



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 26 listopada 2012 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Artur Walasik
	<i>Członek GKO:</i>	Anna Dąbrowska-Puszkiewicz
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2012 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 17 sierpnia 2012 r., nr RKO/7101/48/12, którym uznano Obwinionego (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Prezydenta Miasta (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w trybie z wolnej ręki w dniu 30 czerwca 2009 r., zamówienia na wykonanie robót dodatkowych dla zadania „Budowa drogi w ulicy (...) wraz z oświetleniem w dzielnicy (...)”, pomimo braku przesłanek do zastosowania tego trybu, czym naruszył art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz.759 z późn. zm.), za ww. czyn wymierzono Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążono obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i w związku z art. 78 ust. 2 i art. 78 ust. 1 pkt 7 ustawy umarza postępowanie w sprawie.

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

Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, pismem z dnia 29 grudnia 2011 r. złożyła Naczelnik Wydziału Kontroli Gospodarki Finansowej Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach, działająca z upoważnienia Prezesa Izby.

Na tej podstawie Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Katowicach - dalej Rzecznik I instancji, postanowił o wszczęciu postępowania wyjaśniającego wobec Pana (...) – Zastępcy Prezydenta Miasta (...).

W dniu 11 maja 2012 r. Rzecznik I instancji złożył wniosek o ukaranie Pana (...), obwiniając o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. o popełnienie czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - zwanej dalej undfp, poprzez naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przy udzieleniu zamówienia publicznego w dniu 30 czerwca 2009r. w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonanie robót dodatkowych dla zadania: Budowa drogi w ulicy (...) wraz z oświetleniem w dzielnicy (...) a dokonując wyboru trybu zamówienia naruszył przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych .

Rzecznik I instancji uznał, że Obwiniony (...) jako Zastępca Prezydenta Miasta (...) w sposób nieuprawniony i sprzecznie z prawem dokonał wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, wbrew przesłankom określonym w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień

publicznych, a w wyniku procedury zamówienia udzielił zamówienia publicznego w dniu 30 czerwca 2009 r. Rzecznik I instancji poza skrótowym opisaniem stanu faktycznego określił naruszenie prawa przez Obwinionego jako brak uzasadnienia, aby roboty dodatkowe były niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

W dniu 17 sierpnia 2012 r. Regionalna Komisja Orzekająca przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach w sprawie RKO/7101/48/12 wydała orzeczenie wobec Pana (...) i uznała Go odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 undfp, poprzez udzielenie w trybie z wolnej reki w dniu 30 czerwca 2009 r. zamówienia na wykonanie robót dodatkowych dla zadania „Budowa drogi w ulicy (...) wraz z oświetleniem w dzielnicy (...)”, pomimo braku przesłanek do zastosowania tego trybu. Przypisując Obwinionemu (...) odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja I instancji wymierzyła karę upomnienia.

Komisja I instancji ustaliła, że w dniu 24 kwietnia 2009 r. zawarta została umowa pomiędzy Zamawiającym - Gminą (...) reprezentowaną przez Pana (...) działającym jako Zastępca Prezydenta Miasta oraz Naczelnika Wydziału Inwestycji i Remontów a Wykonawcą - Przedsiębiorstwem (...), w wyniku której zlecono Wykonawcy realizację zadania, pn. „Budowa drogi w ulicy (...) wraz z oświetleniem w dzielnicy (...)”.

W dniu 16 czerwca 2009 r. sporządzony został protokół konieczności wykonania robót dodatkowych a w dniu 30 czerwca 2009 r., Gmina (...) umową o zamówienie publiczne, zleciła dotychczasowemu wykonawcy realizację robót dodatkowych. Zakres rzeczowy prac, wynikający z protokołu konieczności, obejmował wykonanie nawierzchni w dwóch przyległych gankach ulicy, przy czym za stan konieczności uznano uzyskanie oszczędności finansowych w przetargu podstawowym, co umożliwiło zaangażowanie środków na dodatkowy zakres robót, uwzględniono także petycje mieszkańców o rozszerzenie zakresu prac oraz ukończenie infrastruktury podziemnej w tychże gankach. W oparciu o zatwierdzony m.in. przez Obwinionego (...) protokół konieczności zawarta została umowa o zamówienie publiczne ustalająca wynagrodzenie wykonawcy w wysokości 179.931,35 złotych. Zamówienie publiczne udzielone zostało w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy -Prawo zamówień publicznych. Komisja I instancji poddała ocenie podstawę prawną zastosowania trybu zamówienia z wolnej reki wynikającą ze wskazanego przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych i stwierdziła, iż istotą robót dodatkowych jest ich nieprzewidywalność oraz to, że wykraczają poza przedmiot zamówienia i dokumentację projektową a ponadto zamówienie dodatkowe jest niezbędne do

prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. W ocenie Komisji I instancji, w przedstawionym stanie faktycznym nie zaszła podstawa do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłankę związaną z zamówieniem dodatkowym, albowiem konieczność zamówienia dodatkowego nie warunkowała prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego a także nie wystąpił stan niemożliwości przewidzenia konieczności zlecenia robót dodatkowych.

Komisja I instancji uznała, iż Obwiniony (...) jest odpowiedzialny za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ponieważ jako Zastępca Prezydenta Miasta działał w imieniu Zamawiającego a zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, to kierownik jednostki odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne. A nadto odpowiedzialność kierownika jednostki wynika, zdaniem Komisji I instancji, z art. 4 pkt 1 undfp, wskazującym na odpowiedzialność dyscyplinarną osób wchodzących w skład organu wykonującego budżet lub zarządzającego mieniem jednostki sektora finansów publicznych. Komisja I instancji nie przyjęła argumentacji obrońcy Obwinionego, jakoby wybór trybu zamówienia z wolnej ręki dokonany został przez komisję przetargową, co znajduje potwierdzenie w zarządzeniu (...) w sprawie powołania komisji przetargowej a także odrzuciła argument, iż za wybór trybu postępowania powinno odpowiadać BZP (biuro zamówień publicznych), co wynika z uregulowań wewnętrznych zawartych w zarządzeniu (...). Komisja Orzekająca I instancji skwitowała pogląd o odpowiedzialności innych osób za nieprawidłowy wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego stwierdzeniem, iż decyzje o wyborze trybu podejmuje kierownik jednostki a więc brak jest podstaw do zwolnienia Obwinionego od postawionego zarzutu.

Pismem z dnia 20 września 2012 r. Obwiniony (...) wniósł odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wobec orzeczenia wydanego w postępowaniu w I instancji przez Komisję Orzekającą I instancji i sformułował zarzuty naruszenie przez ten organ, przy wydaniu orzeczenia w dniu 17 sierpnia 2012 r. przepisów art. 19 ust. 2, art. 137 ust. 2 pkt 1, art. 17 ust. 1b pkt 2, art. 28 ust. 1, art. 137 ust. 2 pkt 4, art. 22 undfp oraz art. 67 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wobec uznania, iż orzeczenie we wskazanym zakresie narusza prawo wniósł o uniewinnienie lub o umorzenie postępowania dyscyplinarnego.

W uzasadnieniu żądania Obwiniony powołał się na brak formalnego uzasadnienia winy, co jest wymagane w świetle art. 19 ust. 2 undfp, a ponadto orzeczenie o winie powinno zawierać pouczenie, jak powinien działać Obwiniony, aby naruszenia uniknąć. Domagając się

wskazania stopnia zawinienia, Odwołujący zakwestionował podstawę uznania go odpowiedzialnym tylko na tej podstawie, iż podpisał umowę o zamówienie publiczne. W ocenie Odwołującego, obowiązujące w jednostce zarządzenia wewnętrzne wyznaczyły osoby lub jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za wybór trybu postępowania. W argumentacji Odwołującego przytoczony został także przepis art. 67 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wskazany jako podstawa ewentualnego zamówienia uzupełniającego, za które mogłoby być uznane udzielone zamówienie dodatkowe. Ostatecznie Odwołujący podnosi zarzut nie uwzględnienia argumentacji obrony opierającej się na przepisie art. 28 ustawy undfp, albowiem zamówienie dodatkowe nie uszczupliło finansów publicznych, zostało zlecone temu samemu wykonawcy, wybranemu w trybie przetargu nieograniczonego a roboty dodatkowe wykonane zostały z uwzględnieniem tych samych stawek za wykonanie prac, jak w zamówieniu podstawowym. Odwołanie wskazuje także na brak uzasadnienia wymierzenia kary upomnienia a także na możliwość zastosowania art. 36 ust. 1 undfp i orzeczenia o odstąpieniu od wymierzenia kary z uwagi na wzorowe wypełnianie obowiązków przez Obwinionego.

Na podstawie wniesionego odwołania, w oparciu o zebrany materiał dowodowy w sprawie, Główna Komisja Orzekająca ustaliła i przyjęła, co następuje.

W niniejszej sprawie udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło w dniu 30 czerwca 2009 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym przepisem prawa, zamówienie dodatkowe na wykonanie robót budowlanych powinno nastąpić na rzecz dotychczasowego wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienie dodatkowe nie może być objęte zamówieniem podstawowym i powinno obejmować zakres rzeczowy o wartości do 50% wartości realizowanego zamówienia. Zamówienie dodatkowe powinno być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego a wykonanie zakresu dodatkowego powinno być uznane za konieczne do wykonania zamówienia podstawowego. Przedmiot zamówienia dodatkowego nie może być objęty zakresem zamówienia podstawowego (w przeciwnym przypadku nie zachodziłaby potrzeba udzielania zamówienia dodatkowego), powinien być jednak niezbędny do prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego. Niezbędność zamówienia dodatkowego dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego może przejawiać się dwojako. Bądź z przyczyn technicznych lub gospodarczych, oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie

wysokich kosztów, bądź wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. (vide: Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 67 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex 2012).

W objętym niniejszą sprawą stanie faktycznym, roboty dodatkowe zlecone zostały po wcześniejszym ustaleniu w protokole konieczności z dnia 16 czerwca 2009 r. potrzeby (konieczności realizacji) nawierzchni dwóch ganków remontowanej na podstawie zamówienia podstawowego ulicy (...). Zamówienie w trybie z wolnej ręki zainicjowane zostało na podstawie „Wniosku o zamówienie publiczne” z dnia 18 czerwca 2009 r., w którym zawarto uzasadnienie faktyczne wyboru trybu, tj. „wystąpienie robót dodatkowych związanych z koniecznością dodatkowych dojazdów do posesji.” W sprawie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki opinie o wyborze podpisał kierownik Biura zamówień publicznych, natomiast Obwiniony (...) wyraził zgodę na realizację wniosku o zamówienie publiczne, co należy oceniać jako równoznaczne z wyrażeniem zgody na wybór trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamówienie publiczne zlecone zostało umową z dnia 30 czerwca 2009 r. Przedsiębiorstwu (...) a termin zawarcia umowy nakłada się na czas realizacji zamówienia podstawowego, objętego umową z dnia 24 kwietnia 2009 r. realizowanego przez 5 miesięcy, tj. do 24 września 2009 r. Tak ustalone daty (tożsamość czasowa) wykonania zamówienia podstawowego i wykonania robót dodatkowych mogą uzasadniać tezę, iż zamówienie podstawowe zostało rozszerzone o zakres robót dodatkowych.

Główna Komisja Orzekająca nie przyjęła argumentacji przedstawionej w odwołaniu, iż można zamówienie z dnia 30 czerwca 2009 r. zakwalifikować jako zamówienie uzupełniające, ponieważ podniesiona argumentacja nie ma żadnego powiązania i oparcia w materiale dowodowym i ustalonym stanie faktycznym. Przytoczony w odwołaniu przepis art. 67 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, należy zakwalifikować jako oczywistą omyłkę, gdyż ustawa - Prawo zamówień publicznych nie zawiera takiej regulacji. Tak więc ani z podstawy prawnej ani z uzasadnienia werbalnego nie można przyjąć argumentacji o zrealizowaniu przez Zamawiającego zamówienia uzupełniającego, tym bardziej, że argumentacja ta koliduje z dowodami w sprawie.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, iż w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do umorzenia postępowania w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 78 ust. 1 pkt 7 undfp. Przepis ten upoważnia do umorzenia postępowania, jeżeli organ orzekający ustali wagę

naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych a także skutki naruszenia. W art. 28 ust. 2 pkt 1-5 undfp, ustawodawca sprecyzował katalog okoliczności, które organ orzekający bierze pod rozwagę przy ocenie stopnia szkodliwości czynu dla ładu finansów publicznych, a za istotne w niniejszej sprawie należy przyjąć przede wszystkim skutki naruszenia przypisanego Obwinionemu (...).

Treść art. 28 ust. 2 undfp, nakazuje w powyższym zakresie wprost uwzględnić: wysokość uszczuplonych środków publicznych, kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych, kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem, wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem oraz kwotę odsetek, kar i opłat zapłaconych wskutek zwłoki w opłaceniu należności, oczywiście przy zachowaniu indywidualnych cech sprawcy, a także w zależności od rozmiaru popełnionego czynu, którego dotyczy dane postępowanie.

Główna Komisja Orzekająca, oceniając szkodliwość naruszenia miała świadomość, że w przypadku naruszeń określonych w art. 17 ustawy należy wziąć pod uwagę w szczególności, zgodnie z art. 28 ust. 3 ustawy, sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej jednakże, najistotniejsze w niniejszej sprawie są sposób i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych a także skutki naruszenia. Uwzględniono zatem w szczególności, że wybrany do wykonania zamówienia dodatkowego Wykonawca przyjął do wykonania zamówienie na warunkach zamówienia podstawowego. Zamówienie podstawowe zlecone zostało po przeprowadzeniu najbardziej konkurencyjnego trybu postępowania o zamówienie publiczne, a wybór najkorzystniejszej oferty doprowadził do zawarcia umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą oferującym najniższą cenę wykonania. Tym samym, zachowanie tych samych cen za wykonanie zamówienia w postępowaniu z wolnej ręki może być uznane za ekonomicznie uzasadnione a oceniając ten argument przez pryzmat szkodliwości czynu dla finansów publicznych, to można z pełnym przekonaniem przyjąć, że Zamawiający w kolejnym konkurencyjnym postępowaniu nie otrzymałby korzystniejszej cenowo oferty. Tym samym uzasadnione gospodarczo było to, aby kontynuować wykonanie zadania „budowa drogi w ulicy (...)” przy udziale dotychczasowego Wykonawcy, albowiem oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

Ponadto Główna Komisja Orzekająca rozważyła, jak zgodnie z prawem powinien postąpić kierownik jednostki zamawiającej w przypadku zlecenia wykonania prac w obrębie tej samej ulicy wykraczających poza zakres zamówienia publicznego. Chcąc zachować zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w szczególności jawność postępowania i uczciwą konkurencję, należałoby w trakcie wykonywania robót wynikających z umowy podstawowej podpisanej w dniu 24 kwietnia 2009 r. wszcząć procedurę konkurencyjną, np. przetarg nieograniczony. Z dużym prawdopodobieństwem należy przyjąć, że oferty złożone w kolejnym postępowaniu nie odbiegałyby od cen ofert złożonych w przetargu nieograniczonym przeprowadzonym przed dniem zawarcia umowy o zamówienie podstawowe.

Jeżeli więc prace dodatkowe wykonane zostały według cen najkorzystniejszych oferowanych w roku 2009 na rynku Miasta (...), to trudno uznać zlecenie tych robót za szkodliwe dla finansów publicznych.

Główna Komisja Orzekająca, wzięła pod rozwagę głównie aspekt ekonomiczny i gospodarczy niniejszej sprawy, który przeważał nad bardzo formalną oceną przesłanek wyboru trybu postępowania.

Na tych podstawach prawnych i zgodnie z powyższą argumentacją należało orzec, jak w sentencji.