



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 5 listopada 2019 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk (spr.)
Członkowie:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Michał Szczepan Jędrzejczyk
	<i>Członek GKO:</i>	Sławomir Franek
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**,
po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 16 września i 5 listopada 2019 r., odwołania
Obwinionego (**X**), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o
naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji
publicznej z dnia 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt: BMO-361-1-32/2018, w zakresie, w którym
uznano Obwinionego (X) będącego – w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych –
osobą wykonującą w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych,
któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne – czynności
związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami,
odpowiedzialnym 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 17 listopada 2014 r. Przedsiębiorstwu (...) zamówienia publicznego na
dostawę skanera optycznego rdzeni wiertniczych wraz z osprzętem i akcesoriami, z
naruszeniem przesłanek dopuszczalności udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej
ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych
oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz
Skarbu Państwa w wysokości 327,81zł,

orzeka

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440) – zwanej dalej uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 uondfp uniewinnia (X) i (Y) od zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych,**
- 2. na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp 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

Międzyresortowa Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej (zwana dalej również Komisją lub MKO) orzeczeniem sygn. akt BMO-361-1-32/2018 z dnia 9 kwietnia 2019 r., uznała:

- 1) (X) za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez udzielenie w dniu 17 listopada 2014 r. Przedsiębiorstwu (...) zamówienia publicznego na dostawę skanera optycznego rdzeni wiertniczych wraz z osprzętem i akcesoriami, z naruszeniem przesłanek dopuszczalności udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986; dalej: Pzp), to jest popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp;
- 4) (Y) za odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez udzielenie w dniu 17 listopada 2014 r. Przedsiębiorstwu (...) zamówienia publicznego na dostawę skanera optycznego rdzeni wiertniczych wraz z osprzętem i akcesoriami, z naruszeniem przesłanek dopuszczalności udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, to jest popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

W orzeczeniu wskazano, iż Obwinieni w dniu popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych byli osobami wykonującymi, w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, tj. Państwowego Instytutu (...) (zwanego dalej „Instytutem”), któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Komisja

Sygn. akt BDF1.4800.49.2019

Obwinionym wymierzyła Obwinionym kary upomnienia oraz obciążyła ich kosztami postępowania.

Odnosząc się w uzasadnieniu do ustalonego stanu faktycznego Komisja wskazała, że przedmiot postępowania związany jest z umową nr (...)z dnia 17.11.2014 r. na dostawę skanera optycznego rdzeni wiertniczych. Umowa, zgodnie z wyjaśnieniami Instytutu, została sfinansowana z dotacji udzielonej przez NFOŚiGW. Uzasadniając okoliczności związane z prowadzeniem postępowania Komisja podniosła, iż zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 uondfp, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Za środki publiczne należy uznać dotacje udzielane przez NFOŚiGW z tych środków. NFOŚiGW jest jednostką sektora finansów publicznych, o czym przesądza art. 400 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, Dz.U. z 2016 r. poz. 672 („Poś”). Odnosząc się do regulacji art. 401 ust. 1 Poś, art. 401 ust. 7 pkt 2 Poś wskazano, że stosownie do art. 5 ust. 1 pkt 5 ustawy z 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 869; dalej: ufp) środkami publicznymi są przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł. Przychody uzyskiwane przez NFOŚiGW są zatem środkami publicznymi. Tym samym, za środki publiczne należy uznać także dotacje udzielane przez NFOŚiGW z tych środków. Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 ufp środki publiczne przeznacza się na wydatki publiczne oraz rozchody publiczne. Oznacza to, że osoby, które w imieniu Instytutu wykonują czynności związane z wykorzystaniem środków publicznych pochodzących z dotacji NFOŚiGW na realizację przedsięwzięcia lub dysponowaniem tymi środkami, podlegają - zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy - odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Komisja wskazała, że postępowanie wyjaśniające wszczęto w związku z zawiadomieniem nr. BKA-1.0941.4.2016.MN z dnia 19 października 2016 r. złożonym przez Ministra Środowiska o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w Instytucie. W toku przeprowadzonej kontroli stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp w postępowaniu w trybie z wolnej ręki na dostawę dla Instytutu skanera optycznego rdzeni wiertniczych wraz z wyposażeniem. Zgodnie z przywołanym art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązującym w dacie udzielenia przez instytut zamówienia publicznego zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności: w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie

Sygn. akt BDF1.4800.49.2019

zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W wyniku kontroli ustalono, że Zamawiający wszczął dwa postępowania (w rzeczywistości pięć postępowań) w trybie przetargu nieograniczonego (w terminach m.in. 19.09.2014 r. i 10.10.2014 r.). W obydwu kontrolowanych przetargach został postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegający na wykonaniu w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem upływu składania ofert co najmniej jednej dostawy wraz z instalacją skanera optycznego rdzeni wiertniczych o wartości brutto co najmniej 500 tys. zł. Oba postępowania zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Następnie Zamawiający wszczął procedurę postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp. W dniu 31.10.2014 r. wysłano do jedyne go wykonawcy (...) zaproszenie do negocjacji poprzedzających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w którym określono warunki udziału w postępowaniu na poziomie ogólnym. Postawiono warunek, aby wykonawca posiadał odpowiednią wiedzę i doświadczenie, lecz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku nie został sprecyzowany tak, jak w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargów nieograniczonych. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca był zobowiązany jedynie do przedstawienia podpisanego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w którym to również nie określono szczegółowo warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W rezultacie negocjacji, w dniu 17.11.2014 r. podpisano umowę w zastępstwie przez Zastępcę Dyrektora Instytutu, Pana (X) i Zastępcę Dyrektora Instytutu, Panią (Y), nadzorującą pion zamówień publicznych. Nie została więc spełniona ostatnia przesłanka wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, polegająca na braku istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Komisja przywołując orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/KD 73/12, KIO/KD 110/13, KIO/KD 99/13) wskazała, że za warunki zamówienia należy uznać zarówno elementy opisu przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe kwalifikujące wykonawców pod tym względem do udziału w postępowaniu co do ich potencjalnych możliwości realizacji przedmiotu zamówienia.

Komisja wskazała, iż stosownie do art. 17 ust. 1b uoondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o

zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Dlatego też, naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp w postępowaniu w trybie z wolnej ręki na dostawę skanera optycznego rdzeni wiertniczych wraz z wyposażeniem dla Instytutu może spełniać przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b uoondfp. Przywołując aktualne brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazała, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Zdaniem Komisji w postępowaniu nastąpiła istotna zmiana w zakresie warunków zamówienia, gdyż za taką zmianę uznać należy niewątpliwie i znaczące obniżenie rygorystycznych warunków w zakresie doświadczenia. Gdyby zaś owej zmiany nie potraktować jako znaczącej, w taki sposób można byłoby doprowadzać do obchodzenia podstawowych trybów zamówień i udzielenia w końcu wszystkich zamówień w trybie z wolnej ręki. Przepisy Pzp mają zapobiegać takim sytuacjom i ich rangi nie pomniejsza fakt uprzedniego przeprowadzenia nawet kilku postępowań. Ich wagi nie umniejsza także to, iż - mimo braku wymogu w postępowaniu w trybie z wolnej ręki - dany podmiot spełniał wymogi dotyczące doświadczenia, co jest niekwestionowane i wykazane przez Instytut. Zastrzeżenie warunków, które mogą być odbierane jako zaporowe w trybach konkurencyjnych, a następnie ich pominięcie w trybie z wolnej ręki skierowanym do wybranego (znanego) podmiotu, mogło doprowadzić do nieujawnienia się innych wykonawców, którzy bez warunków zaporowych zgłosiliby się w trybach konkurencyjnych, a nie mieli takiej szansy w trybie niekonkurencyjnym. Fakt, że Instytut/Zamawiający obniżył warunek zaporowy w trybie niekonkurencyjnym, potwierdza, że nie był to warunek konieczny (niezależnie od tego, czy w praktyce został spełniony - mimo braku zastrzeżenia – bo na to powołuje się Instytut w swoich wyjaśnieniach). W rezultacie mogło dojść do wyłonienia już wybranego wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym, przez co zamówienia nie poddano grze rynkowej, która mogła doprowadzić do istotnego obniżenia ceny.

Komisja wskazała, iż Obwiniony (X) w postępowaniu przez MKO podnosił, że „Zamawiający (...) nie zrezygnował ani nie obniżył żadnego z wymogów wobec potencjalnego wykonawcy,

którego zaprosił do negocjacji, a warunek posiadania wiedzy i doświadczenia sformułował jedynie w sposób bardziej ogólny, co nie przesądza o istotnej zmianie tego warunku”. Ponadto, jak wskazała w uzasadnieniu Komisja we swoich wystąpieniach Obwinieni podnosili, że:

- Postępowanie z wolnej ręki było poprzedzone 5 przetargami nieograniczonymi. Już w trakcie drugiego przetargu nieograniczonego w 2013 r. Przedsiębiorstwo (...). złożyło ofertę, w której wykazało się wymaganym doświadczeniem, korzystając z doświadczenia producenta skanera (...) i wskazując również siebie, jako wyłącznego dystrybutora skanera na Polskę.

- Skaner jest urządzeniem wybitnie specjalistycznym. W toku wszystkich pięciu postępowań przetargowych oraz postępowania z wolnej ręki nie pojawiły się dowody, że istnieją inni producenci, bądź dystrybutorzy zainteresowani dostarczeniem skanera Zamawiającemu.

- Pomimo niesprecyzowania w zaproszeniu do negocjacji z wolnej ręki warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w celu zachowania największej staranności Zamawiający w toku negocjacji zażądał przed udzieleniem zamówienia (podpisaniem umowy w dniu 17.11.2014 r.) ponownego wykazania się przez Wykonawcę posiadaniem wiedzy i doświadczenia na warunkach identycznych jak we wcześniej ogłaszanych przetargach nieograniczonych.

- Wykonawca, dla wykazania i podkreślenia wiarygodności, ponownie przedłożył Zamawiającemu uaktualnione dokumenty (opatrzone bieżącymi datami), tj. certyfikat autoryzacyjny - zobowiązanie producenta (...) do oddania Wykonawcy, Przedsiębiorstwu (...) wszystkich niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz list referencyjny. Tym samym Wykonawca potwierdził spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia skonkretyzowanego w uprzednio prowadzonych postępowaniach przetargowych.

- Zmiany zapisów w postępowaniu z wolnej ręki dotyczących spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę, Przedsiębiorstwo (...). nie miały wpływu na ostateczną wartość udzielonego zamówienia.

- Obwiniona (Y) wskazała w piśmie z dnia 3.02.2017 r. na to, że - zgodnie z powszechnie przyjmowanym aktualnie stanowiskiem doktryny - warunki zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, dotyczą określenia przedmiotu zamówienia, a nie tzw. warunków podmiotowych. Przez pojęcie pierwotnych warunków zamówienia należy rozumieć określenie przedmiotu zamówienia, nie zaś warunki podmiotowe, dopuszczające wykonawcę do udziału w postępowaniu. Pierwotne warunki zamówienia należy odnieść tylko do tych postanowień,

które mają być przedmiotem umowy o zamówienie publiczne. Do postanowień takich nie należą zatem warunki podmiotowe udziału w postępowaniu.

Komisja po analizie stanu faktycznego i prawnego wskazała, iż wbrew twierdzeniom Obwinionym nie ma przestrzeni do interpretacji art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp w taki sposób, który rozróżnia (jak w piśmie Obwinionego (X) z dnia 8.04.2019 r.) istotną zmianę pierwotnego warunku zamówienia od jego sformułowania „jedynie w sposób bardziej ogólny”. W opinii Komisji nie ujawnili się producenci skanera będącego w rzeczywistości „urządzeniem wybitnie specjalistycznym”, ale wiązać to można z warunkami w zakresie doświadczenia. To właśnie konkurencyjne postępowanie przy odpowiednim sformułowaniu warunków ma służyć zbadaniu rynku, w tym ujawnieniu się lub nie możliwych wykonawców. Co prawda, Wykonawca dla wykazania i podkreślenia wiarygodności ponownie przedłożył Zamawiającemu uaktualnione dokumenty, aczkolwiek na tym etapie występował już w postępowaniu niekonkurencyjnym. Wskazała, że wątpliwym i niemożliwym do wykazania staje się stwierdzenie z wyjaśnień Obwinionych: „Zmiany zapisów w postępowaniu z wolnej ręki dotyczących spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo (...). nie miały wpływu na ostateczną wartość udzielonego zamówienia” - wobec tego, że zamówienie nie zostało wcześniej poddane grze rynkowej w trybach konkurencyjnych na warunkach tożsamyh do trybu z wolnej ręki.

Komisja podniosła, że „nie ustalono w trakcie postępowania działania dyktowanego złą wolą (np. dla wyłonienia wybranego z góry wykonawcy), toteż działanie Obwinionych można tłumaczyć w kontekście orzecznictwa (przywołanego przez Obwinioną), na którym mogli się opierać. Jest to rzeczywiście istotna okoliczność łagodząca wymiar winy. W przeciwnym wypadku, należałoby wnioskować o surowsze kary. Kara upomnienia wg Komisji w tych okolicznościach zrealizuje dyrektywy wymiaru kary, zwłaszcza w zakresie prewencyjnym. Orzekając kary upomnienia, Komisja ma nadzieję na zrozumienie ze strony Obwinionych, iż prezentowane przez nich stanowisko, interpretacje oraz przywoływane orzecznictwo są nieadekwatne (a przynajmniej nieaktualne). Mogłyby się także przyczynić do łatwego omijania przepisów o zamówieniach publicznych, co wskazuje na systemową niezasadność takich interpretacji. Komisja podzieliła tą drogą pogląd Rzecznika, że przepisy o zamówieniach publicznych należy interpretować całościowo w kontekście ich funkcji, tj. wyłonienia najkorzystniejszej oferty oraz zapobiegania nadużyciom. Subiektywne przekonanie, że tryby konkurencyjne utrudniają tylko wyłonienie korzystnej oferty (znanej zamawiającemu) oraz własna uczciwość nie stanowią przecież przesłanki do wyłączenia stosowania trybów

konkurencyjnych i szukania oferenta samemu na złagodzonych warunkach. Niepowodzenie trybów konkurencyjnych nie sprawia, że zamawiający może zamówić coś jakościowo (także w zakresie doświadczenia) innego lub gorszego (skoro wcześniej uznał że dane parametry są niezbędne i je zastrzegł), lecz uprawnia jedynie do samodzielnego szukania oferenta (np. takiego, który nie bierze udziałów w przetargach z powodu jakości swoich usług oraz paradygmatu ceny w przetargach) w trybie z wolnej ręki, być może za większą cenę, ale na przyjętych wcześniej warunkach. Wnioskowana kara upomnienia będzie zatem odpowiednim środkiem dla przyczynienia się do zwiększenia ładu finansów publicznych, mającym znaczenie prewencyjne. Powyższe Komisja uwzględniła w ramach rozważenia przesłanek wymiaru kary z art. 33 ust. 1 i 2 uoondfp, jak również z uwzględnieniem przykładowego charakteru przesłanki wymierzenia kary upomnienia z art. 35 uoondfp.

W dniu 31 maja 2019 r. Obwiniony (X) złożył odwołanie od orzeczenia MKO. Wniósł o uchylenie wskazanego orzeczenia w zaskarżonej części oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uniewinnienie od stawianych zarzutów, zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

- 1) naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na niezasadnym twierdzeniu, że w niniejszej sprawie nie została spełniona określona w tym przepisie przesłanka braku istotnej zmiany warunków zamówienia, podczas gdy warunek zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia został wprawdzie zmodyfikowany przez Zamawiającego, jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy nie można tej zmiany uznać za istotną,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 oraz art. 137 ust. 2 pkt 2 uoondfp, polegające na uchyleniu się organu orzekającego od obowiązku przeprowadzenia postępowania dowodowego w sposób wszechstronny, poprzez pominięcie dowodu z oświadczenia Pana (Z) z dnia 23 października 2014 r., pomimo że okoliczności wynikające z tego oświadczenia były istotne w sprawie, na co wyraźnie Obwiniony powoływał się w piśmie z dnia 8 kwietnia 2019 r. oraz brak wyjaśnienia w uzasadnieniu orzeczenia przyczyn pominięcia tego dowodu i wynikających z niego faktów,
- 3) naruszenie art. 45 ust. 2 uoondfp, poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego, nieuwzględniającej wszystkich istotnych w sprawie okoliczności, a w konsekwencji uznanie, że w niniejszej sprawie doszło do istotnej zmiany warunków zamówienia dotyczącego zakupu skanera optycznego rdzeni wiertniczych wraz z osprzętem i akcesoriami.

W uzasadnieniu podniósł, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że za „istotną zmianę” warunków zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty. Za istotną zmianę należy uznać więc taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innych wykonawców (uchwała KIO z 3 grudnia 2013 r. KIO/Kd 99/13). Stanowiska tego nie kwestionował ani Rzecznik, ani Komisja wydająca zaskarżone orzeczenie, powołując się m.in. na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07, w którym Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że „zmiana początkowego warunku zamówienia może być uznana za istotną, w szczególności, gdy zmieniony warunek, jeżeli by został ujęty w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłby uznanie ofert złożonych w ramach procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie za prawidłowe lub umożliwiłby złożenie ofert przez oferentów innych niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu”. A contrario, przyjmując należy, że w sytuacji, gdy zmiana warunku zamówienia nie miałaby wpływu na potencjalnych innych wykonawców, nie można jej uznać za istotną.

Taki sposób rozumienia treści powołanego wyżej przepisu potwierdza także powołane przez Rzecznika we wniosku o ukaranie stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w piśmie z dnia 10 kwietnia 2017 r. o sygn. UZP/DP/0/026/430(3)/17/RS, gdzie wskazano: „W realiach konkretnego zamówienia dokonana przez zamawiającego zmiana w zakresie stawianych wymogów i żądanych dokumentów w stosunku do poprzednio prowadzonych postępowań przetargowych, może nie mieć charakteru istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, w szczególności, jeżeli przedmiot zamówienia mógł być zrealizowany w istniejących uwarunkowaniach rynkowych wyłącznie przez jednego wykonawcę”.

Mając na uwadze powyższą interpretację, aby stwierdzić, czy w okolicznościach danej sprawy doszło do istotnej zmiany warunków zamówienia, należy każdorazowo indywidualnie zbadać

m.in., czy fakt zmiany warunków zamówienia mógł mieć wpływ na udział w postępowaniu potencjalnych innych wykonawców. Tymczasem w niniejszej sprawie zarówno Rzecznik, jak i Komisja nie dokonali takiej oceny, przyjmując niejako z góry, wbrew dowodom zgromadzonym w sprawie, że zmiana warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia mogła doprowadzić do wyłonienia innego wykonawcy.

Obwiniony podniósł, że Komisja w żaden sposób nie odniosła się do stanowiącego część akt postępowania przetargowego, sporządzonego jeszcze przed wszczęciem postępowania w trybie z wolnej ręki, oświadczenia Pana (Z) z dnia 23 października 2014 r., z którego wyraźnie wynika, że Przedsiębiorstwo (...) jest jedyną firmą na świecie mogącą na rynek polski dostarczyć skaner optyczny rdzeni wiertniczych wraz z osprzętem i akcesoriami, gdyż jest to jedyny autoryzowany przedstawiciel tego urzędu w Polsce. Oświadczenie to potwierdza zatem w sposób jednoznaczny, że zmiana warunków zamówienia w przedmiotowej sprawie nie mogła mieć wpływu na udział w postępowaniu innych podmiotów, gdyż przedmiot zamówienia mógł być zrealizowany wyłącznie przez ww. Spółkę. Okoliczność tę potwierdza dodatkowo oferta Spółki złożona jeszcze w toku postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, w której wskazywała ona siebie jako jedynego dystrybutora skanera na Polskę. Biorąc zatem pod uwagę prezentowaną przez Rzecznika, a potwierdzoną przez Komisję, wskazaną wyżej interpretację przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż jest to okoliczność niezwykle istotna dla sprawy.

Obwiniony wskazał naruszenie art. 89 ust. 1 i art. 137 ust. 2 pkt 2 uoondfp jak również art. 45 ust. 2, art. 89 ust. 1 i art. 137 ust. 2 pkt 2 uoondfp.

Błędna ocena materiału dowodowego spowodowała z kolei naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w niniejszej sprawie doszło do istotnej zmiany warunków zamówienia, a tym samym brak było podstaw do zastosowania trybu postępowania z wolnej ręki. Biorąc bowiem pod uwagę, że jak to wykazano wyżej, Przedsiębiorstwo (...) było jedynym podmiotem mogącym zrealizować zamówienie dotyczące zakupu ww. skanera, to zmiana warunków tego zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mogła mieć wpływu na potencjalnych innych wykonawców, gdyż wykonawców takich nie było. Zatem, zamówienie to, wbrew twierdzeniom Komisji, nie mogło zostać poddane grze rynkowej, która mogłaby doprowadzić do istotnego obniżenia ceny. Z tych względów, brak było podstaw do uznania zmiany warunków zamówienia za istotną, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp. Niezależnie od powyższego, Obwiniony podtrzymał stanowisko, że w niniejszej sprawie zamawiający zarówno na etapie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, jak

i w trybie z wolnej ręki w istocie stawiał wszystkim potencjalnym wykonawcom takie same warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jakkolwiek w toku postępowania w trybie z wolnej ręki dopiero przed podpisaniem umowy podjął działania mające na celu doprecyzowanie tych warunków, to biorąc pod uwagę, że Spółka była jedynym możliwym wykonawcą zamówienia, a ponadto zamawiający wiedział, że spełnia on warunek wiedzy i doświadczenia wymagany w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, fakt ten w okolicznościach niniejszej sprawy nie miał znaczenia.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych dokonując analizy stanu faktycznego i prawnego w postępowaniu II instancyjnym uznała, że argumenty zawarte w odwołaniu zasługują na uwzględnienie.

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

Odnosząc się do przedmiotu postępowania przed organami właściwymi w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych GKO zaznacza, iż konstrukcja zarzutu, a tym samym naruszenia, oparta jest o zakres normatywny czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp. Stosownie do wskazanego przepisu zakresem penalizacji objęte są działania związane z udzieleniem zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego w tym. m.in. zamówienia z wolnej ręki. Zarzut z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp może zostać przypisany jedynie w sytuacji, w której doszło do udzielenia zamówienia publicznego (zawarto umowę) przy czym naruszono przesłanki mogące stanowić uzasadnienie odstąpienia od trybów konkurencyjnych a zatem przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego (zasada prymatu trybów przetargowych – art. 10 Pzp). Przesłanki, w sytuacji powoływania się zamawiającego na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, wskazane są enumeratywnie w art. 67 Pzp. Stwierdzenie, iż doszło do popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 b pkt 2 uondfp związane powinno być w przedmiotowym przypadku ze wskazaniem, iż doszło do naruszenia norm sankcjonowanych, a zatem w odniesieniu do przedmiotu sprawy art. 67 Pzp. W tym miejscu

wskazać należy, iż przesłanka bezpośrednia, na której Odwołujący oparł uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki, a której to możliwości zastosowania nie uznała Komisja I instancji, związana jest z treścią art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Stosownie do art. 66 Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełniania czynu, tj. w dniu 17 listopada 2014 r. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wskazanych w ww. przepisie w tym okoliczność wskazana w pkt. 4, a zatem w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Podkreślić ponownie należy, iż zmiana przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp miała charakter jedynie redakcyjny, mający na celu doprecyzowanie warunków, w związku z zaistnieniem których można zamawiającemu powołać się na ta przesłankę. Przepis w obecnym sformułowaniu i zakresie dotyczy bowiem sytuacji, w której w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Jak wynika z literalnej treści przepisu umożliwiające jest przez ustawodawcę udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- 1) przeprowadzono jedno postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego;
- 2) w postępowaniu tym nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania;

3) pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Odnosząc przedmiotowe ustalenia do stanu faktycznego sprawy wskazać należy, iż w dniu 17 listopada 2014 r. Przedsiębiorstwu (...) Zamawiający, tj. Instytut, w imieniu którego w umowie nr (...) występowali Obwinieni ((X) oraz (Y)), udzielił zamówienia publicznego na dostawę skanera optycznego rdzeni wiertniczych wraz z osprzętem i akcesoriami.

W przedstawionym i niekwestionowanym zarówno przez Obwinionego jak i organy właściwe w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanie faktycznym ustalono, iż Zamawiający przed pojęciem decyzji o skorzystaniu z normy art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp prawidłowo, zachowując postulat stosowania trybów konkurencyjnych wszczął dwa postępowania (Komisja wskazała nawet, iż w rzeczywistości pięć postępowań) w trybie przetargu nieograniczonego. W kontrolowanych przetargach został postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegający na wykonaniu w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem upływu składania ofert co najmniej jednej dostawy wraz z instalacją skanera optycznego rdzeni wiertniczych o wartości brutto co najmniej 500 tys. zł. Postępowania zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W następstwie braku możliwości wyłonienia wykonawcy Zamawiający wszczął procedurę postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp. W dniu 31 października 2014 r. wysłano do jedyne go wykonawcy (...) zaproszenie do negocjacji poprzedzających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w którym określono warunki udziału w postępowaniu na poziomie ogólnym. Postawiono warunek, aby wykonawca posiadał odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca był zobowiązany do przedstawienia podpisanego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, na co słusznie wskazuje Odwołujący, że za „istotną zmianę” warunków zamówienia, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty. Za istotną zmianę należy uznać więc taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie

zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innych wykonawców (uchwała KIO z 3 grudnia 2013 r. KIO/Kd 99/13).

W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem GKO, wobec specyfiki przedmiotu zamówienia i nie zakwestionowanego przez MKO zmonopolizowanego w istocie rynku dostarczenia wyspecjalizowanego sprzętu, tj. skanera optycznego rdzeni wiertniczych, możliwe byłoby skorzystanie przez zamawiającego w postępowaniu z przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp a zatem związanej z tym, iż dostawy, usługi lub roboty budowlane mogły w przedmiotowej sytuacji (co określone zostało w oświadczeniu wykonawcy) być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Tym samym podkreślenia wymaga, że Zamawiającemu, który wielokrotnie (w celu zdiagnozowania rynku tak wyspecjalizowanego sprzętu poddawał zamówienie trybom konkurencyjnym zarzucić, iż nie zachował - uczciwej konkurencji i pierwszeństwa trybów konkurencyjnych. Jak sama Komisja podkreśliła w orzeczeniu wykonawca obiektywnie spełniał warunki udziału w postępowaniach określonych przez Zamawiającego w każdym z postępowań.

Jak wynika ze stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawartego w piśmie z dnia 10 kwietnia 2017 r. o sygn. UZP/DP/0/026/430(3)/17/RS (przywoływanego w postępowaniu jak i przez Odwołującego „W realiach konkretnego zamówienia dokonana przez zamawiającego zmiana w zakresie stawianych wymogów i żądanych dokumentów w stosunku do poprzednio prowadzonych postępowań przetargowych, może nie mieć charakteru istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp, w szczególności, jeżeli przedmiot zamówienia mógł być zrealizowany w istniejących uwarunkowaniach rynkowych wyłącznie przez jednego wykonawcę”.

Taki kierunek analizy, zdaniem GKO, powinien stać się udziałem MKO. Analiza prawnomaterialna powinna zostać osadzona bowiem w ramach nie tylko ogólnych warunków związanych ze stosowaniem norm prawa zamówień publicznych ale też ze specyfiką i uwarunkowaniami konkretnego zamówienia. Warunki określone jako pozytywne przesłanki zastosowania zamówienia z wolnej ręki powinny zostać odniesione do konkretnego przedmiotu zamówienia. Tylko w ten sposób przepisy prawa zamówień publicznych będą stać na straży zachowania regulacji w nich określonych a tym samym zasobów publicznych a nie stanowić zasadę samą w sobie uniemożliwiającą w istocie rozwój gospodarczy i zamówienie niezbędnego wysokospecjalistycznego sprzętu.

Przyznać w tym zakresie należy rację Odwołującemu, iż w niniejszej sprawie Komisja nie dokonała wobec przedstawionych dowodów oceny, że zmiana warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia mogła obiektywnie doprowadzić do wyłonienia innego wykonawcy. Komisja nie odniosła się do przedstawionego już w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego oświadczenia Pana (Z) z dnia 23 października 2014 r. Jak wynika z przedmiotowego oświadczenia Przedsiębiorstwo (...) jest jedyną firmą na świecie mogącą na rynek polski dostarczyć skaner optyczny rdzeni wiertniczych wraz z osprzętem i akcesoriami, gdyż jest to jedyny autoryzowany przedstawiciel tego urządzenia w Polsce. Tym samym uznanie istotności zmiany warunków w obliczu podjęcia negocjacji poprzedzających udzielenie zamówienia z wolnej ręki jedynie z firmą (...) jest nieuzasadnione w odniesieniu do uprzednio prowadzonych postępowań związanych z zamówieniami publicznymi ze środków publicznych wyspecjalizowanego sprzętu. Komisja wskazując, iż „zastrzeżenie warunków, które mogą być odbierane jako zaporowe w trybach konkurencyjnych, a następnie ich pominięcie w trybie z wolnej ręki skierowanym do wybranego (znanego) podmiotu, mogło doprowadzić do nieujawnienia się innych wykonawców, którzy bez warunków zaporowych zgłosiliby się w trybach konkurencyjnych, a nie mieli takiej szansy w trybie niekonkurencyjnym” powinno zdaniem GKO zostać poprzedzone analizą istotności uznania warunku doświadczenia w zamówieniach danego typu za „zaporowy”. Ponadto nie można zgodzić się z tezą Komisji, iż sam fakt iż „Instytut/Zamawiający obniżył warunek zaporowy w trybie niekonkurencyjnym, potwierdza, że nie był to warunek konieczny”. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykazał istnienie jednego podmiotu, który z uwagi na specyfikę zamówienia jako jedyny mógł dostarczyć przedmiot zamówienia Instytutowi.

Paradoksalnie uzasadnionym w przedmiotowej sytuacji jest wskazanie wyroku KIO z 24 sierpnia 2017 r. sygn. akt. KIO 1668/17 w którym podniesiono „że przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp nie zawiera »przesłanki konkurencyjności«, polegającej na obowiązku ustalenia przez zamawiającego, że na rynku jest tylko jeden podmiot i nie działają inne podmioty (przedsiębiorcy) pozwalające na wykonanie określonych usług, dostaw, robót budowlanych. Wywodzenie takiej przesłanki z treści wskazanego przepisu jest nieuprawnione. Hipoteza tego przepisu, wręcz przeciwnie, wskazuje, że dotyczy m.in. on sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty zostały odrzucone, a zatem jednoznacznie dopuszcza możliwość przeprowadzenia postępowania z wolnej ręki wówczas, gdy na rynku jest pewna liczba wykonawców (więcej niż jeden). (...) Zamawiający w szczególności nie jest zobowiązany do wykazania zasadności gospodarczo-ekonomicznej zastosowania bezprzetargowego trybu udzielania zamówienia

publicznego, gdyż taka przesłanka nie jest w tym przepisie określona. Ponadto, żaden przepis ustawy Pzp nie wymaga podania wyjaśnienia i nie uzależnia możliwości wyboru trybu z wolnej ręki od uprzedniego wykluczenia możliwości skorzystania z innych trybów, w tym w szczególności trybu negocjacji bez ogłoszenia”. W przedmiotowej sprawie konkurencyjny rynek wykonawców jednak nie istniał ani nie mógł istnieć co podniósł Obwiniony a Komisja tego dowodu nie obaliła i nie odniosła się do niego.

Komisja II instancji przyznaje, iż przez pojęcie „warunki zamówienia” rozumie się wszelkie warunki – zarówno dotyczące przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe stawiane wykonawcom na etapie postępowania. Co do zasady rezygnacja z wymogu wykazania określonego doświadczenia mogłaby stanowić istotną zmianę pierwotnych warunków. Główna Komisja Orzekająca uznaje jednak, iż stosowanie samej przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczy sytuacji, w których poprzednio w trybach konkurencyjnych jest możliwe zachowanie konkurencji z uwagi na rynek wykonawców, których jednak oferty zostały odrzucone. W przedmiotowej sprawie na żadnym etapie nie mogło być o tym mowy z uwagi na ww. okoliczności. Nawet zatem uznanie, iż warunki udziału w postępowaniu nie zostały sprecyzowane jednoznacznie i mogły zostać uznane za różniące się od tych pierwotnych, zastosowanych w trybie konkurencyjnym, nie ma w przedmiotowym zamówieniu istotnego znaczenia z uwagi na brak wpływu tego warunku na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego (por. E. Nowicki, Zamówienie z wolnej ręki, Zam.Pub.Dor. 2005/1/35-40).

W związku z orzeczeniem GKO uniewinniającym Obwinionego (X) od zarzutów popełnienia czynu z art. 17 ust. 1b pkt 4 uondfp należało na zasadzie art. 147 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 uondfp uchylić orzeczenie MKO wobec Obwinionej (Y), która nie wniosła odwołania. Stosownie do powoływanego przepisu Główna Komisja Orzekająca w wyniku rozpoznania odwołania na rozprawie wydaje orzeczenie, w którym uchyla orzeczenie w całości rozstrzyga sprawę co do istoty przy czym uchylając zaskarżone orzeczenie i rozstrzygając na korzyść obwinionego, w przypadku gdy to orzeczenie dotyczy naruszenia dyscypliny finansów publicznych przypisanego więcej niż jednej osobie, uchyla je i rozstrzyga także na korzyść pozostałych obwinionych, choćby nie wnieśli oni odwołania, jeżeli te same względy przemawiają za uchyleniem orzeczenia i rozstrzygnięciem na ich rzecz.

Uwzględniając powyższe orzeczono, jak w sentencji.