



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

Warszawa, dnia 27 stycznia 2014 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Ireneusz Piasecki (spr.)</i></b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Teresa Warszawska</i></b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Artur Walasik</i></b>
<b>Protokolant:</b>		<b><i>Bartosz Głuszko</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 27 stycznia 2014 r., odwołania Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Szefa (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji z dnia 26 września 2013 r., sygn. akt: MAC-MKO-361/35/20/2013, którym uznano Obwinionego (...) o winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na :

- 1) udzieleniu w 2011 r. zamówień publicznych na świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżania dachów budynków w rejonie działania Wojskowego (...):
  - nr 71/WZI/11/WE o wartości 265.676,64 zł netto (69.201,65 euro)
  - nr 72/WZI/11/WE o wartości 491.153,10 zł netto (127.937,77 euro)
  - nr 73/WZI/11/WE o wartości 71.749,10 zł (18.689,53 euro)
  - nr 74/WZI/11/WE o wartości 266.845,73 zł (69.509,18 euro)
  - nr 75/WZI/11/WE o wartości 350.852,76 zł (91.391,71 euro)
  - nr 76/WZI/11/WE o wartości 56.404,01 zł netto (14.692,37 euro)
  - nr 77/WZI/11/WE o wartości 63.926,98 zł (16.651,99 euro)
  - nr 131/WZI/11/WE o wartości 327.984,51 zł (85.434,88 euro)
  - nr 132/WZI/11/WE o wartości 468.231,24 zł (121.966,98 euro)
  - nr 133/WZI/11/WE o wartości 208.199,28 zł (54.232,69 euro)

- nr 134/WZI/11/WE o wartości 231.361,56 zł (60.266,10 euro)  
na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zamówień uzupełniających do zamówienia podstawowego nr 21/WZI/2010/WE, bez spełniania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;  
2) udzieleniu zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych (zadanie 57057) „Remont budynku nr 3 i 8 dla potrzeb siedziby (...)” (umowa Nr 497/2011/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Obwinionemu (...) wymierzono karę upomnienia oraz obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 308,08 zł;

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Komisję Orzekającą I instancji.**

Pouczenie

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

#### UZASADNIENIE

Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Międzyresortową Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji (dalej zwanej MKO), wnioskiem o ukaranie z dnia 7 maja 2013 r., zarzucił płk (...), pełniącemu w dniu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych obowiązki Szefa (...), naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na:

1) udzieleniu w 2011 r. zamówień publicznych na świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżania dachów budynków w rejonie działania Wojskowego (...), tj.:

- nr 71/WZI/1 1/WE o wartości 265.676,64 zł netto (69.201,65 euro)
- nr 72/WZI/1 1/WE o wartości 491.153,10 zł netto (127.937,77 euro)
- nr 73/WZI/1 1/WE o wartości 71.749,10 zł (18.689,53 euro)
- nr 74/WZI/1 1/WE o wartości 266.845,73 zł (69.509,18 euro)
- nr 75/WZI/1 1/WE o wartości 350.852,76 zł (91.391,71 euro)
- nr 76/WZI/1 1/WE o wartości 56.404,01 zł netto (14.692,37 euro)
- nr 77/WZI/1 1/WE o wartości 63.926,98 zł (16.651,99 euro)

nr 131/WZI/II/WE o wartości 327.984,51 zł (85.434,88 euro)

nr 132/WZI/I 1/WE o wartości 468.231,24 zł (121.966,98 euro)

nr 133/WZI/II/WE o wartości 208.199,28 zł (54.232,69 euro)

nr 134/WZI/II/WE o wartości 231.361,56 zł (60.266,10 euro)

na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jako zamówień uzupełniających do zamówienia podstawowego nr 21/WZI/2010/WE, bez spełniania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu oraz art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania;

2) udzieleniu zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych (zadanie 57057) "Remont budynku nr 3 i 8 dla potrzeb siedziby (...)" (umowa Nr 497/201 I/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu oraz art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania.

MKO przeprowadziła, na rozprawie w dniu 26 września 2013 r., postępowanie dowodowe. Rozważyła dyspozycję art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej zwana ustawą), określającego reguły intemporalne stosowane w razie zmiany przepisów w okresie pomiędzy datą popełnienia zarzucanych we wniosku o ukaranie czynów a datą orzekania. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy naruszenia. MKO stwierdziła, że określenie znamion naruszenia dyscypliny finansowej pozostało natomiast niezmienione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych sformułowanego w pkt 1 wniosku o ukaranie, MKO ustaliła, że 11 zamówień udzielonych w trybie z wolnej ręki stanowiło zamówienia uzupełniające do zamówienia podstawowego udzielonego w 2010 r. nr 21/WZI/2010/WE. Ogłoszenie o zamówieniu podstawowym zostało opublikowane w trzech miejscach, tj. w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń Wojskowego (...), na stronie internetowej zamawiającego oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 63-094144 z dnia 31 marca 2010 r., następnie zmienionym w dniu 9 kwietnia 2010 r. nr 2010/S 72-106960. Treść ogłoszenia opublikowanego w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń (...) oraz na stronie internetowej zamawiającego zawierała informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, natomiast ogłoszenie zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej takiej informacji nie zawierało.

Analizując stan prawny mający zastosowanie w niniejszej sprawie, MKO zważyła, że, zgodnie z art. 40 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego następuje poprzez zamieszczenie ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Przytoczony

przepis art. 40 ustawy - Prawo zamówień publicznych reguluje instytucję ogłoszenia, a nie ogłoszeń o zamówieniu publicznym, którego minimalną treść określa art. 41. Zgodnie z jego pkt 15, ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać również informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień. Wymóg ten dotyczy ogłoszenia o zamówieniu publicznym zamieszczanego we wszystkich miejscach wymaganych przez ustawę, tj. w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Od spełnienia tego wymogu uzależniona jest możliwość odstąpienia od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem zastosowanie trybu z wolnej ręki możliwe jest 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.

W ocenie MKO, brak zamieszczenia w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających wyklucza możliwość zastosowania przy ich udzieleniu trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. MKO niezakwestionowała podnoszonej przez Obwinionego i jego pełnomocnika okoliczności, że formularz konieczny do wypełnienia przez zamawiającego w celu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie zawiera osobnej rubryki przeznaczonej do zamieszczenia informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, stwierdził jednak, iż nie ma jednak przeszkód, aby informację taką zamieścić w innej rubryce formularza. W ocenie MKO, nie jest wystarczające zamieszczenie jedynie linku odsyłającego do treści ogłoszenia zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego. Tworzy bowiem kaskadową konstrukcję treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym, wprowadzając w błąd potencjalnych oferentów co do treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Oferent, który czyta ogłoszenie w oficjalnym publikatorze może w sposób usprawiedliwiony być przekonany, że w zamieszczonym linku znajduje się ogłoszenie tej samej treści, i nie ma on obowiązku zapoznania się z treścią ogłoszenia zamieszczonego w każdym z wymaganych przez ustawę - Prawo zamówień publicznych miejsc publikacji. Brak informacji o przewidywanych zamówieniach dodatkowych wykluczał w przedmiotowej sprawie możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu m.in. zamówienia z wolnej ręki stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy.

Drugi z zarzutów sformułowanych we wniosku o ukaranie dotyczył udzielenia zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do robót podstawowych (zadanie 57057) - Remont budynku nr 3 i 8 dla potrzeb siedziby (...) (umowa Nr 497/201 I/B z dnia 29 września 2011 r. na kwotę 266.996,07 zł netto) w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp bez wyczerpania przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli wykonanie

zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. MKO stoi na stanowisku, że odstąpienie od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki było bezpodstawne, nie spełniono bowiem przesłanek określonych w podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Konieczność udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe, nieobjęte zamówieniem podstawowym, wynikała nie z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, ale z wadliwie przygotowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności wadliwie przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie MKO, argumenty Obwinionego, że nie był on w stanie przewidzieć konieczności przeprowadzenia robót dodatkowych ze względu na błędy projektanta wynikające z wadliwej inwentaryzacji, nie mają znaczenia w przedmiotowej sprawie. Niska jakość projektu, w oparciu o który zamawiający przygotowywał SIWZ do postępowania na remont budynku nr 3 i 8 dla potrzeb siedziby (...), nie usprawiedliwia naruszenia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Przygotowując postępowanie zamawiający mógł dokonać tak szczegółowego opisu zamówienia, aby wyeliminować błąd projektanta - jeżeli w ogóle taki błąd miał miejsce. Zamawiający nie był w żaden sposób związany zakresem robót wskazanym w projekcie, mógł, a nawet powinien był, przewidzieć konieczność przeprowadzanie jeszcze innych prac niż wskazane przez projektanta, jak w szczególności kosztów wywozu materiałów, utylizacji płyt azbestowych, likwidacji zbiornika na wodę itp. Przygotowanie postępowania w oparciu o projekt bezkrytycznie przyjęty przez zamawiającego nie może być uznana za sytuację niemożliwą wcześniej do przewidzenia, a od spełnienia tej przesłanki uzależniona jest możliwość odstąpienia od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b Pzp. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu m.in. zamówienia z wolnej ręki stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy.

MKO wskazuje, że opisane zachowania Obwinionego miały, w jej ocenie, charakter zawiniony w rozumieniu art. 19 ust. 2 ustawy. Obwiniony, pełniąc funkcję Szefa (...), czyli będąc kierownikiem kierownika jednostki sektora finansów publicznych (art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.) oraz kierownikiem zamawiającego (art. 18 ust. 1 Pzp) powinien dołożyć staranności przy interpretacji przepisów prawnych, jakie stosować należało w prowadzonych przez niego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszone przez niego przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b oraz pkt 6 Pzp nie są ani regulacjami nowymi, ani szczególnie zawiłymi, a przy zachowaniu odpowiedniej staranności obwiniony miał możliwość uniknięcia błędu w stosowaniu przepisów dotyczących przesłanek udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Jego winy nie zmniejsza również argument o korzystaniu z pomocy profesjonalisty przy interpretacji Prawa zamówień publicznych, tj. radcy prawnego z kancelarii prawnej świadczącej usługi na rzecz (...). Jak wynika z wyjaśnień, Obwiniony (...) konsultował się w przedmiocie treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym zamieszczanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Konsultacje miały charakter telefonicznej porady prawnej, nie zostały potwierdzone żadną pisemną opinią. Istnienie takiej opinii nie wpłynęłoby zresztą na ocenę stopnia zawinienia obwinionego w niniejszej sprawie. Oceniając podstawy odpowiedzialności obwinionego, MKO kierowała się dyspozycją art. 23 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym nieświadomość tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona (co w niniejszej sprawie w ocenie MKO nie miało miejsca). MKO zwróciła ponadto uwagę, na utrwalone w tej mierze orzecznictwo GKO wskazujące, iż osobę pełniącą funkcję kierownika jednostki cechować powinna wysoka świadomość prawna oraz znajomość przepisów prawa na poziomie wyższym niż podstawowy (orzeczenie GKO z dnia 21 marca 2011 r., BDF1/4900/12/13/11/507), a błędne stanowisko radcy prawnego nie oznacza

automatycznie zaistnienia usprawiedliwionego błędu w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy. (orzeczenie GKO z dnia 5 września 2011 r., BDF1/4900/58/64/11/1842). Naruszenie zasady konkurencyjności udzielania zamówień publicznych i odstępowania od tej reguły jedynie w wyraźnie przewidzianych przez ustawę przypadkach (np. w naruszonych przez Obwinionego art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b oraz pkt 6 Pzp), przemawiają przeciwko uznaniu czynów za znikomo szkodliwe dla finansów publicznych w oparciu o art. 28 ustawy.

W uzasadnieniu MKO czytamy, że wymierzona Obwinionemu kara upomnienia jest najniższą z ustawowego katalogu kar przywidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i w ocenie MKO kara ta jest adekwatna do wagi popełnionych przez obwinionego uchybień, stopnia zawinienia i ich skutków. Wymierzając najniższą z kar, MKO wzięła pod uwagę również dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. MKO nie znalazła natomiast podstaw do zastosowania wobec Obwinionego dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary, o co wnioskował jego pełnomocnik. W przedmiotowej sprawie nie miały miejsca żadne nadzwyczajne okoliczności powodujące, że nawet najniższa z ustawowo określonego katalogu kar byłaby dla obwinionego niewspółmiernie surowa (art. 36 ustawy). Wymierzona kara upomnienia spełni, w ocenie MKO, swoje funkcje zarówno w zakresie prewencji indywidualnej, jak również w obszarze kształtowania prawnej świadomości co do konieczności przestrzegania ustawowych wymogów odnoszących się do procedury udzielania zamówień publicznych.

W dniu 18 listopada 2013 r. Obwiniony płk (...) reprezentowany przez radcę prawnego (...) złożył odwołanie od orzeczenia z dnia 26 września 2013 r wnosząc jednocześnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionego lub też ewentualne umorzenie postępowania. W złożonym odwołaniu składający je wskazał, iż, w jego ocenie, skarżone orzeczenie zawiera wady polegające na:

- wydaniu go w oparciu o wadliwe przypisanie Obwinionemu winy, nieuwzględnienie przy jej określaniu faktu, że korzystał on z opinii specjalistów – radców prawnych i zastosował się do ich stanowiska,
- niedopełnieniu przez MKO obowiązku dokonania indywidualnych ustaleń co do okoliczności faktycznych, które umożliwiłyby dokonanie indywidualnej oceny Obwinionego takich jak np. zakres jego czynności i liczbę spraw, jakimi musiał się zająć w ramach obowiązkowych zajęć,
- nie dokonania przez MKO rozważenia argumentacji skarżącego dotyczącej zarzutu udzielenia w 2011 r. zamówień publicznych na świadczenie usług czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżanie dachów budynków w rejonie działania (...), na podstawie art. 67 ust. 1 Pzp, jako zamówień uzupełniających do zamówienia podstawowego nr 21/WZI/2010/WE bez spełnienia przesłanek stosowania tego trybu, tj. naruszenia postanowień art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt. 6 Pzp. Skarżący wskazywał, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wprost stosować przepisy ustawy kodeks cywilny. Przepisy ustawy k.c. należało wprost stosować przy interpretacji art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie znajduje podstaw wyłączenie 65 § 1 k.c. przy interpretacji zapisów ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego publicznych na świadczenie usług czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych terenów zielonych i utwardzonych oraz odśnieżanie dachów budynków w rejonie działania (...). Sam fakt ustalenia i ogłoszenia w DUUE wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości ewentualnych zamówień uzupełniających, w sposób wystarczający pozwala ustalić, że przedmiotem ogłoszenia objęte były także zamówienia uzupełniające. Oświadczenia woli, w tym zawarte w ogłoszeniu, należy tłumaczyć z uwzględnieniem wszelkich okoliczności w ogłoszeniu zawartych. Nie bez znaczenia jest okoliczność, którą MKO uznała za fakt, który należy pominąć, że w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie wskazano ani miejsca ani sposobu, w jaki zamawiający winien przedstawić informację o zamówieniach uzupełniających. W ten sposób, w ocenie

Obwinionego dano swobodę co do sposobu publikowania przedmiotowej informacji. Przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie kreują odpowiedzialności za udzielenie zamówienia uzupełniającego, w sytuacji gdy można mieć wątpliwość, czy oświadczenie zamawiającego co do potencjalnego udzielenia zamówień uzupełniających zostało wyrażone w sposób dostatecznie precyzyjny. Aby móc ustalić stopień wymaganej precyzji należałoby stworzyć stosowny wzorzec, którego brak było na dzień orzekania przez MKO.

Ponadto w odwołaniu podniesiono, że Obwiniony, zgodnie z art. 67 ust. 2 Pzp, przekazał zawiadomienie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania nr 72/WZI/WE, o wartości 4910153,10 zł netto (127937,77 euro) podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 6 Pzp, jako zamówienia uzupełniającego, do zamówienia podstawowego nr 21/WZI/2010 /WE a prezes UZP nie wniósł zastrzeżeń do przyjętego trybu, co utwierdziło płk (...) w przekonaniu o prawidłowości przyjętego trybu, dla tego i pozostałych zamówień publicznych.

Na rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą (dalej zwaną GKO), która odbyła się w dniu 24 stycznia 2014 roku, stawili się Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Paweł Laudański, Obwiniony oraz obrońca Obwinionego.

Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w trakcie rozprawy wnioskował o uchylenie zaskarżonego przez Obwinionego orzeczenia, uzasadniając swój wniosek wyjaśnił, że zaskarżone orzeczenie nie może pozostać w obrocie prawnym, gdyż w sentencji orzeczenia nie wynika jasno, jakie czyny MKO przypisała Obwinionemu. Zawarty w sentencji zwrot „uznaje obwinionego płk. (...) odpowiedzialnym popełnienia czynu” tak naprawdę nie konkretyzuje czy chodzi o pojedynczy czyn czy o czyny. Nie wiadomo, jak traktować 2 czyny opisane w początkowej części orzeczenia.

Wątpliwości Zastępcy Głównego Rzecznika budzi także sam opis czynu wymienionego w pkt 1, gdzie mamy do czynienia z kilkoma zamówieniami z wolnej ręki, nie z jednym. Są to różne umowy, więc jeśli, zdaniem Rzecznika I instancji, rozważając odpowiedzialność, to należy traktować każdy z tych czynów odrębnie. MKO, zdaniem Zastępcy Głównego Rzecznika, trafnie uznała, że informacja o ewentualnych przewidywanych zamówieniach uzupełniających powinna zostać zawarta Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikatorze europejskim ale w tych okolicznościach MKO nie wykazała w sposób wystarczający, że Obwiniony zawinił. Jest tylko informacja, że konsultował te kwestie z radcą prawnym.

Co do zamówień dodatkowych Zastępca Głównego Rzecznika stwierdził, że MKO nie odniosła się do okoliczności podniesionych przez Obwinionego, który wyjaśniał, że nie brał udziału w opracowaniu dokumentacji. MKO nie wskazała prawidłowego wzorca postępowania w sytuacji, kiedy na budowie, prowadzone były prace remontowe na podstawie umowy i pojawiła się konieczność wykonania robót dodatkowych.

Po przeanalizowaniu dotychczasowego postępowania i treści wydanego orzeczenia w szczególności jego sentencji, Skład Orzekający GKO stwierdził, iż zaskarżone orzeczenie zawiera braki materialnoprawne niepozwalające na uznanie, iż spełnia wymogi art. 135 ust. 3 ustawy.

Zgodnie bowiem z art. 135. ust. 2 ustawy, Komisja orzekająca wydaje orzeczenie, które zawiera:

- 1) oznaczenie komisji orzekającej, która je wydała, imiona i nazwiska przewodniczącego oraz członków składu orzekającego i protokolanta;
- 2) datę i miejsce wydania orzeczenia;
- 3) oznaczenie oskarżyciela, jego imię i nazwisko;
- 4) imię, nazwisko, adres zamieszkania obwinionego oraz zajmowane przez niego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych stanowisko;

- 5) określenie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz z podaniem sposobu i czasu jego popełnienia, naruszonego przepisu prawa oraz przepisu ustawy określającego to naruszenie;
- 6) rozstrzygnięcie komisji orzekającej;
- 7) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania, z podaniem podstawy prawnej i ich wysokości;
- 8) pouczenie o terminie i trybie zaskarżenia.

Zgodnie natomiast z art. 135 ust. 3 ustawy, w przypadku przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych orzeczenie powinno zawierać dodatkowo:

- 1) określenie naruszenia dyscypliny finansów publicznych przypisanego obwinionemu, wraz z podaniem sposobu i czasu jego popełnienia, wskazaniem naruszonego przepisu prawa oraz przepisu ustawy określającego to naruszenie;
- 2) rozstrzygnięcie co do kary albo o odstąpieniu od jej wymierzenia, z podaniem podstawy prawnej.

W zaskarżonym orzeczeniu MKO nie zawarła określenia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz z podaniem sposobu i czasu jego popełnienia ani też naruszonego przepisu prawa, o którym mowa w art. 135 ust. 2 pkt 5 ustawy. Wskazanie tylko przepisu ustawy określającego to naruszenie nie daje GKO możliwości uznania, iż zapisy omawianego przepisu zostały wypełnione.

Odwołanie się przez MKO w sentencji zaskarżonego orzeczenia do opisu czynu, który zawarty jest we wniosku nie może również zostać uznane za wystarczające do stwierdzenia, że orzeczenie zawiera opis czynu, za którego popełnienie MKO uznała Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Jednocześnie, poprzez zawarcie odesłania do opisu czynu zawartego we wniosku o ukaranie, MKO nie sprostала wymaganiom art. 135 ust. 3 ustawy i nie wskazała terminu popełnienia czynu i sposobu jego popełnienia. Do powyższej kwestii ustosunkowała się GKO wielokrotnie, na przykład w orzeczeniu z dnia 23 stycznia 2006 r. Nr DF/GKO/Odw.-89/116-118/2005/824/861 (LEX nr 176591) stwierdzając, iż „wprawdzie w treści orzeczenia (w początkowej części) wskazano jakie zarzuty postawiono konkretnym obwinionym, ale w sentencji nie znalazł się opis zarzucanego czynu (...). Takiego sposobu przypisania odpowiedzialności nie można uznać za prawidłowy, ponieważ nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, jakie czyny zostały Obwinionym przypisane”.

W zaskarżonym orzeczeniu nieprawidłowo określono również wysokość kosztów postępowania jakimi został obciążony Obwiniony. Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy, koszty te należało określić na kwotę 291,71 zł nie zaś jak to orzeczono na kwotę 308,08 zł. Każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zwraca na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania, które określa się ryczałtowo w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 26 ustawy.

GKO, wobec wyżej opisanych braków orzeczenia, nie mogła stwierdzić, czy doszło do popełnienia przez Obwinionego czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych – czyny te bowiem nie zostały opisane ani też umiejscowione w czasie, w orzeczeniu, które zostało przez Obwinionego zaskarżone. Bezprzedmiotowe bowiem jest rozważanie dotyczące merytorycznej zasadności rozstrzygnięcia MKO w stosunku do czynów nieskonkretyzowanych w orzeczeniu. Ponadto, dokonując analizy materiału dowodowego i wydając na skutek tej czynności merytoryczne orzeczenie GKO spowodowałyby naruszenie zasady dwuinstancyjności postępowania. Zauważyć należy, że, zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy, wskazania GKO co do dalszego postępowania byłyby wiążące dla komisji orzekającej, której sprawę przekazano. Dokonanie przez GKO oceny argumentów podniesionych w odwołaniu uniemożliwiłaby dokonanie innych ustaleń przez MKO doprowadzając do naruszenia zasady dwuinstancyjności w tym zakresie. Dlatego też, Skład Orzekający GKO uznał za zasadne uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia stosowanie do uregulowań zawartych w art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy.



**Sygn. akt BDF1/4900/98/102/13/RWPD-129243**

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.