



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 3 grudnia 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szelerski
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek
	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk
Protokolant:		<i>Paweł Matusiak</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Roberta Wydry,**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionej (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z 24 czerwca 2015 r., sygn. akt: RKO-522/66/14, którym uznano Obwinioną (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...) - odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w rozumieniu 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), polegające na udzieleniu w dniu 6 grudnia 2013 r. Panu (...), prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa (...) z siedzibą w (...), zamówienia publicznego na wykonanie robót dodatkowych odnoszących się do zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 - 0+685 (...) - Etap II” w ramach projektu „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 - 0+685 w (...)”, w trybie z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek uzasadniających zastosowanie wskazanego trybu opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 5

lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.),

oraz wymierzono Obwinionej karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

I. Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwanej dalej ustawą, uchyla zaskarżone orzeczenie w całości oraz w zw. z:

- 1) art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 78 ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinioną w zakresie robót wskazanych w pkt 1 i 2 protokołu konieczności nr 1/2013 stanowiącym załącznik do umowy z 6 grudnia 2013 r. na wykonanie robót dodatkowych odnoszących się do zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 - 0+685 w (...) - Etap II” w ramach projektu „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 - 0+685 w (...)”,**
- 2) art. 78 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 78 ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinioną w zakresie robót wskazanych w pkt 3-5 protokołu konieczności nr 1/2013 stanowiącym załącznik do umowy z 6 grudnia 2013 r. na wykonanie robót dodatkowych odnoszących się do zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 - 0+685 w (...) - Etap II” w ramach projektu „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 - 0+685 w (...)”.**

II. Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

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

Orzeczeniem z dnia 24 czerwca 2015 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (nazywana dalej także RKO) uznała Panią (...), pełniącą w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...), odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu w dniu 6 grudnia 2013 r. Panu (...), prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa (...), z siedzibą w (...) (nazywanym dalej *Wykonawcą*), zamówienia publicznego na wykonanie robót dodatkowych odnoszących się do zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 – 0+685 w (...)– Etap II” w ramach projektu „Odbudowa drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 – 0+685 w (...)– Etap II”, w trybie z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek uzasadniających zastosowanie wskazanego trybu opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. RKO wymierzyła Obwinionej karę upomnienia oraz obciążyła kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

RKO, mając na względzie dyspozycję art. 24 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustaliła, że pomiędzy datą popełnienia przypisanych Obwinionej czynów, a datą orzekania nie uległ zmianie stan prawny.

W zakresie stanu faktycznego RKO wskazała, że w dniu 4 września 2013 r. Gmina (...) zawarła z Wykonawcą umowę na wykonanie robót budowlanych polegających na odbudowie drogi gminnej ul. (...) w km 0+000 – 0+685 w (...)– Etap II. W dniu 25 października 2013 r. spisano protokół konieczności nr 1/2013, w którym stwierdzono konieczność wykonania następujących robót:

- 1) wykonanie nawierzchni asfaltowej na zjazdach celem nawiązania się do nowej nawierzchni jezdni;
- 2) zabudowa rowu otwartego na odcinku od skrzyżowania z (...) do wjazdu do Szkoły Podstawowej Specjalnej dla Dzieci Niewidomych;
- 3) zakup nowej kostki betonowej celem wbudowania na chodniku;
- 4) przebudowa i zabezpieczenie niezainwentaryzowanych urządzeń podziemnych;
- 5) montaż elementów zabezpieczających – barier ochronnych.

Sygn. akt BDF1.4800.124.2015

W uzasadnieniu protokołu wskazano: „W związku ze zmianą niwelety drogi zachodzi konieczność dostosowania istniejących zjazdów do projektowanej niwelety. Wykonawca dokona przebudowy zjazdów publicznych w celu bezpiecznego połączenia z instytucjami publicznymi. Ze względu na lokalizację w sąsiedztwie przedmiotowej drogi budynku Szkoły Podstawowej Specjalnej dla Dzieci Niewidomych, w celu podniesienia poziomu bezpieczeństwa użytkowania drogi w szczególności przez dzieci uczęszczające do w/w szkoły, istniejący rów otwarty zlokalizowany w sąsiedztwie drogi należy zabudować rurami Wipro fi500. Po zdemontowaniu kostki betonowej z chodników stwierdzono, że kostka betonowa nie nadaje się do ponownego wbudowania. Należy zakupić nową kostkę nawiązującą się do istniejącej kostki w ciągach ulicznych. W trakcie prowadzonych robót Wykonawca natrafił na niezinventaryzowane kable energetyczne oraz teletechniczne. Przedmiotowe uzbrojenie techniczne należy przebudować i zabezpieczyć. Ze względu na zły stan techniczny istniejących barier w rejonie mostu w ciągu (...) w kierunku przychodni zdrowia zachodzi konieczność wykonania montażu nowych barier w celu podniesienia bezpieczeństwa użytkowników drogi.”. Zakres robót wynikających ze wskazanego protokołu konieczności objęty został zamówieniem dodatkowym udzielonym po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość zamówienia dodatkowego ustalono na kwotę 230.906,49 zł brutto.

W toku prowadzonego postępowania RKO uwzględniła wniosek dowodowy Obwinionej o uzupełnienie materiału dowodowego o opinię biegłego ds. budownictwa i dopuściła dowód z opinii Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w (...) na okoliczność określenia, czy roboty budowlane objęte umową dodatkową były do przewidzenia w okresie przygotowywania postępowania przetargowego przez Gminę, czy też na projektancie wobec treści zawartej z nim umowy oraz obowiązujących przepisów ustawy Prawo budowlane spoczywał obowiązek przewidzenia konieczności zabudowy rowu odwadniającego oraz, czy konieczność zabudowy rowu odwadniającego wymuszała konieczność zmiany profilu poprzecznego drogi z daszkowatego na jednostronny w kierunku krawężnika i w konsekwencji konieczność dostosowania istniejących zjazdów do nowej niwelety drogi i czy powyższe okoliczności spowodowały, że wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione bezpośrednio od uprzedniego wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie RKO, w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione wszystkie konieczne przesłanki (które powinny być spełnione łącznie) dopuszczające udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Zdaniem RKO, udzielenie zamówienia nie wynikało z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. RKO w uzasadnieniu wskazała: „Nie sposób zgodzić się, iż cechy nieprzewidywalności posiadały roboty budowlane wskazane w pkt 2 protokołu konieczności tj. zabudowa rowu odwadniającego w sąsiedztwie Szkoły (...), co w konsekwencji pociągało za sobą konieczność budowy nowych nawierzchni na zjazdach i dostosowania ich do nowej niwelety.” RKO uznała, że to Zamawiający określa i odpowiada za zakres inwestycji. Tym samym RKO nie podzieliła stanowiska Obwinionego, że to projektant powinien był przewidzieć konieczność zabudowy rowu odwadniającego. RKO odwołała się także do opinii wyrażonej przez Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, zgodnie z którą określony przez inwestora zakres planowanej inwestycji, o ile nie narusza powszechnie obowiązujących przepisów (a takiego naruszenia nie stwierdzono), jest wiążący m. in. dla projektanta. Podjęcie zatem decyzji, czy odbudować istniejący rów odwadniający, czy też wykonać jego zabudowę, stanowi jeden z elementów dotyczących kwestii określenia zakresu opracowania projektowego, co do którego decyzję podejmuje inwestor (Zamawiający). W ocenie RKO, „roboty dotyczące zabudowy rowu odwadniającego i wszystkie z tym związane skutki nie noszą cech nieprzewidywalności i przy dołożeniu staranności mogły być ujęte w zamówieniu podstawowym”, co prowadzi do wniosku, że doszło do naruszenia przepisów dotyczących przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie od orzeczenia RKO wniósł obrońca Obwinionej, zaskarżając orzeczenie w całości i formułując następujące zarzuty:

- 1) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy:
 - art. 89 ust. 1 w zw. z ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez przyjęcie, że wnioski dowodowe obrońcy Obwinionej zawarte w piśmie z dnia 22 maja 2015 r. w sposób oczywisty zmierzały do przedłużenia postępowania oraz [dotyczyły] okoliczności, które miałyby być udowodnione tymi wnioskami nie mających znaczenia dla sprawy, przez co RKO „nie zebrało wyczerpująco materiału dowodowego i w konsekwencji nie wszechstronnie rozpatrzyło materiał dowodowy”,

Sygn. akt BDF1.4800.124.2015

- art. 78 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 28 ust. 1, 1a i 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez ich niezastosowanie i wymierzenie kary upomnienia,
- art. 135 ust. 1 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 przy zastosowaniu art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez uznanie Obwinionej winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych,
- art. 135 ust. 1 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 7 przy zastosowaniu art. 28 ust. 1, 1a i 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez „nie umorzenie postępowania ze względu na znikomy stopień szkodliwości czynu”,
- art. 135 ust. 1 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 1 i 3 [ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych], poprzez uznanie Obwinionej winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez przyjęcie, że Obwiniona swoim zachowaniem wyczerpała znamiona czynu opisanego w przedmiotowym przepisie,
- art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. c i pkt 4 w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 1c przy zastosowaniu art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane, poprzez „błędną wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie (niezastosowanie)”, polegające na przyjęciu, że to na inwestorze, a nie na projektancie spoczywa obowiązek uwzględnienia okoliczności, iż w bezpośrednim sąsiedztwie projektowanego obiektu znajdują się obiekty użyteczności publicznej, z których korzystają osoby niepełnosprawne i w związku z tym takiego zaprojektowania obiektu budowlanego, by zapewniał podstawowe wymogi bezpieczeństwa użytkowania oraz niezbędne warunki do korzystania z obiektów użyteczności publicznej przez osoby niepełnosprawne.

Składający odwołanie wniósł o:

- uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i „rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez umorzenie postępowania”,
- ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez orzeczenie o uniewinnieniu Obwinionej,
- ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO.

W uzasadnieniu odwołania, przywołując treść art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. c i pkt 4 ustawy Prawo budowlane, odwołujący stawia tezę, że obiektem budowlanym w rozumieniu przywołanego przepisu oraz stosownie do art. 3a pkt 1 lit. b w zw. z pkt 3 i w zw. z pkt 3a, była droga, zaś urządzeniem budowlanym związanym z tym obiektem budowlanym był rów odwadniający. Wobec powyższego droga i rów odwadniający winny były być tak zaprojektowane by spełniały podstawowe wymogi bezpieczeństwa użytkowania oraz niezbędne warunki do korzystania z obiektów użyteczności publicznej przez osoby niepełnosprawne. Wskazując, że przepis brzmi: „obiekt budowlany ... należy ... projektować...” odwołujący stawia tezę, że obowiązek wynikający z tego przepisu ciąży na projektancie, a nie inwestorze. Prowadzi to odwołującego do wniosku, że w przedmiotowej sprawie projektant miał obowiązek uwzględnić okoliczność, że w bezpośrednim obszarze oddziaływania projektowanej drogi i urządzeń budowlanych z nią związanych znajduje się Szkoła Podstawowa Specjalna i Gimnazjum dla Dzieci Niewidomych i w konsekwencji tak zaprojektować drogę oraz urządzenia z nią związane, by spełniały podstawowe wymagania dotyczące bezpieczeństwa użytkowania oraz niezbędne warunki do korzystania ze Szkoły Podstawowej i Gimnazjum „przez osoby niewidzące”. Dodatkowo, taki obowiązek projektanta składający odwołanie wywodzi z treści umowy z dnia 23 kwietnia 2012 r. nr SRG.272.98.2012 zwartej przez Zamawiającego z projektantem Firmą (...) Biuro Usług Inżynierskich (...). Tym samym odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem RKO, zgodnie z którym Zamawiający określa i odpowiada za zakres inwestycji. Zdaniem składającego odwołanie to projektant winien był przewidzieć konieczność zabudowy rowu odwadniającego. Ponadto odwołujący stwierdza, że „w tych okolicznościach nie można także mówić o jakiegokolwiek winie Obwinionej”. Pozostałe zarzuty wskazane w odwołaniu nie zostały w jakikolwiek sposób uzasadnione.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (nazywana dalej Główną Komisją Orzekającą albo GKO) rozpatrzyła odwołanie na rozprawie w dniu 3 grudnia 2015 r. W trakcie rozprawy przed GKO, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych (nazywany dalej Zastępcą Rzecznika) wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie orzeczenia RKO. Zastępca Rzecznika uznał, że do zlecenia przez Obwinioną robót dodatkowych doszło z naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Na pytanie przewodniczącego składu orzekającego GKO o prawidłowość jednakowej oceny prawnej (z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki) wszystkich robót dodatkowych wskazanych w protokole konieczności, Rzecznik uznał, że możliwe było zróżnicowanie tej oceny.

Obrońca Obwinionej przedstawiając okoliczności faktyczne sprawy podkreślił, że przed rozpoczęciem robót związanych z odbudową ul. (...), rów odwadniający biegnący wzdłuż tej drogi był zamulony, zarośnięty, nie był głęboki i tym samym nie stanowił zagrożenia dla bezpieczeństwa dzieci niewidomych korzystających z położonej przy tej ulicy szkoły. Obwiniona nie podtrzymała wyrażonego w pisemnym odwołaniu twierdzenia o naruszeniu przez projektanta obowiązujących przepisów, podkreśliła natomiast, że projektant przygotował rozwiązanie, które nie było dostosowane do lokalnych potrzeb. Obwiniona przyznała, że pracownicy Urzędu Gminy zaangażowani w realizację odbudowy ul. (...) nie zwrócili uwagi na ten element przygotowanego na zlecenie Gminy projektu. obrońca Obwinionej podtrzymał wnioski o rozstrzygnięcie sprawy przez GKO przedstawione w pisemnym odwołaniu.

Główna Komisja Orzekająca w pierwszej kolejności ustaliła, że stan prawny związany z przedmiotową sprawą nie uległ zmianie pomiędzy datą popełnienia przypisanych Obwinionej czynów a datą orzekania przez GKO.

Jednocześnie GKO podkreśla, że wywód RKO – a w konsekwencji orzeczenie RKO – obarczone jest podstawowym błędem, polegającym na jednorodnym potraktowaniu wszystkich 5 rodzajów robót dodatkowych wymienionych w protokole konieczności z dnia 25 października 2013 r., a następnie objętych zamówieniem dodatkowym z dnia 6 grudnia 2013 r. Niemal całość swojej analizy stanu faktycznego i oceny prawnej RKO (a następnie także odwołujący) poświęca sprawie dopuszczalności powierzenia w trybie z wolnej ręki prac związanych z zabudową rowu wzdłuż ulicy (...). Niewątpliwie kwestia ta wymaga oceny prawnej, nie może jednak stanowić ona podstawy do oceny legalności całości czynu przypisanego Obwinionej ze względu na oczywiste zróżnicowanie zakresu poszczególnych robót.

W protokole konieczności w pkt 3 wskazano na „zakup kostki betonowej celem wbudowania na chodniku”. Jak częściowo wynika ze zgromadzony akt sprawy, a obszerniej zostało to wyjaśnione przez Obwinioną w toku rozprawy przed GKO, Zamawiający zakładał, że zdemontowana z chodnika na czas remontu ulicy kostka będzie następnie ponownie ułożona na chodniku. Wykonawca prac wskazał, że w trakcie demontażu okazało się, że zdemontowana kostka jest zniszczona, w stanie uniemożliwiającym ponowne jej użycie. Twierdzenie to – przy braku dowodów przeciwnych – przesądza, że zakup kostki w zakresie

niezbędnym do zastąpienia tej uszkodzonej mógł być dokonany w trybie z wolnej ręki jako niezbędny do wykonania zamówienia podstawowego.

W pkt 4 protokołu konieczności wskazano na konieczność przebudowy i zabezpieczenia niezainwentaryzowanych urządzeń podziemnych. Już nawet potoczne rozumienie pojęcia „niezainwentaryzowane urządzenia” pozwala ustalić, że możliwość określenia niezbędnych prac dotyczących tych urządzeń ziszcza się po ustaleniu, że takie urządzenia istnieją. Skoro były to urządzenia podziemne, których obecność ustalił Wykonawca po rozpoczęciu robót, to nie można podzielić oceny, że niezbędne prace dotyczące tych urządzeń z całą pewnością wykraczają poza przesłanki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. W przedstawionej na wniosek RKO opinii Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w (...) z dnia 6 maja 2015 r. wskazano wprost: „można więc wyłącznie w oparciu o posiadane doświadczenie zawodowe podnieść, że w większości przypadków, w których w terenie zurbanizowanym prowadzi się roboty ziemne, dochodzi do odkrywania niezainwentaryzowanych urządzeń podziemnych (...). Tym samym, przyjmując w dobrej wierze treść protokołu konieczności, przyjmując należy, że roboty opisane w punkcie 4 protokołu konieczności [miały] cechę nieprzewidywalności”. W opinii poczyniono jednocześnie zastrzeżenie, że kompletna formalna ocena tego zakresu robót nie jest możliwa ze względu na niedopełnienie przez Gminę obowiązku zawiadomienia Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o zakończeniu robót i zamiarze przystąpienia do użytkowania odbudowanej drogi, do którego to zawiadomienia należy dołączyć inwentaryzację geodezyjną i rysunki z naniesionymi zmianami. Zastrzeżenie to nie zmienia, w ocenie GKO, następującego ustalenia faktycznego i prawnego: w protokole konieczności wskazano na roboty dotyczące urządzeń niezainwentaryzowanych, opinia pozyskana przez RKO w trybie art. 86 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazuje na możliwość uznania tych robót za dopuszczonych do zlecenia w trybie z wolnej ręki, odmiennego dowodu oskarżyciel nie wskazał, nie przeprowadzono go także przed RKO. Tym samym GKO uznaje, że dokonując zlecenia robót dotyczących tych urządzeń nie doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pkt 5 protokołu konieczności wskazano na konieczność wykonania robót dotyczących montażu elementów zabezpieczających – barier ochronnych. W przywołanej powyżej opinii Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w (...) wyraził w tym zakresie następujące stanowisko: „Dla inwestora roboty opisane w punkcie 5 protokołu konieczności (...) i

wynikająca z tego konieczność ich wymiany będzie stanowił element nieprzewidywalności. W tym zakresie projektant obdarowujący projekt budowlany, wobec treści zawartej z nim umowy obowiązany był przewidzieć konieczność ich wymiany.”. Z opinii tej wynika więc jednoznacznie brak możliwości uznania robót w tym zakresie za zleczone z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 lit b ustawy Prawo zamówień publicznych. W aktach sprawy nie ma dowodów, które uzasadniałyby przyjęcie przez RKO odmiennej oceny. Co więcej, RKO w ogóle do tego zakresu robót w swojej analizie się nie odniosła. Trudno więc ocenić przesłanki, którymi RKO kierowała się, wydając orzeczenie w tym zakresie. Wobec zgromadzonego materiału dowodowego GKO uznaje, że zlecenie robót wskazanych w pkt 5 protokołu konieczności nie naruszało art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazane powyżej okoliczności prowadziły GKO do wniosku, że udzielenie w trybie z wolnej ręki zamówienia publicznego na roboty wskazane w pkt 3-5 protokołu konieczności nie naruszało art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym czyn ten nie stanowił naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. To przesądza o konieczności wydania przez GKO – zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 3 – orzeczenia, którym uniewinnia się Obwinioną od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, we wskazanym powyżej zakresie, ze względu na niepopelnienie zarzucanego czynu.

Odmiennej oceny prawnej dokonała GKO w odniesieniu do robót wskazany w pkt 2 protokołu konieczności (zabudowa rowu otwartego) oraz w pkt 1 protokołu (wykonanie nawierzchni asfaltowej na zjazdach w celu nawiązania do nowej nawierzchni jezdni). Po pierwsze, GKO na podstawie zebranych w sprawie materiałów oraz wyjaśnień Obwinionej w toku rozprawy przed GKO ustaliła, że roboty wskazane w pkt 1 protokołu konieczności stanowiły konsekwencję techniczną wykonania robót z pkt 2 protokołu. Zabudowa rowu związana była ze zmianą niwelety drogi, a to z kolei wiązało się z koniecznością dostosowania zjazdów do nowego ukształtowania nawierzchni drogi. Kluczowa jest więc ocena udzielenia zamówienia w zakresie robót wskazanych w pkt 1 protokołu. GKO uznaje za prawidłowe ustalenia faktyczne dokonane w tym zakresie przez RKO. Sposób wykonania urządzeń odprowadzających wodę – w granicach dopuszczonych przez obowiązujące przepisy i normy techniczne – ustala inwestor, czyli w przedmiotowej sprawie zamawiający. Wobec braku szczególnych uprzednich ustaleń w tym zakresie, projektant przedstawił projekt

przewidujący odtworzenie rowu odwadniającego. GKO całkowicie nie podziela zarzutów formułowanych w odwołaniu co do naruszenia przez projektanta przepisów Prawa budowlanego. Już literalna wykładnia przywołanych w odwołaniu przepisów pozwala na ustalenie, że z przepisów tych nie można wywieść sugerowanego w odwołaniu oczekiwania wobec projektanta uwzględnienia „z urzędu” określonych rozwiązań projektowych związanych z pobliskim usytuowaniem szkoły dla osób niewidzących. Zgodność projektu odbudowy drogi z obowiązującymi przepisami potwierdza także przywoływana powyżej opinia Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w (...). GKO za wiarygodne uznaje wyjaśnienia Obwinionej, że faktyczny zakres robót dotyczących rowu stał się dla niej jasny dopiero w momencie przystąpienia przez wykonawcę do prac odtwarzających rów.

Za fakt notoryjny GKO uznaje istnienie związku pomiędzy przydrożnym rowem o wymiarach wskazanych w projekcie budowlanym, a zagrożeniem dla bezpieczeństwa poruszających się po tym terenie osób niewidzących oraz niedowidzących, tym bardziej, że dla uczniów istniejącej tam szkoły rów ten byłby nowym elementem ukształtowania terenu. W tym zakresie istotne są także wyjaśnienia Obwinionej i jej obrońcy oraz zgromadzona w aktach dokumentacja, wskazujące, że istniejący wcześniej – w ujęciu planistycznym – rów, w istocie stanowił teren zamulony, zbliżony do powierzchni ulicy, dodatkowo zarośnięty krzewami. Podjęte przez Obwinioną działania polegające na zleceniu wykonawcy zmiany zakresu prac i wykonaniu zabudowy rowu, w miejsce odtworzenia rowu, stanowiło naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Samo naruszenie przepisów prawa materialnego nie przesądza jednak o możliwości przypisania Obwinionej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, bo do tego niezbędne jest spełnienie także innych przesłanek, w szczególności możliwość przypisania Obwinionej winy w rozumieniu art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. GKO uznaje, że wprawdzie twierdzenie o naruszeniu przez projektanta obowiązujących przepisów nie zostało udowodnione, to jednak nie budzi wątpliwości fakt, że zaproponowane przez projektanta rozwiązanie nie zostało dostosowane do potrzeb lokalnych (nie uwzględniało szczególnych potrzeb poruszających się po tym terenie dzieci niewidomych). Obwiniona, po uświadomieniu sobie realnego zakresu wykonywanych prac, podjęła „interwencję”, której cel nie budzi zastrzeżeń, bo związany był z zapewnieniem bezpieczeństwa, które już z mocy Konstytucji (art. 68 ust. 3) podlega szczególnej ochronie. Jakkolwiek więc doszło w tym przypadku do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, to - w ocenie GKO - w toku postępowania w przedmiotowej sprawie nie

Sygn. akt BDF1.4800.124.2015

wykazano, że Obwiniona nie dołożyła należytej staranności, a to z kolei wyklucza możliwość przypisania Obwinionej winy. Powyższe przesądziło o uniewinnieniu Obwinionej przez GKO, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 3, od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych dotyczącego zlecenia w trybie z wolnej ręki wykonania robót określonych w pkt 1 i 2 przywoływanego powyżej protokołu konieczności.