinionej czynu dla ładu finansów publicznych. Poprawnie Komisja I instancji dokonała analizy stopnia winy uznając, że jest on znaczny. Komisja I instancji miała także pełne prawo do uznania, że zarówno cele prewencji ogólnej jak i indywidualnej uzasadniają wymierzenie Obwinionej kary pieniężnej, atoli kwestia ta powinna być przedmiotem szerszego wyjaśnienia ze strony Komisji I instancji. Mając na uwadze powyższe GKO nie stwierdziła naruszenia przez Komisję I instancji art. 33 ust.1 ustawy.

Do zmiany orzeczenia Komisji I instancji i wymierzeniu Obwinionej kary nagany skłoniło GKO naruszenie przez Komisję I instancji art. 33 ust. 2 ustawy. Naruszenie to polega nade wszystko na pominięciu – przy wymiarze kary – oceny motywów, sposobu okoliczności działania Sprawcy. Komisja I instancji tych kwestii w ogóle nie analizuje pod kątem zasadności wymiaru kary. Można wręcz odnieść wrażenie, że dokonanie zamówienia w trybie z wolnej ręki – z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – było pierwszym działaniem Obwinionej w niniejszej sprawie. Tymczasem jest poza sporem, że (...)Medyczne (...) wszczęło procedurę w sprawie przedmiotowego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Oznacza to, że osoby kierujące tą jednostką chciały działać w zgodzie z obowiązującymi przepisami. To prawda, że tryb konkurencyjny nie zakończył się udzieleniem zamówienia publicznego, jednakże dostarczył on istotnych informacji, w szczególności w zakresie warunków cenowych wykonania przedmiotu zamówienia. Na marginesie można zauważyć, że (...)Medyczne (...) po zwiększeniu kwoty przeznaczonej na wykonanie zamówienia mogła w wyniku przetargu nieograniczonego wybrać jedyną ważną

ofertę. Krok ten doprowadziłby do zaakceptowania oferty opiewającej na kwotę 6.498.128,21 zł. Tak dokonany wybór byłby zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jednakże – w świetle oferty odrzuconej – z pewnością nie byłby korzystny dla Zamawiającego. Warto zauważyć, że odrzucenie najkorzystniejszej oferty nastąpiło z powodu stosunkowo nieistotnych sprzeczności tej oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Odrzucenie oferty nie nastąpiło więc z tego powodu, iż oferent nie mógł wykonać przedmiotowego zamówienia w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe unieważnienie przetargu nieograniczonego – zgodne z prawem – leżało w najlepszym interesie Zamawiającego.

Jak zauważono powyżej przetarg ten dostarczył szeregu informacji, także dotyczących możliwych warunków cenowych wykonania przedmiotu zamówienia. Nie budzi wątpliwości, że stosując ponownie tryb konkurencyjny – a obowiązek ten nie może być skutecznie kwestionowany - Spółka mogła doprowadzić do zawarcia dużo bardziej korzystnej umowy od dotychczasowej. Obwiniona zastosowała jednak tryb z wolnej ręki co - jak bardzo trafnie wykazała Komisja I instancji - naruszało przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. GKO zwraca uwagę, że opisane okoliczności popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie mogą nie wpływać na wymiar kary. Inaczej bowiem należy ocenić sytuację, gdy obwiniony udzielając zamówienia ze środków publicznych nie stosuje żadnego trybu udzielenia zamówienia, jeszcze inaczej sytuację, gdy obwiniony stosuje wyłącznie tryb z wolnej ręki bez podstawy prawnej, a jeszcze inaczej sytuację, gdy obwiniony zastosował tryb konkurencyjny, który zgodnie z prawem został unieważniony po czym będąc w błędnym przekonaniu o działaniu zgodnym z prawem zastosował – jak w niniejszej sprawie – bez podstawy prawnej tryb z wolnej ręki. Nie sposób twierdzić, że w każdym z tych przypadków obwiniony zasługuje na równie surową karę. Należy zwrócić uwagę, iż w przypadku Obwinionej kara pieniężna jest karą najsurowszego rodzaju, gdyż wymierzenie Obwinionej kary zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi nie mogłoby odnieść w chwili wydania orzeczenia należytego skutku z powodu zatrudnienia Obwinionej poza sektorem finansów publicznych.

Zgodnie z art. 33 ust. 2 ustawy wymierzając karę należy uwzględnić również motyw i sposób działania obwinionego. Analiza tej przesłanki wymiaru kary w niniejszej sprawie doprowadziła GKO do przekonania, że pewne zachowania Obwinionej zasługują na łagodniejszą ocenę niż ocena dokonana przez Komisję I instancji. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki Obwiniona tłumaczyła koniecznością zachowania ciągłości świadczenia usług. Argument ten został przez Komisję I instancji odrzucony przy czym wskazano Obwinionej, że jej prawidłowe zachowanie powinno polegać na zastosowaniu tego trybu wyłącznie na czas niezbędny do przeprowadzenia trybu konkurencyjnego. Tym samym Komisja I instancji sama uznała, że Obwiniona – w sytuacji w jakiej się znalazła - mogła zastosować tryb z wolnej ręki, tyle że na krótki okres czasu a nie na 4 lata, jak to uczyniła Obwiniona. Oznacza to jednak, że sytuacja, w której przyszło Obwinionej podejmować decyzję nie wykluczała całkowicie zastosowania trybu z wolnej ręki. Tym samym inaczej należy ocenić motyw działania obwinionego, który w danych okolicznościach nie był w ogóle uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki a inaczej motyw działania obwinionego, który mógł ten tryb zastosować udzielając zamówienia, ale na znacznie krótszy okres czasu niż to uczynił. Przy ocenie motywów działania Obwinionej znaczenie ma również fakt, że udzieliła ona zamówienia nie dowolnie wybranemu podmiotowi lecz konsorcjum, które w przetargu nieograniczonym przedstawiło ofertę na kwotę około 1 mln niższą niż pozostałych dwóch oferentów biorących udział w tym przetargu. Uwzględnić również należy to, że kwota udzielonego w trybie z wolnej ręki zamówienia była nieco niższa niż kwota najniższej oferty złożonej w trakcie przetargu nieograniczonego.

Art. 33 ust. 2 ustawy nakazuje uwzględnić przy wymiarze kary także właściwości i warunki

osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych. W kontekście tych przesłanek wymiaru kary orzeczenie Komisji I instancji jest niezrozumiałe. Komisja I instancji bowiem podkreśliła, że jako okoliczności łagodzące wzięła pod uwagę opinie o wywiązywaniu się Obwinionej z obowiązków służbowych oraz dotychczasową niekaralność. Trudno ustalić w jaki sposób Komisja I instancji wzięła pod uwagę te okoliczności łagodzące skoro wymierzyła Obwinionej karę najsurowszego rodzaju.

Przedstawione powyżej przesłanki doprowadziły GKO do przekonania, że wymierzona Obwinionej kara pieniężna jest karą zbyt surową. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 34a karę pieniężną albo karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny. GKO wymierzając Obwinionej karę nagany pragnie podkreślić, że popełniony przez Obwinioną czyn charakteryzuje się znaczną szkodliwością dla ładu finansów publicznych. Jednocześnie okoliczności naruszenia, motywy i sposób działania Obwinionej a także wskazane wyżej okoliczności łagodzące nie uzasadniają w przekonaniu GKO wymierzenia Obwinionej kary pieniężnej.

Mając na uwadze powyższe GKO orzekła jak w sentencji.