



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 21 października 2013 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Ireneusz Piasecki (spr.)
	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2013 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi na niekorzyść Obwinionego (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt: NDB-5000/Ł/64/2012, którym uniewinniono Obwinionego (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) - zwanej dalej ustawą, zgodnie z którym 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, poprzez udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej, budowlanej, wykonawczej i wytyczenia nowego odcinka drogi gminnej przez grunty

prywatne od ul. (...) – droga gminna) wraz z zaprojektowaniem przebudowy skrzyżowania w ul. (...))”, poprzez naruszenie polegające na przeprowadzeniu postępowania oraz udzieleniu ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu, z uwagi na fakt, iż w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych 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

Z-ca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi w dniu 10 grudnia 2012 r. złożył do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (dalej zwanej RKO) wniosek o ukaranie Pana (...) pełniącego funkcję Burmistrza Miasta (...), za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej zwaną ustawą), zgodnie z którym 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. Zdaniem Rzecznika, Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych poprzez udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej, budowlanej, wykonawczej i wytyczenia nowego odcinka drogi gminnej przez grunty prywatne od ul.(...) droga gminna wraz z zaprojektowaniem przebudowy skrzyżowania w ul. (...))”. Naruszenie polegało na przeprowadzeniu postępowania oraz udzieleniu ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 5 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej Pzp) bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu i miało miejsce w dniu 30 września 2011 r., tj. w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 15 lutego 2013 r. i 20 marca 2013 r. przy udziale Z-cy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Małgorzaty Józwiak RKO, działając na podstawie art. 135 ust.1, art. 78 ust.1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 ustawy, uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych objętego wnioskiem o ukaranie z uwagi na fakt, iż w zarzucanym czynie, w ocenie RKO, brak było znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

RKO rozpatrując przedstawiony wniosek o ukaranie i cały zebrany materiał dowodowy oceniła ogół zachowań Obwinionego podejmowanych przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia dodatkowego w kontekście istniejących uwarunkowań towarzyszących procesowi podejmowania decyzji o wyborze tego trybu udzielenia zamówienia publicznego.

RKO stwierdziła, iż udzielenie zamówienia podstawowego nastąpiło umową z dnia 3 grudnia 2010 r. zawartą przez inną osobę niż Obwiniony – tj. przez poprzedniego Burmistrza Miasta (...). Natomiast zgodnie z art. 19 ustawy odpowiedzialność za naruszenie jest odpowiedzialność ponosi konkretna osoba, a więc ewentualne błędy popełnione na etapie przygotowywania i udzielenia zamówienia publicznego nie mogą być przypisane osobie Obwinionego. Obwiniony jako nowowybrany Burmistrz był zobowiązany, w ocenie RKO, do respektowania jej postanowień. W ocenie Obwinionego, potwierdzonej następnie przez weryfikację RKO, zapisy pierwotnie zawartej umowy nie uwzględniały jednak wszystkich aspektów zmian w sytuacji geohydrologicznej zaistniałej w (...) w wyniku powodzi z maja 2010 r. Terminem, od którego zaistniała konieczność dokonania przez Burmistrza (...) modyfikacji w zakresie pierwotnej umowy była wiosna 2011 r., podczas której wody roztopowe w rejonie ul. (...) pogłębiły straty wyrządzone uprzednio w trakcie powodzi, ujawniając nowy problem hydrologiczny, który nie występował na tym terenie przed powodzią z 2010 r. (a więc był niemożliwy do wcześniejszego przewidzenia).

RKO, jak wynika z uzasadnienia do wydanego orzeczenia, dokonała analizy zaistnienia poszczególnych przesłanek zamieszczonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a Pzp i oceny argumentacji ich wystąpienia, jaką sformułował Pan (...) w kontekście zarzutów zawartych we wniosku o ukaranie.

Analizując przedstawiony stan faktyczny, RKO rozważyła także różne warianty możliwych zachowań Obwinionego, w sytuacji gdy na początku sprawowania kadencji miał on do realizacji omawianą umowę z 3 grudnia 2010 r. w warunkach pogarszającej się sytuacji transportowej i wodnej jaka występowała w otoczeniu ul. (...). RKO uznała, iż, rozwiązując wzmiankowaną umowę, Obwiniony naraziłby Miasto (...) na konieczność zapłaty kwoty znacząco przekraczającej koszt zaplanowany pierwotnie na to zadanie. W dalszym ciągu planowane działania budowlane – geodezyjne nie zostałyby sfinalizowane, a zorganizowanie nowego postępowania przetargowego i skuteczne wyłonienie wykonawcy zajęłoby co najmniej kilka dodatkowych miesięcy. Drugą możliwością byłoby zrealizowanie zadania w dotychczasowym kształcie, a następnie wybór w odrębnym postępowaniu wykonawcy opracowania dokumentacji projektowej, budowlanej, wykonawczej i wytyczenie nowego odcinka omawianej drogi gminnej. Działanie takie powodowałoby jednak realną groźbę, iż przyjęte przez dotychczasowego wykonawcę rozwiązania technologiczne i koncepcyjne istotnie utrudniałyby, a nawet uniemożliwiłyby zrealizowanie w przyszłości przedmiotowego odcinka wiodącego do ul. (...) przez inny podmiot. Koncepcja wybudowania omawianej drogi pozostawała bowiem w całościowym planie rozwiązań komunikacyjnych przyjętego przez nowe władze miasta i była związana w szczególności ze zmianą charakteru fragmentu ul. (...) z drogi gminnej na ciąg pieszo-jezdny (a więc tańszy w realizacji). W ocenie RKO, zebrane dowody nie świadczą o subiektywnej wizji nowego Burmistrza, lecz pokazują dotkliwe ograniczenia środowiskowe, z jakimi związany był projekt budowy nowej drogi. RKO, biorąc pod uwagę te ograniczenia, stwierdziła, że wyodrębnienie budowy odcinka łączącego ul. (...) do odrębnego postępowania, spowodowałoby konieczność zasadniczego przeprojektowania dotychczas zrealizowanego przebiegu drogi, co wiązałoby się z potrzebą wydatkowania na ten cel dodatkowych środków finansowych.

Obwiniony, w ocenie RKO, podjął jedyną możliwą decyzję, a jego zachowanie nie było wynikiem zaniedbań, czy też niestaranności. Nie można również, w ocenie RKO, uznać, że zamówienie dodatkowe było wynikiem źle przeprowadzonego przez niego procesu inwestycyjnego obejmującego zamówienie podstawowe.

RKO nie podzieliła stanowiska, że jedynym elementem uzasadniającym udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki było oddanie w 2011 r. kanału deszczowego przy ul. (...). Uznała natomiast, że okoliczność ta niewątpliwie umożliwia dokonanie oceny technologicznej możliwości niezbędnego poprawienia zakresu realizowanego dotychczas zadania. Zdarzeniem implikującym całą przedstawianą sytuację była wspomniana już powódź z 2010 r. Należy ocenić, iż zarówno powódź i następujące po niej roztopy, jak też oddanie do użytku nowego urządzenia hydrologicznego, były niezależnymi od siebie zdarzeniami, których koincydencja dała podstawę do zastosowania trybu określonego w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a Pzp.

W uzasadnieniu do orzeczenia RKO stwierdziła ponadto, iż udzielając zamówienia dodatkowego w przedstawionym kontekście wydarzeń, zamawiający miał na względzie konieczność zapewnienia jak największego stopnia bezpieczeństwa dla mieszkańców na danym terenie oraz spełnienie wymogów z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zgodnie z którymi wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. RKO uznała, iż ocena ścisłego respektowania postanowień definiujących czyny i odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie może być oderwana od powszechnie obowiązujących ogólnych zasad prowadzenia gospodarki budżetowej przez jednostki samorządu terytorialnego. W tej konkretnej sytuacji faktycznej, w jakiej znalazł się Obwiniony zaistniał związek przyczynowy pomiędzy ogółem okoliczności związanych z realizacją pierwotnej umowy z dnia 3 grudnia 2010 r. i wystąpieniem zdarzenia, którego zamawiający nie mógł przewidzieć, a oceną spełnienia przez zamawiającego przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki przy realizacji zamówienia dodatkowego.

Biorąc pod uwagę powyższe, RKO stwierdziła wystąpienie faktów towarzyszących udzieleniu omawianego zamówienia publicznego, podnoszonych przez Obwinionego, i jednocześnie uznała za udowodnione okoliczności uzasadniające dokonanie wyboru wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki.

RKO uznała, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki, o których mówi art. 67 ust.1 pkt 5 lit. a Pzp i nie została naruszona przez Obwinionego dyscyplina finansów publicznych w sposób określony w art. 17 ust.1 b pkt 2 ustawy poprzez naruszenie polegające na przeprowadzeniu postępowania oraz udzieleniu ww. zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a Pzp, bez spełnienia wynikających z tego przepisu przesłanek zastosowania ww. trybu.

Z tego też względu RKO stwierdziła, że w omawianym czynnie, stosownie do zapisu art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy, brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych i w związku z art. 78 ust. 3 ustawy orzekła o uniewinnieniu Obwinionego.

Odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia w dniu 25 kwietnia 2013 roku wniósł Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, wnosząc o uchylenie przedmiotowego orzeczenia oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO, zarzucając Komisji naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a Pzp poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że zamówienie dodatkowe o którym mowa w orzeczeniu jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a także uznanie, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

W uzasadnieniu do odwołania Rzecznik argumentował, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 1 Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielania zamówienia publicznego, w którym zamawiający

udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w Pzp przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r. sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/OI, C-28/OI, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zdaniem Rzecznika, w przedmiotowej sprawie nie zachodziła sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż udzielenie zamówienia dodatkowego musi być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymaganie funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Konieczność jego udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, czyli takiej której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji podstawowego zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, kiedy bez jego wykonania niemożliwe będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być jednak wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego. Nie będzie zatem zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r. sygn. akt II SA 2169/99).

Rzecznik wskazał również na argumentację podniesioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż przypadek ten zachodzi, gdy wykonanie zamówienia podstawowego wymaga równoczesnego lub wcześniejszego wykonania zamówienia dodatkowego. W przedmiotowej sprawie obydwa zadania wykonywane są równocześnie, jednakże dotyczą one dwóch oddzielnych lokalizacji dróg, które ze względu na zmianę organizacji ruchu oraz dla uzyskania dogodnego połączenia dróg komunikacyjnych łączą się. W związku z powyższym należy stwierdzić, że nie zachodzi sytuacja, w której wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Zgodnie z umową nr RI.218/2011 na zamówienie dodatkowe, wykonawca został zobowiązany do wykonania projektów zarówno budowlanych, wykonawczych, jak i organizacji ruchu czy odwodnienia wykopów, ale również specyfikacji technicznych i odbioru robót budowlanych, informacji do planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przedmiarów robót i kosztorysów inwestorskich. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że ww. projekty stanowią oddzielne opracowania nieuzależnione od zadania podstawowego. Ponadto, w równym stopniu zamówienie podstawowe mogło zostać wykonane niezależnie od zadania dodatkowego.

W uzasadnieniu przeczytać też możemy, że zamawiający nie wykazał również, aby w opisanym stanie faktycznym zachodziła sytuacja, w której konieczność wykonania dokumentacji nowego odcinka drogi gminnej powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Jak wynika z wyjaśnień przedłożonych przez zamawiającego, głównym argumentem były występujące szkody po powtarzających się zjawiskach atmosferycznych (roztopy). Jednocześnie, należy zauważyć, że zamawiający, powołując się na powódź, która wystąpiła w maju 2010 r. oraz na zniszczenie drogi w ul. (...), jak również na kolejne zniszczenie drogi w wyniku roztopów odniósł się do poniesienia dużych kosztów w związku z utrzymaniem ww. drogi. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający w kwietniu 2011 roku (po kolejnych szkodach na ww. odcinku drogi) przystąpił do analizy możliwości innego rozwiązania projektowanych dróg. W tym miejscu należy zgodzić się z zamawiającym, że kolejne naprawy drogi podnoszą koszty jej utrzymania, jednakże nie

sposób stwierdzić, że zamawiający nie mógł przewidzieć występujących po okresie zimowych roztopów.

Zdaniem Rzecznika, zakres udzielonego zamówienia dodatkowego wskazuje, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia związane było ze zmianą koncepcji realizacji zamówienia podjętej przez zamawiającego w toku jego wykonywania i wynikało z subiektywnej decyzji zamawiającego niezwiązanej z wykonaniem zadania w pierwotnie ustalonym zakresie. Tym samym, miało charakter zamówienia podstawowego, jego brak nie spowodowałoby, że zamówienie podstawowe nie zostałyby zrealizowane. Argumentem wskazanym przez Rzecznika jest, iż warunkiem koniecznym dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jako zamówienia dodatkowego zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a Pzp jest fakt, iż z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. W przedmiotowym postępowaniu nie można potwierdzić, że wykonanie projektu na nowy odcinek drogi przez nowego wykonawcę spowodowałoby ich poniesienie.

Zdaniem Rzecznika, zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, co miało wpływ na wynik postępowania poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu w trybie niekonkurencyjnym.

Rzecznik, analizując argumentację RKO nie podzielił argumentacji przytoczonej w uzasadnieniu do wydanego orzeczenia. Jego zdaniem, RKO w sposób nieuprawniony połączyła dwie zasadniczo odrębne od siebie sfery aktywności zamawiającego, czyli projektowanie robót budowlanych i ich wykonanie. Powołane przez Obwinionego okoliczności, uwzględnione przez RKO miałyby znaczenie, gdyby przedmiotem zamówienia podstawowego było wykonanie robót budowlanych, albo zaprojektowanie i wykonanie takich robót.

W odpowiedzi na odwołanie złożone przez Rzecznika Obwiniony (...) reprezentowany przez Pełnomocnika (...) złożył wyjaśnienia pisemne, w których ustosunkował się do tez przedstawionych w odwołaniu od wydanego orzeczenia. W odpowiedzi tej wskazał, iż, w jego ocenie, nie naruszył on art. 67 ust. 1 pkt 5 lit a Pzp. Nie zgodził się z zarzutami i argumentami Rzecznika z odwołania dotyczącymi:

- braku dowodów świadczących o tym, iż Obwiniony nie uwzględnił okoliczności powodzi przygotowując zamówienie objęte postępowaniem, który to brak jak wynika z uzasadnienia do wydanego przez RKO orzeczenia obciąża Obwinionego,
- potraktowaniem przez Rzecznika dwóch zadań dotyczących realizacji dróg jako zadań oddzielnych, podczas gdy ze złożonej dokumentacji (w tym mapek sytuacyjnych) wynika, że są to drogi tworzące jeden ciąg komunikacyjny,
- istnieniem możliwości dokonania przez Obwinionego zmiany zakresu rzeczowego zamówienia z jednoczesnym zachowaniem funkcjonalności tych dróg,
- możliwości przewidzenia roztopów o takim zakresie jakie były skutkiem szkód wywołanych przez powódź, która wystąpiła w 2010 roku.

Skład Orzekający Głównej Komisji Orzekającej (dalej zwanej GKO) rozpatrzył odwołanie na rozprawie, która odbyła się w dniu 21 października 2013 roku przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Pana Pawła Laudańskiego, Obwinionego i jego Pełnomocnika. W postępowaniu przed GKO Oskarżyciel podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w złożonym odwołaniu zaś Pełnomocnik wniosła o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy orzeczenia RKO.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy i złożone na rozprawie wyjaśnienia GKO uznała, że orzeczenie wydane przez organ I instancji zasługuje na utrzymanie w mocy a skargę uznała za niezasadną.

Nie budzi bowiem, w ocenie Składu Orzekającego wątpliwości, iż w rozpatrywanej sprawie spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 5 a Pzp a argumentacja Zastępcy Głównego Rzecznika nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, ani obowiązującym stanie prawnym.

Strona odwołująca w złożonym odwołaniu zarzuciła, że nie zostały spełnione łącznie przesłanki wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 5 a i b Pzp twierdząc, że wykonanie zamówienia podstawowego nie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. W ocenie GKO, spełnienie przesłanek wynikających z pkt b nie jest konieczne ponieważ, aby można było zastosować tryb z wolnej ręki wystarczy spełnienie pkt. a ww. przepisu. Ustawodawca, wskazując przesłanki zastosowania tego trybu postępowania, określił, iż musi występować jedna z wskazanych w ust. 1 przesłanek. Warunkując zastosowanie pkt 5 wskazał na dwa ppkt i użył sformułowania „lub”, co jednoznacznie wskazuje, iż musi wystąpić przynajmniej jedna przesłanka (zostać spełniony przynajmniej jeden ppkt.) nie zaś obie jednocześnie. Podobne stanowisko prezentowane jest w komentarzu opracowanym pod redakcją Tomasza Czajkowskiego (Wyd. Urząd Zamówień Publicznych Departament Szkoleń i Wydawnictw, Warszawa 2004 r. str. 187) gdzie wskazuje się, że „zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do zamówień dodatkowych jest uzależnione od spełnienia jednej z dwóch przesłanek. Pierwsza z nich to przyczyny techniczne lub gospodarcze, które sprawiają, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego powodowałoby konieczność poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Druga przyczyna to wystąpienie sytuacji, w której wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Może ona występować alternatywnie, bowiem w komentowanym przepisie użyto funktora alternatywy nierozłącznej „lub”.

Wnoszący odwołanie stwierdził, iż powoływanie się przez Obwinionego na roztopy jest niezasadne, ponieważ na pewno nie były to pierwsze roztopy w miejscu realizowania inwestycji, a RKO w swoim orzeczeniu powołała się na zmianę stosunków wodnych uzasadniając pilność tego zamówienia, mimo iż, w ocenie odwołującego się, nie było jasne, czy chodziło tu o powódź czy roztopy. Oskarżyciel wskazał ponadto, iż w zgromadzonym materiale dowodowym brak jest dowodów, świadczących o tym, że oddzielenie zamówień pociągałoby za sobą niewspółmierne koszty. Czyniąc ten zarzut przerzuca jednocześnie ciężar dowodowy w tej mierze na Obwinionego.

GKO, odnosząc się do powyższych argumentów Zastępcy Głównego Rzecznika stwierdziła, że w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ciężar dowodu nie spoczywa na obwinionym i to w szczególności oskarżyciel winien udowodnić winię Obwinionego; obwiniony nie ma obowiązku udowadniać, że nie popełnił czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo, że czyn ten nie posiadał znamion naruszenia tej dyscypliny. Komisja Orzekająca winna zaś w oparciu o materiał dowodowy bez względu na to, kto ten dowód przedstawi rozstrzygnąć sprawę, uzasadnić to rozstrzygnięcie a także, o ile uzna to za konieczne, przeprowadzić dowód z urzędu albo wskazać sposób uzupełnienia materiału dowodowego.

Tak wskazany ciężar dowodowy wynika bezpośrednio z ustawy i jest utrwalany przez komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Argumentację taką wskazała GKO w orzeczeniu z dnia 26 maja 2011 r. Nr BDF1/4900/31/36/RN-9/11/1351, twierdząc w uzasadnieniu, iż „Postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Ustawa nakłada materialny ciężar dowodzenia na rzecznika dyscypliny finansów publicznych. Zebranie dowodów winy, zgromadzenie odpowiednich dokumentów jest jego obowiązkiem. Zawarta w odwołaniu teza Rzecznika, że to na obwinionym spoczywa obowiązek udowodnienia, że wywiązał się prawidłowo z obowiązku przekazania sprawozdań w terminie

stoi w rażącej sprzeczności z dyrektywą art. 76 ust. 2 ustawy, w myśl której obwiniony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności”.

GKO podzieliła również argumentację przywołaną w orzeczeniu GKO z dnia 22 września 2005 r. DF/GKO/Odw.-88/115/2005/771, gdzie czytamy, iż w sytuacji kiedy „Istnieją poważne wątpliwości co do popełnienia zarzucanych obwinionemu czynów oraz co do istnienia w tych czynach znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wątpliwości te nie mogą być usunięte w postępowaniu przed GKO, we wcześniejszym zaś postępowaniu, w tym dwukrotnie przed Komisją Orzekającą I instancji, nie zostały one usunięte. Z całą pewnością wątpliwości te można uznać w zaistniałych okolicznościach za „niedające się usunąć”, te zaś w świetle art. 76 ust. 3 (...) ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych „rozstrzyga się na korzyść obwinionego”. (LEX nr 156342).

Czyniąc rozważania nad argumentacją Rzecznika, nie sposób nie zauważyć, iż w omawianym stanie faktycznym nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie, czy z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, gdyż de facto zamówienie nie zostało zrealizowane a środki nie zostały wydatkowane. Nie budzi też wątpliwości, że doszło do tego z winy wykonawcy.

Zdaniem GKO, RKO dostrzegła problem, przed którym stanął Obwiniony i wzięła pod uwagę układ dróg w Mieście (...), na skutek czego przyjęła, że oba projekty pozostają w związku funkcjonalnym, w ciągu komunikacyjnym. Słusznie dostrzeżono, że nie można było rozłączyć tych dwóch projektów. Oddzielnie zaprojektowane i zrealizowane ulice znajdujące się w takim powiązaniu komunikacyjnym mogłyby ze sobą nie współgrać funkcjonalnie a brak kompatybilności pomiędzy nimi powodowałby utrudnienia w wykonawstwie i późniejszej organizacji ruchu. GKO uznała ponadto argumentację przytoczoną przez Obwinionego w zakresie powiązania konieczności dokonania rozszerzonego zlecenia wykonania wspólnie obu dróg na skutek przyczyn, których nie dało się wcześniej przewidzieć.

Za przyczyny takie GKO uznała zarówno powódź i jej skutki w zakresie zmian w położeniu i przepływie wód gruntowych, jak również wybudowanie drogi wojewódzkiej, do którego doszło już po zawarciu pierwotnej umowy na realizację zadania podstawowego. Powstanie drogi wojewódzkiej mogło spowodować zaistnienie nowej koncepcji przyłączenia dróg gminnych zwłaszcza, że osoba, która dokonywałaby tego połączenia dróg, tj. Obwiniony wcześniej nie był zleceniodawcą robót „podstawowych”.

Dokonując powyższych rozważań oraz uznając, że uzupełnienie postępowania nie doprowadziłoby do uzyskania innych, istotnych dowodów, które mogłyby doprowadzić do wydania innego rozstrzygnięcia, GKO doszła do przekonania, że należy przyjąć, że przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt a Pzp zostały spełnione.

GKO zauważyła ponadto, że prawdopodobne jest wejście w życie projektowanych zmian Pzp, zgodnie z którymi próg określony do stosowania Pzp obecnie na powyżej 14.000 EURO zostanie zwiększony do kwoty powyżej 30.000 EURO. Dlatego też zauważając pewne wady wydanego przez organ I instancji orzeczenia, które nie rozwiązało wszelkich wątpliwości dotyczących stanu faktycznego wątpliwości te rozstrzygnięto na korzyść Obwinionego, mając także na uwadze, że strona oskarżycielska, na której zgodnie z zasadami postępowania spoczywał ciężar dowodowy – wykazania winy Obwinionego, nie wykazała tego w sposób właściwy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.