



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

Warszawa, dnia 6 listopada 2017 r.

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

**Przewodniczący:** *Z-ca Przewodniczącego GKO:* **Wojciech Robaczyński (spr.)**

**Członkowie:** *Z-ca Przewodniczącego GKO:* **Mariusz Haladyj**

*Przewodniczący GKO:* **Mariusz Golecki**

Protokolant: **Paweł Matusiak**

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 6 listopada 2017 r., odwołania złożonego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 11 lipca 2017 r. sygn. akt: RKO-522/54/17, którym Komisja, uznała (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...), „odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu w dniu 7 maja 2015 r. zamówienia publicznego, którego przedmiotem była rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego na (...) w związku

z realizacją inwestycji pn.: „(...)” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu, tj. za naruszenie dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. art. 17 ust. 1b pkt 2 u.n.d.f.”

Komisja Orzekająca I instancji na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 35 i w zw. z art. 37 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311) – zwanej dalej uondfp, wymierzyła karę upomnienia i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

**orzeka:**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

**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**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie – zwanej dalej także: RKO - orzeczeniem z dnia 11 lipca 2017 r. (RKO-522/54/17) uznała Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu w dniu 7 maja 2015 r. zamówienia publicznego, którego przedmiotem była rozbudowa istniejącego przejścia podziemnego (...) w związku z realizacją inwestycji pn.: „(...)” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu, tj. za naruszenie dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp. RKO wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia i obciążyła go kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

Komisja I instancji ustaliła, że w dniu 3 września 2012 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą (...) została zawarta umowa o wykonanie zamówienia podstawowego pn.: (...) (umowa nr (...)). Ustalono także, że w dniu 20 kwietnia 2015 r. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej „pzp”, Zamawiający, tj. Zarząd (...) wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego (...) w związku z realizacją inwestycji pn.: „(...)”, poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji Wykonawcy (...). Umowa w sprawie zamówienia z wolnej ręki (umowa nr: (...)) została zawarta w dniu 7 maja 2015 r. Zakres robót zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki obejmował: rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na (...) wraz z dostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych w zakresie budowy i przebudowy schodów oraz budowy szybów windowych; przebudowę i budowę instalacji wewnętrznych - elektrycznej, oświetleniowej, teletechnicznej, wodno-kanalizacyjnej, wentylacyjnej, CCTV, ppoż.; budowę przyłącza i instalacji kanalizacji sanitarnej, instalacji ogólnospławnej i przykanalików; budowę przyłącza i instalacji wodociągowej. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę (...) zł ((...) euro).

Zdaniem Zamawiającego, zamówienie z wolnej ręki, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, mogło być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę - (...), który w ramach ww. umowy nr (...) z dnia (...) 2012 r., został Wykonawcą zamówienia podstawowego (nr (...)) pn.: (...).

Zakres robót budowlanych zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki obejmował:

- 1) rozbudowę istniejącego przejścia podziemnego na (...) wraz z dostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych w zakresie budowy i przebudowy schodów, budowy szybów windowych;
- 2) przebudowę i budowę instalacji wewnętrznych - elektrycznej, oświetleniowej, teletechnicznej, wodno-kanalizacyjnej, wentylacyjnej, CCTV, p.poz.:
- 3) budowę przyłącza i instalacji kanalizacji sanitarnej, instalacji ogólnospławnej i przykanalików;
- 4) budowę przyłącza i instalacji wodociągowej.

Komisja ustaliła, iż pismem z dnia 23 kwietnia 2015 r. Zamawiający przesłał do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem UZP”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp. Pismem z dnia 20 czerwca 2016 r. Prezes UZP wszczął postępowanie wyjaśniające. Następnie, pismem z dnia 25 listopada 2016 r. Prezes UZP wszczął kontrolę niniejszego postępowania w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp.

W toku postępowania Zamawiający uzasadniał udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki możliwością wystąpienia negatywnych skutków w przypadku realizacji zamówienia przez innych przedsiębiorców, niż (...) Skutki wskazane przez Zamawiającego, to:

1. Możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia, wykonywanych w ramach zamówienia podstawowego na skutek ingerencji innych przedsiębiorstw w takie elementy konstrukcyjne przejścia, jak strop, ściany czy elementy odwodnienia klatek schodowych;
2. Konieczność rozbiórki pewnych elementów, wykonanych w ramach zamówienia podstawowego, w przypadku wyboru innego wykonawcy;
3. Konieczność ingerencji w konstrukcję nośną przejścia w przypadku realizacji elementów konstrukcyjnych i przyłączy mediów do pomieszczeń szalek miejskich, pomieszczeń handlowych, pomieszczeń na odpady i pomieszczeń monitoringu po zakończeniu robót zasadniczych;
4. Brak dojścia do peronu tramwajowego zlokalizowanego na kierunku (...) na skutek niewykonania klatki schodowej (...), w miejscu istniejącego WC, przed zakończeniem robót objętych zamówieniem podstawowym;
5. Utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia oraz czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na odcinku, którego dotyczyły roboty, w związku z rozdzieleniem zakresu robót w obrębie przebudowy (...) na dwóch wykonawców;
6. Niemożność odzyskania środków związanych z realizacją podstawowego zakresu robót założonych w programie funkcjonalno-użytkowym - zdaniem Zamawiającego, w

przypadku realizacji robót dodatkowych przez dotychczasowego Wykonawcę będzie możliwe zbilansowanie robót niewykonanych z dodatkowym zakresem robót, co obniży koszt realizacji całości robót budowlanych;

7. Brak możliwości ustalenia dwóch kierowników budowy w obrębie realizacji przedmiotowych robót budowlanych i brak obowiązku przejścia odpowiedzialności za nadzór i koordynację dodatkowych robót budowlanych, prowadzonych przez innego wykonawcę, przez kierownika robót dotychczasowego wykonawcy;
8. Zagrożenie związane ze złym stanem technicznym i estetycznym istniejącego przejścia, niespełnianiem współczesnych wymagań funkcjonalnych i technicznych oraz niedostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych;
9. Nieefektywne wykorzystanie środków publicznych oraz negatywny wydzźwięk społeczny - zdaniem Zamawiającego realizacja przebudowy przejścia podziemnego w ramach kontraktu głównego pozwoli uniknąć strat związanych z koniecznością demontażu pewnych elementów konstrukcyjnych, które ukończone zostaną w ramach zamówienia głównego oraz pozwoli oddać obiekt do użytkowania w wyznaczonym terminie.

Po przeprowadzonej kontroli Prezes UZP uznał jednak, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tym samym naruszając art. 10 oraz art. 7 ust. 1 pzp. Zgodnie z art. 167 ust. 1 pzp Zamawiający pismem z 13 grudnia 2016 roku wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. W jego ocenie istniały przesłanki o charakterze technicznym, uzasadniające przeprowadzenie prac w obrębie przejścia podziemnego pod (...) przez (...).

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego i zgodnie z art. 167 ust. 2 pzp przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zwaną dalej „KIO”.

Uchwałą z dnia 5 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO/KD 79/16) KIO nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego. Analogicznie, jak Prezes UZP, KIO uznała, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) pzp, zezwalająca na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, a tym samym doszło do naruszenia wskazanych przez Prezesa UZP art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 pzp.

W toku postępowania prowadzonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Obwiniony stwierdził m.in. że z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, iż ustalenie trybu postępowania nastąpiło przed datą wszczęcia tego postępowania, a więc przed dniem 20 kwietnia 2015 r., co zostało odnotowane w treści protokołu (...). Fakt ten, zdaniem Obwinionego, eliminuje jego zawinienie w niniejszym zakresie. Wybór trybu nastąpił bowiem w oparciu o pismo z dnia (...) kwietnia 2015 r. (...), stanowiące załącznik do protokołu ZP-WR. Zgodnie zaś z regulaminem organizacyjnym obowiązującym w tej dacie w (...), wszelkie czynności w ramach tego projektu inwestycyjnego zostały powierzone Jednostce Realizującej Projekt (JRP2), w skład której wchodziły osoby realizujące przedmiotową inwestycję na mocy udzielonych im pełnomocnictw.

Odnosząc się natomiast do zawiadomienia Prezesa UZP z dnia (...) stycznia 2017 r., Obwiniony wyjaśnił m.in. że Prezes UZP zakwestionował jedynie zasadność wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, zaś uchwała KIO stanowi ocenę zasadności zgłoszonych zastrzeżeń, a więc odnosi się wyłącznie do ujęcia argumentacji Zamawiającego w ramach złożonych przez niego zastrzeżeń, nie zaś do analizy możliwości udzielenia zamówienia w trybach niekonkurencyjnych. Obwiniony podniósł, że zgodnie z art. 167 ust. 4 pzp opinia KIO wiąże jedynie Prezesa UZP. Wobec tego każdy z podmiotów oceniających prawidłowość działań Zamawiającego powinien wziąć pod uwagę całokształt okoliczności zaistniałych w sprawie, nie ograniczając się do twierdzeń zaprezentowanych przez KIO. Co do zasadności udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp Obwiniony stwierdził, że z treści przedłożonych przez Prezesa UZP i KIO uzasadnień wynika, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności pozwalające na udzielenie zamówienia publicznego stanowiły przyczyny o charakterze „organizacyjnym” i „gospodarczym” (opóźnienia, czasowe odcięcie komunikacji, niemożliwość ustanowienia kilku kierowników robót, wzrost kosztów całości robót), nie zaś o charakterze „technicznym”. Natomiast według Obwinionego są to „przyczyny techniczne”, uzasadniające udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki. Ponadto, zdaniem Obwinionego, w przedmiotowej sprawie brak jest po jego stronie winy. Udzielając przedmiotowego zamówienia Zamawiający kierował się zasadami oszczędności i efektywności. Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu dopuszczalne było zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie innych przesłanek z art. 67 ust. 1 pzp, tj. z pkt 5 i 6 (zamówienie dodatkowe lub uzupełniające), co dodatkowo potwierdza możliwość zastosowania trybu udzielenia

zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym i nie zmienia w żaden sposób skutku oraz samego faktu udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy.

Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że stosownie do art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2016 r., poz. 1870 z późn. zm.), zwanej dalej „ufp”, kierownik jednostki sektora finansów publicznych, odpowiada za całość gospodarki finansowej w jednostce. Zgodnie natomiast z art. 18 ust. 1 pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.

RKO uznała, że Obwiniony pełniąc w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Dyrektora (...), znajduje się, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, w kręgu podmiotów podlegających odpowiedzialności uregulowanej w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Nie przychyliła się tym samym do poglądu wyrażonego przez Obwinionego, że skoro ustalenie trybu postępowania nastąpiło przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nastąpiło ono bowiem w oparciu o pismo z dnia 14 kwietnia 2015 r. (...), stanowiące załącznik do protokołu ZP-WR), a więc przed dniem (...) kwietnia 2015 r., to wyłącza to jego odpowiedzialność. Zdaniem Komisji, ani z regulaminu organizacyjnego (...), ani z przedłożonych pełnomocnictw dla osób wchodzących w skład (...) nie wynika, aby Zamawiający powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla kierownika jednostki czynności z zakresu wyżej wskazanego postępowania przetargowego. Co więcej, z protokołu postępowania (druk ZP-WR) wynika, że Obwiniony wykonywał czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zatwierdził wybór trybu udzielenia zamówienia.

Komisja I instancji podkreśliła, że treść art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia (dzień 7 maja 2015 r.) przez Obwinionego zarzucanego czynu („Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”) różni się od aktualnego brzmienia tegoż przepisu („Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub

rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”). W związku z tym RKO uznała, że rozstrzygnięcie przedmiotowej okoliczności będzie wymagało zastosowania art. 24 ust. 1 uodfp, zgodnie z którym 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. Komisja I instancji podkreśliła, że przy ocenie, która z konkurujących ustaw jest względniejsza, organ postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych powinien brać pod uwagę całą ustawę, a nie poszczególne przepisy, bowiem częściowe stosowanie ustawy starej, a częściowe nowej, nie jest dopuszczalne w świetle art. 24 uodfp. RKO uznała - mając na względzie dodatkowe warunki zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp „(...) jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”, stawiane Zamawiającemu w treści analizowanego przepisu w obecnym brzmieniu, a nie występujące w treści tejże normy w stanie prawnym obowiązującym dniu popełnienia przez Obwinionego zarzucanego czynu - iż do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy winien znaleźć zastosowanie zapisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu (tj. 7 maja 2015 r.), gdyż przepis w ówczesnym brzmieniu jest względniejszy dla sprawcy w porównaniu z brzmieniem tego przepisu w dacie orzekania.

Odnosząc się do stawianego Obwinionemu zarzutu, Komisja I instancji stwierdziła, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).



Komisja I instancji podkreśliła, że tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, dlatego przesłanki jego stosowania muszą być interpretowane ściśle oraz wykazane w taki sposób aby uzasadniały zastosowanie tego trybu. Zgodnie z orzecznictwem sądowym, przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle.

Komisja wskazała, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu 7 maja 2015 r. Zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Komisja podkreśliła, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonej w przepisach, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny. RKO podkreśliła, że istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki, przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie. Ponadto do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter, tym bardziej gdy jego realizacja została rozłożona na dłuższy okres lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych, czego w przedmiotowej sprawie nie uczynił. Przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp nie podlega ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym czy też zrealizuje zamówienie najszybciej. Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania jakim się ona cieszy u zamawiającego. Tym samym subiektywna ocena nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu

o omawianą przesłankę, a stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzezwykłalny. RKO wskazała także, że ścisła interpretacja przesłanek znajduje również odzwierciedlenie w orzecznictwie Głównej Komisji Orzekającej (orzeczenie z dnia 15 maja 2006 r., DF/GK.4900-32143/RN-18/06/615). RKO podkreśliła ponadto, że udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w ustawie zasadami w tym z art. 7 ust. 1 pzp, stanowiącym, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Na zamawiającym ciąży zatem ustawowy obowiązek udzielania zamówień w sposób konkurencyjny. Zdaniem Komisji I instancji, obowiązkiem Obwinionego, który skorzystał z innego trybu udzielenia zamówienia (art. 10 ust. 2 pzp), niż tryb podstawowy (art. 10 ust. 1 pzp), było wykazanie, że Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy i wypełnia przesłanki wynikające z przepisów szczególnych dla wybranego trybu, w którym udzielił zamówienia (uchwała KIO z dnia 23 lutego 2012 roku sygn. akt KIO/KOD 21/12). Ciężar udowodnienia spoczywa na zamawiającym, zgodnie z art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

RKO stwierdziła, że zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, 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. Niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych udzielenie zamówienia stanowiło podpisanie przez Obwinionego umowy w dniu 7 maja 2015 r. Komisja wskazała przy tym, że w orzeczeniu z dnia 21 lipca 2016 r. (BDF1.4800.30.2016), GKO podkreśliła, iż naruszenia dyscypliny określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp może dopuścić się tylko osoba, która udzieliła zamówienia publicznego. Odpowiedzialności tej nie można przypisać innej osobie, chociażby zatwierdziła ona inne dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Komisja zwróciła przy tym uwagę, że dostosowanie się do błędnej opinii pracownika nie zwalnia kierownika jednostki od odpowiedzialności w przedmiocie samodzielnie podejmowanej decyzji o udzieleniu bądź nieudzieleniu zamówienia publicznego i podpisania umowy z określonym podmiotem. Zamawiający nie przedstawił, w ocenie Komisji I instancji, żadnej argumentacji, która uzasadniałaby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki a odnoszących się do przyczyn technicznych, które w zasadzie

byłyby nieusuwalne i stanowiły o konieczności realizacji zamówienia dotychczasowemu wykonawcy, bądź określonego wykonawcy. W rozpoznawanym przypadku Zamawiający wskazał szereg argumentów, jednak nie wypełniają one przesłanki obiektywnej technicznej niemożności świadczenia przez innego wykonawcę. Zdaniem Komisji I instancji, Obwiniony powołał się jedynie na przyczyny organizacyjne (konieczność rozbiórki pewnych elementów wykonanych w ramach zamówienia podstawowego, brak dojścia do wskazanego peronu, utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia. czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na wskazanym odcinku. niemożność ustanowienia dwóch kierowników budowy - związane z wyborem innego wykonawcy niż wskazany przez Zamawiającego) oraz gospodarcze (niemożność odzyskania środków związanych z realizacją podstawowego zakresu robót, wzrost kosztu całości robót budowlanych), które nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Przyczyny techniczne muszą mieć bowiem charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z subiektywnej decyzji Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie, Komisja I instancji uznała, że w okolicznościach sprawy nie występowały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Komisja uznała, że przepis ten nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Przedmiotowe zamówienie mogło, zdaniem RKO, zostać wykonane w sposób należyty również przez wykonawców innych niż (...). Komisja podkreśliła, że rynek robót budowlanych jest rynkiem konkurencyjnym, a profesjonalne podmioty na nim działające, byłyby w stanie bez przeszkód zrealizować przedmiotowe zamówienie, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. W związku z tym w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 pzp, zaś Obwiniony - udzielając przedmiotowego zamówienia we wskazanych okolicznościach - wypełnił znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfp.

RKO nie przychyliła się również do stanowiska zawartego w piśmie obrońcy Obwinionego z dnia 6.07.2017 r., że udzielając przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) pzp „(...) przywołano błędną normę prawną na uzasadnienie udzielenia zamówienia”, zaś w przedmiotowym postępowaniu dopuszczalne było zastosowanie trybu udzielenia

zamówienia z wolnej ręki na podstawie innych przesłanek z art. 67 ust. 1 pzp, tj. z pkt 5 i 6 (zamówienie dodatkowe lub uzupełniające). Zdaniem Komisji wspomniane stanowisko nie zasługuje na uwzględnienie, biorąc pod uwagę także stanowisko samego Obwinionego, który aż do 6 lipca 2017 r. „przekonywał o zasadności zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a pzp, nie kwestionując tegoż przepisu jako podstawy prawnej udzielenia przedmiotowego zamówienia”.

Analizując kwestię możliwości przypisania Obwinionemu winy, RKO stwierdziła, że przypisanie winy powinno polegać na wskazaniu, jakie błędy w procesie decyzyjnym popełnił sprawca. O winie można mówić wówczas, gdy możliwe jest wykazanie, że obwiniony nie zastosował się do normy prawnej, choć miał obiektywnie możliwość postępowania zgodnie z tą normą. Jeżeli okaże się, że obwiniony nie miał możliwości innego zachowania się, to pomimo obiektywnego stwierdzenia popełnienia czynu zabronionego nie można przypisać mu winy (orzeczenie GKO z dnia 2 września 2010 r., BDF1/4900/48/54/10/1337).

Zdaniem Komisji I instancji, na Obwinionym ciążył szczególny obowiązek dbałości o dobro finansów publicznych (orzeczenie GKO z dnia 24 czerwca 2002 r., DF/GKO/Odw.-46/62/2002). Według RKO Obwiniony dopuścił się zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych na skutek niezachowania należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach i niezastosowania się do norm prawnych odnoszących się stanu faktycznego sprawy, mimo posiadania obiektywnie możliwości postępowania zgodnie z tą normą. Zdaniem RKO, od osoby pełniącej taką funkcję jak Obwiniony, można było wymagać, aby nie tylko posiadała niezbędną wiedzę i doświadczenie, ale przede wszystkim zachowała należytą ostrożność i tym samym, aby w sytuacji będącej przedmiotem wniosku zachowała się zgodnie z prawem. Komisja I instancji podkreśliła, że Obwiniony miał obiektywną możliwość zweryfikowania pisma (...) z dnia (...).04.2015r., które stanowiło załącznik do protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, poprzez analizę dokumentacji przetargowej.

Komisja miała również na uwadze, że zgodnie z § 12 regulaminu organizacyjnego (...), do zadań Dyrektora (...) należy w szczególności czuwanie nad wydatkowaniem środków publicznych na realizację zadań w sposób celowy, oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów (pkt 10) oraz przestrzeganie i czuwanie nad

przestrzeganiem dyscypliny finansów publicznych (pkt 11). Mając to na uwadze, RKO przypisała Obwinionemu odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

Co do kwestii kary i jej wymiaru, RKO uwzględniła wagę naruszonych przez Obwinionego obowiązków, sposób i okoliczności popełnienia przez Obwinionego przypisanego czynu, zachowanie się Obwinionego po ujawnieniu zaistniałych naruszeń, a także zaistniałych naruszeń skutki dla ładu finansów publicznych. Zdaniem Komisji, stopień szkodliwości przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, który Komisja oceniła na podstawie wskazanych powyżej kryteriów nie był znaczny. Komisja dała wiarę wyjaśnieniom Obwinionego, iż udzielając przedmiotowego zamówienia kierował się wyłączenie zasadami oszczędności i efektywności, co wprost skłaniało do udzielenia zamówienia będącego przedmiotem sprawy, wykonawcy „zamówienia podstawowego”. Za okoliczność łagodzącą uznano także dotychczasową niekaralność Obwinionego.

W związku z powyższym Komisja I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia. Zdaniem RKO, wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia jest adekwatne do wagi popełnionego czynu i w sposób wystarczający spełni cele kary w zakresie społecznego oddziaływania, jak również cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2017 r. odwołanie od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej wniosła obrońca Obwinionego, zaskarżając powyższe orzeczenie w całości na korzyść Obwinionego, zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu:

1. Naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp poprzez uznanie, że Obwiniony dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu zamówienia z naruszeniem przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy działanie Obwinionego nie stanowiło takiego naruszenia, a w szczególności przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki zostały spełnione na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), art. 67 ust. 1 pkt 5, względnie art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp, wobec czego nie doszło do wyczerpania znamion czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp;

2. Naruszenie art. 19 ust. 2 uondfp poprzez przypisanie Obwinionemu winy za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zaś na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów:

3. Naruszenie art. 28 ust. 1 uondfp poprzez dochodzenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy.

Mając na względzie powyższe zarzuty, obrońca wniosła o:

1. Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp - uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 78 ust. 3 uondfp - uniewinnienie Obwinionego od przypisanego mu zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.
2. Na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp - o orzeczenie poniesienia kosztów postępowania przez Skarb Państwa.

Zdaniem obrońcy Obwinionego, tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki może być zastosowany przez Zamawiającego, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w art. 67 ust. 1 pzp. W sytuacji, gdy brak jest którejkolwiek z przesłanek do zastosowania danego trybu udzielenia zamówienia, dochodzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Naruszenie takie jest więc zdarzeniem faktycznym, obiektywnym stanem rzeczy zaistniałym na skutek działania lub zaniechania niezgodnego z przepisami. W ocenie Obwinionego, opierając się na dosłownej treści art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp - faktyczne wystąpienie w danym przetargu choćby jednej z przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pzp, eliminuje możliwość sformułowania zarzutu na podstawie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, nawet gdyby Zamawiający w sposób błędny powołał się na niewłaściwą przesłankę.

W świetle powołanego przepisu, „karane powinny być zatem sytuacje, w których Zamawiający udzielił zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, choć nie był do tego uprawniony. Przepis ten nie dotyczy jednak sytuacji, gdy zamawiający podpada pod jedno lub więcej wyłączenie z art. 67 ust. 1 ustawy pzp, lecz błędnie lub omyłkowo powołuje się na wyłączenie w danym wypadku niewłaściwe”. Zdaniem obrońcy w takim wypadku nie dochodzi do naruszenia przepisów dotyczących przesłanek udzielenia zamówienia. W sprawie Obwinionego można mówić co najwyżej o udzieleniu zamówienia publicznego

z powołaniem się na niewłaściwą przesłankę stosowania trybu z wolnej ręki. Powołanie się na błędną przesłankę stosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki nie jest naruszeniem przepisów dotyczących takich przesłanek, w sytuacji, gdy obiektywnie w danej sprawie miała zastosowanie jedna lub więcej innych przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zdaniem Obrońcy, „Obwiniony wskazując na zasadność zastosowania cytowanego powyżej przepisu, nie posługiwał się nazewnictwem, że jest to stanowisko Obwinionego, a zamawiającego. Tymczasem Komisja przyjęła, że Obwiniony jest - de facto - podmiotem tożsamym z zamawiającym. W dacie, kiedy toczyło się postępowanie kontrolne dotyczące zamawiającego, (...) nie był ani nie mógł być Obwinionym w rozumieniu przepisów ustawy, bowiem postępowanie z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych zostało wszczęte jako postępowanie wtórne po uprzedniej kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych”.

W odwołaniu podkreślono także, że Prezes UZP w złożonym zawiadomieniu zakwestionował jedynie zasadność wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, co zostało potwierdzone uchwałą KIO z dnia 5 stycznia 2017 r. KIO wskazała, że uchwała ta stanowi jedynie ocenę zasadności zgłoszonych zastrzeżeń, a więc odnosi się wyłącznie do oceny argumentacji Zamawiającego w ramach złożonych przez niego zastrzeżeń, nie zaś do analizy możliwości udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym w sprawie ocenianej w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z art. 167 ust. 4 pzp, opinia KIO wiąże jedynie Prezesa UZP. Nie wiąże zaś rzecznika dyscypliny, ani komisji orzekającej. Zdaniem Obrońcy, „zakwestionowanie przez Prezesa UZP czy KIO stanu rzeczy, jaki miał miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie oznacza bowiem automatycznie, że zostały wypełnione przesłanki (znamiona) czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych, określonego w ustawie”.

Obrońca Obwinionego wskazała także, że warunkiem ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest to, aby działanie lub zaniechanie Obwinionego miało charakter zawiniony. Uznanie przez Komisję, że Obwiniony jest winny zarzucanego mu czynu, bowiem gdyby zweryfikował dokumentację przetargową w niniejszym postępowaniu, nie doszłoby w ogóle do naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest - zdaniem Obwinionego - chybione. Zgodnie z treścią protokołu ZP-WR,

całość dokumentacji w niniejszej sprawie stanowiły: istotne postanowienia umowy, pismo (...) z dnia (...) 04.2015r., oświadczenia ZP-1 oraz umowa. Z treści tak przygotowanej dokumentacji nie wynikały żadne dodatkowe czy też inne, budzące wątpliwości Obwinionego, okoliczności, które wskazywałyby na udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy. Obwiniony nie mógł więc przypuszczać, że przesłanki takie zachodzą, szczególnie, gdy uwzględni się okoliczności takie jak duże obciążenie pracą, ograniczające możliwość drobiazgowej analizy każdej sprawy (których w (...) każdego dnia są nierzadko setki) oraz fakt, że Obwiniony dysponował w ramach przedstawionej mu dokumentacji dokumentem ((...)) potwierdzającym możliwość udzielenia tego zamówienia.

Zdaniem obrońcy, żądanie od Obwinionego, aby przeanalizował całość dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji dotyczącej wszystkich uprzednio wszczętych postępowań uzupełniających czy też dodatkowych w ramach tego zadania/projektu/zamówienia, byłoby i jest wymaganiem nierealnym, niemożliwym do spełnienia. Zgodnie z zakresem umocowania Obwinionego, ciążył na nim szereg innych obowiązków jakie miał realizować, pełniąc funkcję Dyrektora (...).

Powyższe wskazuje, że – zdaniem obrońcy - brak było zawinienia w podjętych przez Obwinionego czynnościach.

Obrońca Obwinionego stwierdza następnie, że odnosząc się do zasadności dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należy wziąć pod uwagę, że za uznaniem, iż stopień szkodliwości popełnionego czynu ma znikomy charakter, przemawia przede wszystkim fakt, że w niniejszej sprawie nie doszło do jakichkolwiek negatywnych skutków finansowych ewentualnego naruszenia dla finansów publicznych, co przyznała sama Komisja w treści uzasadnienia orzeczenia oraz że w niniejszej sprawie obiektywnie istniały przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co zostało wykazane w szczególności w piśmie obrońcy z dnia 6 lipca 2017r. Obrońca stwierdza, że w całości podtrzymuje wskazane tam stanowisko co do istnienia przesłanek udzielanie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), art. 67 ust. 1 pkt 5, względnie art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp.

Ponadto, obrońca stwierdza, że do przesłanek uwzględnianych przy ocenie społecznej szkodliwości dla finansów publicznych należy waga naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia. Zdaniem obrońcy, Obwiniony kierował się wyłącznie



zasadami oszczędności i efektywności, co wprost skłoniło go do udzielenia zamówienia wykonawcy realizującemu zamówienie podstawowe. Uczynił to w dobrej wierze i w przekonaniu, że działa w interesie miasta (...) i w interesie finansów publicznych. W konkluzji Obrońca stwierdza, że działania Obwinionego podjęte były w dobrej wierze i miały na celu wyłonienie wykonawcy, który będzie realizował zamówienie w sposób należyty. Wobec powyższego brak było przesłanek wskazujących na zasadność dochodzenia odpowiedzialności wobec Obwinionego, z uwagi na niski stopień szkodliwości dla finansów publicznych.

**Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje:**

**Odwołanie złożone przez Obrońcę Obwinionego nie jest zasadne.**

Rozważając przedmiotowy stan faktyczny, organ orzekający zobowiązany jest z urzędu ocenić zmiany obowiązującego stanu prawnego. W pierwszej kolejności Regionalna Komisja Orzekająca była zatem zobowiązana rozważyć stan prawny, który przyjęty został za podstawę wydawanego w sprawie rozstrzygnięcia. W świetle art. 24 ust. 1 uoondfp, 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. Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, art. 24 uoondfp znajduje zastosowanie nie tylko do zmian ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale również do zmian wszystkich ustaw, a także aktów wykonawczych, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (por. W. Robaczyński [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, pod red. W. Misiąga, Warszawa 2017, s. 1148-1152 i powołane tam orzecznictwo). Komisja I instancji uwzględniła fakt, że art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu różni się od aktualnego brzmienia tegoż przepisu. Różnica polega na tym, że w miejsce sformułowania „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” użyte jest obecnie sformułowanie „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone

tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”. Skoro zgodnie z art. 24 ust. 1 uoofp, 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, to zasadnie Komisja I instancji uznała, że w przedmiotowej sprawie powinien znaleźć zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu (tj. 7 maja 2015 r.), gdyż przepis w ówczesnym brzmieniu jest względniejszy dla sprawcy w porównaniu z brzmieniem tego przepisu w dacie orzekania. W późniejszym czasie dodano bowiem dodatkowe warunki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, tj. „(...) jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”. W tym zakresie rozstrzygnięcie Komisji I instancji było zatem prawidłowe. Odnosząc się do analizy okoliczności udzielenia zamówienia publicznego, w pierwszym rzędzie należy zaznaczyć, że stan faktyczny sprawy został prawidłowo ustalony w toku dotychczasowego postępowania i nie jest przez strony kwestionowany. Nie budzi zatem wątpliwości fakt udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Różnice dotyczą natomiast oceny prawidłowości zastosowania tego trybu w konkretnym przypadku i związanej z tym oceny, czy doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinionego.

Zgodzić się należy z wyrażonym w toku postępowania poglądem, że zamówienie z wolnej ręki, o którym mowa w art. 66 pzp - jako tryb udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą - jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych przypadkach, wymienionych w art. 67 ust. 1 pzp. Główna Komisja Orzekająca - zwana także: GKO, zgadza się z poglądem wyrażonym przez Komisję I instancji, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący (por. także M. Stachowiak: *Komentarz do art. 10 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX/el.).

Nie można natomiast zgodzić się ze stanowiskiem obrońcy, że „w sprawie obwinionego można mówić co najwyżej o udzieleniu zamówienia publicznego z powołaniem się na niewłaściwą przesłankę stosowania trybu z wolnej ręki”. Nie budzi przy tym polemiki stwierdzenie obrońcy, że odpowiedzialność powinna być przypisana w sytuacjach, w których zamawiający udzielił zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, choć nie był do tego uprawniony. Obrońca obwinionego stwierdza dalej, że „powołanie się na błędną przesłankę stosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki nie jest naruszeniem przepisów dotyczących takich przesłanek, w sytuacji, gdy obiektywnie w danej sprawie miała zastosowanie jedna lub więcej innych przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.”

Zdaniem GKO, powyższe stanowisko obrońcy – choć poprawne w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego – nie może jednak być zaakceptowane jako zarzut przeciwko orzeczeniu Komisji I instancji w niniejszej sprawie. Należy bowiem podkreślić, że przyjętą przez zamawiającego podstawą udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki od samego początku był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, co znalazło potwierdzenie już w piśmie z dnia 23 kwietnia 2015 r., zawiadamiającym Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki. Podstawa ta była powtarzana we wszystkich dalszych etapach postępowania, w tym także na etapie postępowania kontrolnego, prowadzonego przez Prezesa UZP i w toku rozpatrywania zastrzeżeń przez Krajową Izbę Odwoławczą. Inne przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki zostały podniesione dopiero w piśmie obwinionego z dnia 18 kwietnia 2017 r., zatytułowanym „Pisemne wyjaśnienia” a stanowiącym odpowiedź na postanowienie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez obwinionego. Nie można zatem – wbrew twierdzeniom obrońcy – mówić o tym, że w toku postępowania doszło do „pomyłki w określeniu podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki”. Artykuł 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp był powoływany jako podstawa zastosowania niekonkurencyjnego trybu nie tylko przy udzieleniu zamówienia, ale i w toku wcześniejszych (patrz protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki - karta 75 akt sprawy), jak późniejszych czynności dotyczących tego zamówienia. Nie jest to jednak tylko kwestia formalna. Zamówienie publiczne nie jest udzielane „w ogóle”, lecz na podstawie konkretnych przepisów stanowiących podstawę udzielenia zamówienia w określonym trybie. Jak trafnie podkreśliła Komisja I instancji, zastosowanie trybu udzielenia

zamówienia z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady udzielenia zamówienia w trybie przetargowym. Możliwość zastosowania takiego trybu jest ściśle przez ustawę limitowana i podlega kontroli właściwych organów. Gdyby przyjąć punkt widzenia Obrońcy Obwinionego, całość czynności formalnych podejmowanych w niniejszej sprawie – od podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki, poprzez czynności kontrolne Prezesa UZP i rozpatrywanie zastrzeżeń przez Krajową Izbę Odwoławczą, aż do postępowania przed organami właściwymi w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych - wymagałyby powtórzenia pod kątem powtórnej weryfikacji prawidłowości zastosowania tego właśnie niekonkurencyjnego trybu. Tymczasem, skoro zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki stanowi – jak wyżej wskazano – wyjątek od zasady udzielania zamówienia w trybie przetargowym, to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że zostały wypełnione przesłanki do zastosowania tego właśnie trybu. Nie zostało to jednak wykazane, stąd powołanie się w toku postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych na kolejne przesłanki z art. 67 ust. 1 pzp uznać należy wyłącznie jako obronę na pewnym etapie postępowania strategię prowadzenia sprawy przez Obwinionego. O tym, na jaką podstawę prawną powołuje się zamawiający przy udzieleniu zamówienia, rozstrzygnąć trzeba najpóźniej w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a nie w toku postępowań późniejszych, będących efektem udzielenia zamówienia publicznego na określonych zasadach. Gdyby przyjąć inny punkt widzenia, skuteczne mogłoby być powołanie się przez Obwinionego lub jego obrońcę na jakiegokolwiek inne okoliczności, nawet niezwiązane z tym konkretnym postępowaniem. Główna Komisja Orzekająca podziela pogląd Obrońcy Obwinionego, że w toku postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych organ orzekający nie jest związany ani stanowiskiem zajęтым przez Prezesa UZP, ani rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej. GKO stwierdza jednak, że przyjmuje w tej sprawie stanowiska zajmowane przez te organy, ponieważ uważa, że są one uzasadnione i trafne. Na marginesie można dodać, że w złożonym odwołaniu obrońca Obwinionego nie polemizuje ze stanowiskiem Komisji I instancji w zakresie niezasadności powołania się przez Zamawiającego na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, przywołuje natomiast w zamian inne przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki.

W związku z powyższym, GKO stwierdza, że w niniejszej sprawie zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2

uondfp, gdyż doszło do udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp. Zdaniem GKO objęte zamówieniem roboty mogły być wykonane przez więcej niż jednego wykonawcę, uwzględniając w szczególności fakt, że rynek robot budowlanych jest w Polsce rynkiem wysoce konkurencyjnym, zaś profesjonalne podmioty na nim występujące mogły obiektywnie wykonać roboty objęte przedmiotem kwestionowanego zamówienia zgodnie z jego wymogami. Również, jak wynika ze szczegółowego uzasadnienia trybu zamówienia z wolnej ręki (karta 92 akt sprawy), zamawiający przewidywał, że więcej niż jeden podmiot jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, jednak z uwagi m.in. na obawy natury organizacyjno-gospodarczej, które nie uzasadniają wyboru trybu „z wolnej ręki”, zdecydował się na zastosowanie tego trybu.

Kolejne zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą kwestii winy. Zgodzić się należy z wywodem obrońcy obwinionego, która stwierdza: „Warunkiem ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest to, aby działanie lub zaniechanie obwinionego miało charakter zawiniony. Zasadę tę wyraża art. 19 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym odpowiedzialność ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia czynu, a contrario nie można przypisać obwinionemu winy, w przypadku, gdy naruszenia nie można było uniknąć, pomimo zachowania przez obwinionego należytej ostrożności.” Ze stwierdzenia tego obrońcy obwinionego wyprowadza jednak niezasadny wniosek, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można mówić o tym, iż zachowanie obwinionego może być uznane za zawinione. Przeciwnie, GKO stwierdza, że uzasadnienie orzeczenia Komisji I instancji w sposób przekonujący wskazuje na zasadność przypisania obwinionemu odpowiedzialności za zawinione naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zdaniem obrońcy obwinionego, z treści dokumentacji postępowania „nie wynikały żadne dodatkowe czy też inne, budzące wątpliwości obwinionego, okoliczności, które wskazywałyby na udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy”. I następnie: „Obwiniony nie mógł więc przypuszczać, że przesłanki takie zachodzą, szczególnie gdy uwzględni się okoliczności takie jak (1) duże obciążenie pracą, ograniczające możliwość

drobiazgowej analizie każdej sprawy (których przecież w (...) każdego dnia są nierzadko setki), oraz (2) fakt, że Obwiniony dysponował w ramach przedstawionej mu dokumentacji dokumentem ((...)) potwierdzającym możliwość udzielenia tego zamówienia”. Z okoliczności tych obrońca wyprowadza wniosek, że „żądanie natomiast od Obwinionego, aby przeanalizował całość dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji dotyczącej wszystkich uprzednio wszczętych postępowań uzupełniających czy też dodatkowych w ramach tego zadania/projektu/zamówienia (...), prowadzonych przez (...), byłoby i jest wymaganiem nierealnym, niemożliwym do spełnienia. Zgodnie z zakresem umocowania Obwinionego, ciążył na nim przecież szereg innych obowiązków jakie miał realizować, pełniąc funkcję Dyrektora (...)” Przesądzać to ma, zdaniem składającej odwołanie, o braku zawinienia po stronie Obwinionego.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że argumentacja obrońcy w zakresie winy Obwinionego nie jest zasadna. GKO nie neguje przy tym okoliczności, że w chwili podejmowania decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia Obwiniony kierował jednostką organizacyjną o istotnym i rozległym zakresie działalności. Byłoby nieracjonalne twierdzić, że Obwiniony może i powinien dostrzec wszelkie potencjalne uchybienia w działalności podległych pracowników. Wzorzec należytej staranności, jakiej można wymagać od osoby zajmującej takie stanowisko, jak Obwiniony, nie zakłada konieczności i obowiązku zajmowania się wszystkimi sprawami związanymi z działalnością kontrolowanej jednostki. Jednak kierownik jednostki sektora finansów publicznych, będącej zamawiającym, powinien dołożyć należytej staranności w tym sensie, że powinien skontrolować co najmniej najpoważniejsze podejmowane czynności, nie zaś ufać w sposób bezkrytyczny podległym pracownikom i wytworzonym przez nich dokumentom.. Należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie, ustalone okoliczności wskazują, że Obwiniony miał obiektywną możliwość zweryfikowania podstaw zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki poprzez analizę dokumentacji zamówienia.

W tym miejscu należy podkreślić, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma znaczenia podnoszona przez obrońcę Obwinionego kwestia rozróżnienia między Obwinionym a Zamawiającym. Zastrzeżenia formułowane z tego punktu widzenia przez obrońcę nie są zasadne. Nie ulega wątpliwości, że w chwili udzielania zamówienia kierownik jednostki nie występował jako obwiniony, lecz jako kierownik Zamawiającego. Nie mógł on zatem - z natury rzeczy – występować jako obwiniony. Zgodnie natomiast z powoływanym już art. 18

ust. 1 pzp, kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu, w przypadku nieprawidłowości dotyczących zamówienia publicznego stanowiącej naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określona osoba – w tym przypadku kierownik Zamawiającego – występuje we wszczętym później postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jako obwiniony. Ze złożonego odwołania wynika niezrozumienie tego mechanizmu. W odwołaniu stwierdzono bowiem: „Obwiniony wskazując na zasadność zastosowania cytowanego powyżej przepisu, nie posługiwał się nazewnictwem, że jest to stanowisko Obwinionego, a zamawiającego. Tymczasem Komisja przyjęła, że Obwiniony jest - de facto - podmiotem tożsamym z zamawiającym. W dacie, kiedy toczyło się postępowanie kontrolne dotyczące zamawiającego, (...) nie był ani nie mógł być Obwinionym w rozumieniu przepisów ustawy, bowiem postępowanie z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych zostało wszczęte jako postępowanie wtórne po uprzedniej kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych”.

Odmienne, niż obrońca, należy stwierdzić, że skoro kierownik Zamawiającego stał się – jako konkretna osoba fizyczna – obwinionym w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, to Komisja I instancji miała pełne podstawy, aby nazywać go Obwinionym w odniesieniu do całości dokonywanych przez niego czynności, a nie tylko tych, które były dokonywane po wszczęciu postępowania w sprawie dyscypliny finansów publicznych. Nie można natomiast z tego faktu wyprowadzać wniosku, że Komisja I instancji w jakiś sposób „miesza” role, w jakich Obwiniony/kierownik Zamawiającego występuje.

Główna Komisja Orzekająca zwraca uwagę, że należy w kontekście ustaleń dotyczących możliwości przypisania odpowiedzialności Obwinionego bardzo mocno podkreślić dwa elementy:

Po pierwsze – zastosowanie trybu niekonkurencyjnego powinno być zawsze szczególnie wnikliwie rozważone, ze względu na odstępstwo od podstawowej zasady udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 10 pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony (ust. 1), natomiast zamawiający może udzielić zamówienia w innym trybie, w tym m.in. trybie zamówienia z wolnej ręki, tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Z tego punktu widzenia

zasady starannego i ostrożnego działania kierownika jednostki będącej zamawiającym wymagają, aby każdy przypadek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki był szczególnie analizowany pod kątem spełniania przesłanek zastosowania takiego właśnie trybu.

Po drugie – za koniecznością wnikliwej analizy zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przemawia także fakt, że wartość zamówienia opiewała na niebagatelną kwotę - szacunkowa wartość przekraczała 7,4 mln zł. Staranność wymagana od kierownika jednostki niewątpliwie obejmuje konieczność wnikliwego rozważenia prawidłowości wybranego trybu zawarcia umowy tak dużej wartości. Nie może być przy tym argumentem przeciwnym fakt, że kierowana przez Obwinionego jednostka udzielała także innych zamówień o wysokiej wartości. Co więcej już pobieżna analiza szczegółowego uzasadnienia trybu zamówienia z wolnej ręki (karta 92 akt sprawy) wskazuje, że planowane zamówienie mógł wykonać więcej niż jeden wykonawca, co powinno zwrócić uwagę Obwinionego, w szczególności, że miał do czynienia z trybem niekonkurencyjnym, który wymaga szczególnej ostrożności.

Z połączenia wymienionych dwóch elementów: okoliczności, że zamówienie z wolnej ręki stanowi tryb wyjątkowy udzielenia zamówienia publicznego oraz z faktu poważnej wartości udzielonego zamówienia, wynikała konieczność szczególnie wnikliwej analizy tej sprawy. Tylko dokonanie szczegółowej analizy przedmiotowego zamówienia świadczyłoby o dołożeniu przez Obwinionego należytej staranności. Z tego punktu widzenia nie można zgodzić się ze stanowiskiem zawartym w odwołaniu, zgodnie z którym o braku winy po stronie Obwinionego świadczyć ma to, że kieruje jednostką, w której funkcjonuje obszerna dokumentacja. Nikt nie podważa tezy o tym, że Obwiniony kieruje jednostką o wysokim stopniu złożoności, realizującą wiele zadań. Jednak właśnie od kierownika takiej jednostki wymagać należy staranności odpowiedniej do wagi realizowanych zadań. Staranność taka – w odniesieniu do przedmiotowej sprawy – mogła być, lecz nie została, zachowana. Przesądza to, w świetle art. 19 ust. 2 uoondfp, o zasadności przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za zawinione naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Główna Komisja Orzekająca stoi na stanowisku, że nie można zgodzić się z argumentacją zawartą w złożonym odwołaniu, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia ze znikomym stopniem szkodliwości czynu dla finansów publicznych. Przeciwnie, GKO stwierdza, że



stopień ten jest wysoki. Całkowicie niezasadne jest stanowisko Obrońcy, że na rzecz tezy o znikomym stopniu szkodliwości czynu dla finansów publicznych przesądzać ma brak negatywnych skutków finansowych.

Zdaniem Obrońcy: „za uznaniem, iż stopień szkodliwości popełnionego czynu ma znikomy charakter, przemawia przede wszystkim fakt, że w niniejszej sprawie nie doszło do jakichkolwiek negatywnych skutków finansowych ewentualnego naruszenia dla finansów publicznych, co przyznała sama Komisja w treści uzasadnienia orzeczenia (...)”.

W związku z powyższym warto podkreślić, że w orzecznictwie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przyjmuje się, iż oceniając stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych nie można odnosić się wyłącznie do kwestii ewentualnych strat finansowych. Jak stwierdziła bowiem GKO m.in. w orzeczeniu z dnia 4 lipca 2011 r. (BDF1/4900/46/52/11/93), czyny określone ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są - co do zasady - szkodliwe i z tego właśnie powodu są penalizowane. Przy ocenie sposobu i okoliczności naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków należy brać pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych. GKO stwierdziła dalej w uzasadnieniu orzeczenia, że nie można utożsamiać pojęć „szkodliwość” i „szkoda”. Skład orzekający GKO w niniejszej sprawie podtrzymuje stanowisko, zgodnie z którym z faktu, że z popełnionego czynu nie wyniknęła dla finansów publicznych jakakolwiek szkoda lub uszczerbek w dobrach materialnych nie musi wynikać znikomy stopień szkodliwości dla finansów publicznych.

Na marginesie powyższych rozważań można wyrazić zdziwienie, skąd pewność po stronie składającej odwołanie, że rzeczywiście nie wystąpiły w tym przypadku negatywne skutki finansowe. Aby to stwierdzić, trzeba byłoby najpierw wiedzieć, na jakich warunkach mogłyby być wyłoniony wykonawca w drodze przetargu. Skoro zaś do przetargu nie doszło, to nie można twierdzić, że na pewno nie wystąpiły negatywne skutki finansowe. Być może, wyłoniony w toku postępowania przetargowego wykonawca zaproponowałby korzystniejsze warunki wykonania zamówienia, od tych, które zostały ustalone w umowie zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki. Nie jest to w każdym razie wykluczone.

Kwestia ewentualnego skutku finansowego - lub jego braku - nie ma jednak, zdaniem GKO, znaczenia dla oceny stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych w niniejszej sprawie. Oceniając stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych przede wszystkim

należy zauważyć, że zgodnie z art. 28 ust. 3 uondfp przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W przypadkach naruszeń określonych w art. 17 uondfp ocenić zatem należy w szczególności sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji (por. także orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 22 lutego 2016 r., BDF1.4800.153.15.). Przyjąć trzeba, że zastosowanie trybu niekonkurencyjnego w miejsce trybu konkurencyjnego stanowi jedno z poważniejszych naruszeń zasady uczciwej konkurencji, niezależnie od kwestii skutku finansowego. Z tego względu zawarta w odwołaniu teza o znikomej szkodliwości czynu nie może być przyjęta.

Główna Komisja Orzekająca zauważa, że Komisja I instancji za czyn przypisany Obwinionemu wymierzyła mu najniższą z katalogu kar przewidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 31 ust. 1 uondfp. Skoro jest to najniższa z możliwych do orzeczenia kar, to bezprzedmiotowe byłoby rozważanie, czy nie jest ona nadmiernie surowa. Ze względu na fakt, że orzeczenie zostało zaskarżone wyłącznie na korzyść Obwinionego, nie ma też podstaw do rozważania tej kwestii w drugim kierunku. Dodatkowo należy zauważyć, że w sprawie nie występują żadne szczególne okoliczności, które uzasadniałyby zastosowanie instytucji odstąpienia od wymierzenia kary, przewidzianej w art. 36 ust. 1 uondfp. Jest to bowiem szczególna instytucja, której zastosowanie musi być uzasadnione rodzajem i okolicznościami naruszenia dyscypliny lub właściwościami i warunkami osobistymi sprawcy. Jednak w niniejszej sprawie takie szczególne przesłanki nie występują.

Z powyższych względów orzeczone przez Komisję I instancji kara nie może być kwestionowana.

O kosztach postępowania Komisja I instancji orzekła prawidłowo na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp. Zgodnie z tym przepisem, 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. Stwierdzić

zatem trzeba, że – wobec utrzymania w mocy orzeczenia w zakresie przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – niezasadny jest wniosek zawarty w odwołaniu o orzeczenie poniesienia kosztów postępowania przez Skarb Państwa.

**Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że nie występują w przedmiotowej sprawie okoliczności uzasadniające uchylene lub zmianę zaskarżonego orzeczenia.**

**W związku z tym orzeczono, jak w sentencji.**