



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

Warszawa, dnia 18 marca 2019 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Sylwester Kuchnio</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Krzysztof Fijołek</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Dariusz Chmielecki (spr.)</b>
<b>Protokolant:</b>		<b>Dorota Machnicka</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Arkadiusza Babczuka, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 18 marca 2019 r., odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) (zam. ...), pełniącego w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu Spółki Sp. z o. o. z siedzibą w (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt RKO-522/49/18, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...) odpowiedzialnym za naruszenie w dniu 2 listopada 2015 roku dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 ze zm.), zwanej uondfp, polegającego na udzieleniu wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, zamówień publicznych o wartości łącznie 272.304,41 zł brutto (221.385,70 zł netto), przez podpisanie z Firmą (...):

- a) umowy NR: (...), której przedmiotem było sukcesywne świadczenie usług koparko – ładowarkami wraz z obsługą operatorską, polegających w szczególności na wykonywaniu robót ziemnych w ramach realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie maksymalne brutto w wysokości: 114.390,00 zł brutto (93.000,00 zł netto),

- b) umowy NR: (...), której przedmiotem była dostawa kamienia budowlanego na potrzeby realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie maksymalne brutto w wysokości: 118.080,00 zł brutto (96.000,00 zł netto),
- c) umowy NR: (...), której przedmiotem było wykonanie niezbędnych robót budowlanych, w tym koszy stalowych na kamień inżynierski na potrzeby realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie w wysokości: 39.834,41 zł brutto (32.385,70 zł netto),

co stanowiło naruszenie postanowień art. 7 ust. 3 w związku art. 32 ust. 1 i art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.);

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.  
**orzeka:**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uoondfp, 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, dalej zwana „Regionalną Komisją Orzekającą” lub „RKO”, działając na podstawie art. 42 ust. 1, art. 46 pkt 4, art. 51 oraz art. 135 uoondfp, orzeczeniem z dnia 22 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt RKO-522/49/18, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2018 r., przy udziale Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie, Pana (...), dalej zwanego „Rzecznikiem”, sprawy ze złożonego przez Rzecznika wniosku o ukaranie z dnia 7 września 2018 r., sygn. akt RDFP-510/28/18, uznała **Pana (...)**, pełniącego w czasie popełnienia zarzucanych czynów funkcję Prezesa Zarządu Spółki (...) (dalej zwanej także „Spółką”), zamieszkałego w (...) (dalej zwanego także „Obwinionym”), odpowiedzialnym za naruszenie w dniu 2 listopada 2015 roku dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp, polegające na udzieleniu wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, zamówień publicznych o wartości łącznie: 272.304,41 zł brutto (221.385,70 zł netto), przez podpisanie z firmą (...) z siedzibą w (...):

- 1) umowy NR: (...), której przedmiotem było sukcesywne świadczenie usług koparko – ładowarkami wraz z obsługą operatorską, polegających w szczególności na wykonywaniu robót ziemnych w ramach realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za

wynagrodzenie maksymalne brutto w wysokości: 114.390,00 zł brutto (93.000,00 zł netto),

- 2) umowy NR: (...), której przedmiotem była dostawa kamienia budowlanego na potrzeby realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...)” w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie maksymalne brutto w wysokości: 118.080,00 zł brutto (96.000,00 zł netto),
- 3) umowy NR: (...), której przedmiotem było wykonanie niezbędnych robót budowlanych, w tym koszy stalowych na kamień inżynierski na potrzeby realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...)” w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie w wysokości: 39.834,41 zł brutto (32.385,70 zł netto),

co stanowiło naruszenie postanowień art. 7 ust. 3 w związku art. 32 ust. 1 i art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp”.

Na podstawie art. 34a uoondfp RKO wymierzyła Obwinionemu karę nagany.

Na podstawie art. 167 ust. 1 uoondfp RKO orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

Na rozprawie przed Regionalną Komisją Orzekającą, przeprowadzonej w dniu 22 października 2018 r. stawili się Rzecznik oraz Obwiniony.

Obwiniony złożył wyjaśnienia w postępowaniu przed Rzecznikiem oraz w postępowaniu przed RKO. Wskazał, że podjął decyzję o zawarciu przez Spółkę trzech umów ponieważ uważał, że jest to najlepszy sposób wykonania powierzonego przez Gminę (...) zadania. Miało to na celu minimalizację kosztów, wykorzystanie własnego i lokalnego potencjału, co równocześnie chroniło przed zarzutem niegospodarności. Przedmioty trzech umów były różne i nie można przyjmować, że stanowiły jedno zamówienie. Udzielenie zamówienia w ramach jednego postępowania przetargowego „byłoby całkowicie nieuzasadnione i prowadziło do ograniczenia dostępności prac dla drobniejszych wykonawców.” Działanie takie było, w ocenie Obwinionego, zgodne z przepisami o zamówieniach publicznych, ponieważ przepisy te nakazują podział zamówienia w taki sposób, aby umożliwić jego realizację mniejszym podmiotom.

Przed rozprawą Obwiniony wniósł pismo, które w świetle oświadczeń złożonych na rozprawie Regionalna Komisja Orzekająca uznała za wniosek o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka. W ocenie RKO okoliczności, na które miał być przesłuchiwany świadek w istocie obejmowały motywację, jaką kierował się Obwiniony. Wniosek nie dotyczył żadnych okoliczności, które nie byłyby utrwalone dokumentami lub znane Obwinionemu. W takim stanie rzeczy Regionalna Komisja Orzekająca postanowiła oddalić wniosek dowodowy jako zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Regionalna Komisja Orzekająca, opierając się na dokumentach zgromadzonych w aktach sprawy i wyjaśnieniach Obwinionego, ustaliła następujący stan faktyczny

Na podstawie zarządzenia nr 136/2015 z dnia 23 października 2015 roku Wójt Gminy (...) powierzył spółce komunalnej (...) zadanie pn. „Odbudowa drogi gminnej (...). W wykonaniu tego zadania Spółka, reprezentowana przez Obwinionego, w dniu 2 listopada 2015 roku zawarła z (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...)Usługi Ogólnobudowlane, Roboty Ziemi Mechaniczne z siedzibą w (...), trzy umowy:

- 1) umowę nR: (...), której przedmiotem było sukcesywne świadczenie usług koparko – ładowarkami wraz z obsługą operatorską, polegających w szczególności wykonywaniu robót ziemnych w ramach realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie maksymalne brutto w wysokości: 114.390,00 zł brutto (93.000,00 zł netto),
- 2) umowę nR: (...), której przedmiotem była dostawa kamienia budowlanego na potrzeby realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie maksymalne brutto w wysokości: 118.080,00 zł brutto (96.000,00 zł netto),
- 3) umowę nR: (...), której przedmiotem było wykonanie niezbędnych robót budowlanych, w tym koszy stalowych na kamień inżynierski na potrzeby realizacji zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 15 grudnia 2015 roku, za wynagrodzenie w wysokości: 39.834,41 zł brutto (32.385,70 zł netto).

Łączna wartość tych umów wynosiła 272.304,41 zł brutto (221.385,70 zł netto).

Regionalna Komisja Orzekająca ustaliła ponadto, że Obwiniony ma pozytywną opinię o wywiązywaniu się z obowiązków służbowych oraz nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odnosząc ustalenia faktyczne do zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych skierowanych wobec Pana (...) we wniosku o ukaranie, Regionalna Komisja Orzekająca rozważyła, co następuje.

Identyfikując krąg podmiotów ponoszących odpowiedzialność za delikt określony w art. 17 ust. 1b pkt 1 uońdftp RKO wyjaśniła, że zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 uońdftp, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają osoby wchodzące w skład organu zarządzającego podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, lub zarządzającego mieniem tych podmiotów. Jak ustaliła RKO kierowanej przez Obwinionego Spółce zostało przekazane do wykonania, wraz z finansowaniem, zadanie publiczne. Środki na wykonanie tego zadania pochodziły z budżetu gminy, co oznacza, że były środkami publicznymi w rozumieniu art. 5 ustawy o finansach publicznych.

Obwiniony był jedynym członkiem zarządu wskazanej wyżej Spółki oraz podpisał przedmiotowe umowy.

Regionalna Komisja Orzekająca dokonała oceny stanu prawnego sprawy w kontekście zasady wynikającej z art. 24 ust. 1 uońdftp, zgodnie z którą 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.

RKO wskazała, że czyn zarzucany Obwinionemu został popełniony w dniu 2 listopada 2015 roku. Porównując stan prawny z daty popełnienia czynu i z daty orzekania RKO doszła do wniosku, że zmianie uległy przepisy regulujące wartość euro używaną do ustalania wartości zamówienia celem ustalenia właściwego sposobu udzielenia zamówienia. Zarówno jednak w chwili popełnienia czynu, jak i w chwili orzekania, łączna wartość zawartych umów była wyższa niż próg stosowania ustawy Pzp. Zmianie uległo również rozporządzenie wydane na podstawie art. 2c ustawy Pzp. W ocenie Regionalnej Komisji Orzekającej zmiana nie obejmowała norm istotnych dla rozpoznawanej sprawy. Ponieważ poprzednio obowiązujące przepisy nie mogą być kwalifikowane jako względniejsze dla Obwinionego, RKO orzekła

według brzmienia przepisów na chwilę orzekania (rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych).

Dokonując analizy prawnej RKO podkreśliła w uzasadnieniu orzeczenia, że kwestią podstawową dla ustalenia odpowiedzialności Obwinionego jest rozstrzygnięcie, jakie jest rozumienie pojęcia „wartość zamówienia”, użytego przez ustawodawcę w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Według RKO, nie ma większych wątpliwości, co do pojęcia „wartości”. Jest ono wyjaśniane w dalszej części art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Problemem jest natomiast to, za co ma być owo całkowite szacunkowe wynagrodzenie, czyli jak rozumieć słowo „zamówienie”.

Regionalna Komisja Orzekająca wskazała, że należy rozpocząć analizę od przepisu art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje, że ilekroć ustawodawca posługuje się pojęciem „zamówienie”, chodzi mu o zamówienie publiczne. Definicja zamówień publicznych zawarta jest w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp i określa zamówienia publiczne jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W ocenie RKO, w przepisie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp nie może chodzić o takie rozumienie pojęcia zamówienie. W tym przepisie, wbrew zasadom legislacji, ustawodawca odstępuje od przyjętej przez siebie definicji.

Dalej RKO argumentowała, że widać to wyraźnie w dalszych częściach art. 32 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień. Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania (kończącego się przecież zawarciem odrębnej umowy – przypisek RKO), wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

A z drugiej strony, jak podkreśliła RKO, zgodnie z art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową (a przecież umowa, która jest zamówieniem publicznym jest zawierana przez tę samą osobę prawną).

Dodatkowo Regionalna Komisja Orzekająca wskazała na art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, który w chwili popełnienia czynu przez Obwinionego zakazywał dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. RKO zwróciła także uwagę, że w obowiązującym stanie prawnym zakaz podziału na części zawarty jest w art. 5b ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego (art. 5b pkt 2) zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości. Wszystko to, zdaniem RKO, pokazuje, że w kontekście ustalenia wartości, zamówienie musi być rozumiane inaczej, niż to wynika z definicji zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Dlatego też należy odejść od interpretacji literalnej pojęcia zamówienie, która prowadziłaby do wniosków nielogicznych i przyjmując interpretację celowościową, zgodnie z którą, przynajmniej dla przepisów o ustaleniu wartości, zamówienie to dostawa, usługa lub robota budowlana stanowiąca jedną całość gospodarczą, jedno przedsięwzięcie z punktu widzenia celu jego realizacji (por. W. Dzierżanowski (w:) Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer 2018, t. 1 do art. 5b).

W dalszej części uzasadnienia na poparcie przeprowadzonej przez RKO analizy prawnej

przytoczone zostały fragmenty uzasadnienia orzeczenia RKO przy RIO we Wrocławiu z dnia 25 marca 2013 r., sygn. DFP-53-28/12 oraz uzasadnienia orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej z dnia 5 października 2012 r., sygn. BDF/MKO/4901/17/12/967.

Regionalna Komisja Orzekająca stoi na stanowisku, że zamawiający, chcąc zapewnić większą dostępność zamówienia, mógł podzielić tak rozumiane zamówienie na części, ale zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. RKO wyjaśniła, że zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Regionalna Komisja Orzekająca nie podzieliła również poglądu Obwinionego co do zróżnicowanego przedmiotu poszczególnych umów. W szczególności RKO zwróciła uwagę, że wynajem koparek z obsługą jest w rozumieniu rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych robotą budowlaną (CPV 45500000).

Dla Regionalnej Komisji Orzekającej pierwszorzędne znaczenie dla przyjęcia, że Obwiniony nieprawidłowo ustalił, w przypadku każdej z trzech ww. umów, wartość zamówienia, ma związek funkcjonalny i temporalny tych zamówień. Według RKO jest rzeczą oczywistą, że Spółce, którą kierował Obwiniony zostało przekazane zadanie publiczne, którego przedmiotem była odbudowa drogi gminnej (...). Zadaniem Spółki było wykonanie konkretnych robót budowlanych (odbudowy). Jak argumentowała Regionalna Komisja Orzekająca do wykonania każdego robót budowlanych potrzebny jest jakiś sprzęt i jakiś materiał, ale wynajmując potrzebny sprzęt i kupując potrzebny materiał ma się na celu wykonanie robót budowlanych. Najem sprzętu i zakup materiału ma sens gospodarczy, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, tylko o tyle, o ile znajdzie zastosowanie do wykonania robót budowlanych. Wynika to zresztą w sposób wyraźny z opisu świadczenia w ramach poszczególnych umów.

RKO podkreśliła w uzasadnieniu orzeczenia, że i czas najmu, i przeznaczenie kamienia temporalnie było skorelowane z odbudową drogi. Wszystkie trzy umowy zostały podpisane w tym samym dniu i wszystkie trzy zakończyć miały się w tym samym dniu. Zamówienia były tożsame podmiotowo, ponieważ, według RKO, oczywistym jest, że każdy podmiot, który zajmuje się odbudową dróg, musi skądś pozyskiwać kamień oraz na podstawie jakiegoś tytułu prawnego dysponować koparko-ładowarkami. Zakup kamienia i dysponowanie koparko-ładowarkami jest zwykłą praktyką rynkową firm zajmujących się robotami drogowymi. W ocenie RKO można nawet zaryzykować twierdzenie, że każdy, kto się zajmuje takimi robotami musi mieć dostęp do kamienia i koparko-ładowarek, bo w przeciwnym razie nie miałby możliwości wykonywania tego typu robót.

A zatem, jak stwierdziła RKO, nie sposób przyjąć, że istniały lub istnieją jakiegokolwiek argumenty, które przemawiałyby za odrębnością zamówień. Ani przedmiot, ani czas, ani podmiot mogący wykonać zamówienie nie jest odrębny. A wszystkie analizowane umowy łączy cel i funkcja. W związku z tym obowiązkiem Obwinionego było ustalenie dla każdej z zawartych umów wartość zamówienia w tej samej wysokości, stanowiącej sumę wartości netto poszczególnych umów (na marginesie RKO wskazała, że Obwiniony miał obowiązek oszacować wartość zamówienia w sposób właściwy dla robót budowlanych – przez kosztorys inwestorski). Przyjęcie innej wartości zamówienia naruszało nakaz z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązkiem Obwinionego było udzielenie każdego z trzech zamówień według

przepisów właściwych dla prawidłowo ustalonej wartości wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). Obwiniony powinien zastosować w przypadku każdej z umów tzw. postępowanie krajowe (właściwe dla udzielania zamówień o wartości nieprzekraczającej kwot, o których mowa w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Niezastosowanie tych przepisów i udzielenie trzech zamówień wykonawcy wskazanemu w inny sposób niż po przeprowadzeniu właściwego postępowania, daje, w ocenie RKO, podstawę do przyjęcia, że Obwiniony trzykrotnie w jednym dniu naruszył dyscyplinę finansów publicznych. Przekroczenie progu stosowania ustawy Pzp było znaczne.

Dalej Regionalna Komisja Orzekająca odniosła się do kwestii przypisania Obwinionemu winy w czasie popełnienia naruszenia (art. 19 ust. 2 uoondfp).

Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że działanie Obwinionego było zawinione. Argumentowała, że zgodnie z art. 18 ustawy Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. To właśnie kierujący jednostką ostatecznie odpowiada za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Regionalna Komisja Orzekająca podkreśliła, że od kierownika zamawiającego wymagać można, aby posiadał podstawową wiedzę w zakresie przepisów o zamówieniach publicznych oraz świadomość okoliczności związanych z udzieleniem konkretnego zamówienia. Jego obowiązkiem było należyte zbadanie, czy przy udzielaniu zamówień publicznych zobowiązany był stosować przepisy o zamówieniach publicznych oraz w jakim trybie należy udzielić zamówień publicznych. Brak jest również jakichkolwiek argumentów, które wskazywałyby na niemożność udzielenia zamówienia w trybie właściwym.

Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, RKO uznała, że działanie Obwinionego było szkodliwe w stopniu znacznym. RKO przytoczyła fragment uzasadnienia orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt BDF1.4800.56.15: *„dla udzielenia odpowiedzi, jaki jest stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych należy przeprowadzić ocenę w oparciu o kryteria wymienione w art. 28 ust. 1a-3 ustawy. W rozpatrywanej sprawie wyraźną wskazówką jest art. 28 ust. 3 in fine. Zgodnie z tym przepisem przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a konieczne jest uwzględnienie sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Rozpatrując powyższe zagadnienie należy podkreślić, że niezastosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle jest wysoce karygodne i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji w stopniu znacznym. Zamawiający, który nie stosuje zasad i trybów Prawa zamówień publicznych pozbawia się możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, w warunkach gry wolnorynkowej, przynosi korzyści tak pojedynczej jednostce sektora finansów publicznych, jak i finansom publicznym oraz gospodarce narodowej.”*

Odnosząc się do kwestii wymiaru kary Regionalna Komisja Orzekająca miała przede wszystkim na względzie treść przepisu art. 34a uoondfp, zgodnie z którym karę pieniężną albo karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny, z tym że jeżeli skutek naruszenia udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców wymierza się karę pieniężną.

RKO podkreśliła niestosowanie przez Obwinionego przepisów o zamówieniach publicznych, będące konsekwencją sztucznego i pozbawionego podstaw prawnych szacowania wartości zamówienia łączy się z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. RKO przywołała fragment orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 22 lutego 2016 r., sygn. BDF1.4800.153.15, z którego wynika, że 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 uondfp - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców (art. 28 ust. 3 uondfp).

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że w rozpoznawanej sprawie dla oceny szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych ma okoliczność, że w poważny sposób naruszono zasadę uczciwej konkurencji, poprzez niezastosowanie przepisów ustawy Pzp. W takiej sytuacji Obwinionemu powinna zostać wymierzona kara pieniężna. RKO wzięła jednak pod uwagę, że Obwiniony nie był do tej pory karany i cieszył się dobrą opinią w miejscu pracy. Dzięki temu, na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp RKO uznała, że możliwe jest złagodzenie kary i wymierzenie w miejsce kary pieniężnej, kary nagany. Zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej kara ta w wystarczającym stopniu zrealizuje cele wytyczone przez uondfp i będzie miała skuteczne działanie prewencyjne.

Z uwagi na przypisaną Obwinionemu odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych RKO, działając na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp, obciążyła Obwinionego zapłatą kosztów postępowania.

Obwiniony, pismem z dnia 31 grudnia 2018 r. (wpływ do RKO w dniu 7 stycznia 2019 r.), wniósł odwołanie od orzeczenia RKO z dnia 22 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt RKO-522/49/18 na korzyść Obwinionego, wnosząc o uniewinnienie.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniony wyjaśnił, że zadanie „Odbudowy drogi gminnej (...)” mogła jako zleceniodawca zrealizować sama, poprzez zlecenie całości zadania w drodze przetargu publicznego zewnętrznemu wykonawcy generalnemu, ale mając na uwadze możliwość realizacji części zadania przez jednostkę własną tj. Spółkę(...), w której ma 100 % udziałów, zdecydowała o powierzeniu wykonania tego zadania tej jednostce. Spółka została powołana i realizuje obsługę gminnych sieci wodociągowej, kanalizacyjnej, obsługę oczyszczalni ścieków, oraz realizuje inne zadania komunalne w tym remonty dróg itp. Dla realizacji tych zadań posiada sprzęt i ludzi, w tym została jej przekazana lokalna żwirownia, niezbędna w robotach drogowych.

Realizując to zadania Spółka mogła oczywiście całość zadania w ramach przetargu zlecić zewnętrznemu wykonawcy (Generalnemu Wykonawcy), a sama wystąpić w charakterze pośrednika pomiędzy Gminą, a Generalnym Wykonawcą. Zdaniem Obwinionego byłoby to całkowicie sprzeczne z założeniem Gminy i gospodarskim podejściem umożliwiającym wykorzystanie w pierwszej kolejności własnego potencjału, jak również potencjału lokalnych wykonawców zdolnych do wykonania części zadań. Mając na uwadze powyższe dokonano analizy zdania pod kątem możliwości wykonania siłami własnymi, oraz zadań koniecznych do zlecenia zewnętrznego z podziałem na rodzaj i wartość robót, dostaw i usług z zachowaniem wymagań zamówień publicznych.

Na podstawie tej analizy dokonany został następujący podział zakresu prac/dostaw/usług:

- 1) Roboty i dostawy realizowane własnymi materiałami, sprzętem i ludźmi (profilowania trasy drogi, wyrównywanie podbudowy, obsypki, zjazdy);



- 2) Wykonanie nawierzchni mineralno-bitumicznej;
- 3) Dostawę kamienia budowlanego;
- 4) Wykonanie koszy stalowych zabezpieczających skarpowania;
- 5) Usługi koparko-ładowarką z obsługą (posiadana przez Spółkę koparka była zbyt mała, a ilość prac przekraczała jej możliwości);
- 6) Kierowanie robotami na tym zadaniu.

Według Obwinionego można oczywiście wywodzić, że są to roboty jednorodne rodzajowo, czasowo i miejscowo ponieważ służą budowie jednej drogi i w konsekwencji zlecić ich wykonanie w ramach jednego postępowania przetargowego, lecz postępowanie takie byłoby całkowicie nieuzasadnione i prowadziło do ograniczenia wykorzystania potencjału i materiałów własnych (z posiadanej zwirowni), jak również dostępności do zleceń dla drobniejszych wykonawców.

Jak argumentował Obwiniony wykonawca specjalistycznych robót wymagających odpowiedniego sprzętu tj. nawierzchni bitumiczno-asfaltowej posiadający wytwórnę masy bitumicznej i sprzęt do jej rozkładania, nie jest zainteresowany wykonywaniem koszy, ani wynajmowaniem koparko-ładowarki. Z kolei istnieje wielu wykonawców usług koparkami, którzy jednak często nie posiadają innych możliwości wykonawczych (dostawa kamienia, kosze, kierowanie robotami), jak również nie posiadając zaplecza organizacyjnego (firmy jednoosobowe) i w konsekwencji nie mają możliwości uczestnictwa w przetargach publicznych. W tej sytuacji mając na uwadze nie obejście przepisów o zamówienie publiczne, lecz w celu zwiększenia dostępności dla zleceń, jak również mając na uwadze wartość szacunkową przedmiotowych robót wybrano różne sposoby wyłonienia wykonawców.

Ponieważ wartość szacunkowa wykonania nawierzchni bitumiczno-asfaltowej przekraczała 30 000 EUR, rozpisano postępowanie przetargowe i wyłoniono wykonawcę w drodze przetargu nieograniczonego.

Wartość pozostałych robót różnych rodzajowo tj.:

- 1) będących dostawami - dostawa kamienia budowlanego;
- 2) robotami budowlanymi - wykonanie koszy stalowych zabezpieczających skarpowania;
- 3) usługami - usługi koparko-ładowarką oraz usługę kierowania robotami,

których wartość w każdym rodzaju nie przekraczała 30 000 EUR, zlecono zgodnie z istniejącym w Spółce Regulaminem Zamówień Publicznych, wykonawcom wyłonionym w drodze odrębnych czterech publicznych zapytań ofertowych, które zgodnie z wymaganiami Regulaminu Zamówień Publicznych były publikowane na tablicy ogłoszeń Spółki, Gminy, a także stronie internetowej.

W ocenie Obwinionego, były to zatem ogłoszenia publiczne nie ograniczające dostępności dla wykonawców. Mając na uwadze taki tryb wyboru wykonawcy, w momencie otwarcia ofert nie miał podstaw do odrzucenia trzech ofert firmy (...), które były najkorzystniejszymi ofertami w tych postępowaniach. Oferent ten jednocześnie nie złożył oferty w zapytaniu na Kierowanie robotami, nie posiadając własnych możliwości w tym zakresie, oraz nie będąc zainteresowany pośrednictwem w realizacji tej usługi.

Wykonawcę na kierowanie robotami wyłoniono w czwartym postępowaniu.

Wybór wykonawców według powyższego podziału zadań, odbył się zatem zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych w przypadku wartości robót powyżej progu oraz zgodnie z istniejącym w Spółce Regulaminem Zamówień Publicznych.

Jak wyjaśnił Obwiniony wybór ten nie ograniczał, wbrew twierdzeniom Regionalnej Komisji Orzekającej zawartych w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, zasad uczciwej konkurencji, albowiem wszyscy potencjalni wykonawcy mieli możliwość uzyskania informacji o postępowaniu, składania ofert i oferty różne były złożone. Fakt, że jeden wykonawca, z siedzibą kilku kilometrów od miejsca realizacji, złożył najkorzystniejsze oferty świadczy, według Obwinionego, nie o naruszeniu zasad konkurencyjności, lecz minimalizacji oferowanych cen wobec jego najniższych kosztów własnych.

Faktem wskazującym na brak zamiaru omięcia przepisów ustawy Pzp przy wyłonieniu wykonawcy, jest także okoliczność, że przy szacowanej wartości robót dla nawierzchni asfaltowo-bitumicznej przekraczający próg 30 000 EUR, zastosowano tryb przetargu publicznego, w którym wyłoniony został wykonawca. Zastosowanie tego trybu dla pozostałych robót spowodowałoby najprawdopodobniej uniemożliwienie złożenia ofert tym wykonawcom, którzy złożyli oferty w trybie publicznych zapytań ofertowych, co skazałoby nas jako zamawiających na zlecenie tych robót większym firmom o większym potencjale i kosztach własnych, a tym samym większych kosztach realizacji.

Finalnie Obwiniony podkreślił, że potwierdzeniem prawidłowości podejścia Spółki do podziału zadań są obowiązujące od 2016 roku przepisy ustawy Pzp wprost zobowiązujące zamawiającego do składania wyjaśnień, jeśli nie podzieli zamówienia na części w celu umożliwienia większemu gronu wykonawców ubiegania się o realizację części zamówienia.

**Uwzględniając powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także „GKO”) ustaliła i zważyła, co następuje.**

Po przeprowadzeniu w dniu 18 marca 2019 r. rozprawy przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych postanowiła utrzymać w mocy orzeczenie RKO, dzieląc tym samym stanowisko Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który wniósł o oddalenie odwołania.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 uondfp, GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

GKO dokonując, w związku z wniesionym odwołaniem, kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia nie stwierdziła okoliczności uzasadniających uchylenie rozstrzygnięcia Komisji I instancji.

W pierwszej kolejności GKO wskazuje, że rozstrzygnięcie RKO jest prawidłowe pod względem formalnym. Zawiera wszystkie elementy określone przepisami art. 135 ust. 2 i ust. 3 uondfp.

Ponadto, weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia RKO doprowadziła GKO do wniosku, że Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody. Wskazać należy, że okoliczności faktyczne ustalone przez RKO nie były kwestionowane przez Obwinionego i nie są one przedmiotem sporu. Rozbieżności pojawiają się natomiast w

zakresie prawnej oceny tego stanu i jej konsekwencji w perspektywie przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO dokonała także własnej oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 uoondfp 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 popełnienia przedmiotowych czynów, GKO, dzieląc ustalenia w tym zakresie poczynione przez RKO, postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, uznając, że przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego czynu nie są względniejsze dla Obwinionego.

W myśl art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Wskazać należy także, że przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami tej ustawy.

RKO trafnie przeanalizowała także relację treści przepisu art. 32 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu (tj. w dniu 2 listopada 2015 r.) oraz przepisu art. 5b pkt 2 w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania. GKO dokonując własnej analizy w tym zakresie wskazuje ponadto, że ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 i 1920) dodany został do ustawy Pzp art. 5b pkt 2, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości. Z kolei przepis art. 32 ust. 2 Pzp z daty popełnienia zarzucanego czynu stanowił, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości, natomiast przepis ten w dacie orzekania stanowi, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Dokonane przez ustawodawcę ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zmiany art. 32 ust. 2 ustawy Pzp i wprowadzenie przepisu art. 5b ustawy Pzp nie pozwalają na uznanie, że przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego czynu są względniejsze dla Obwinionego. Zakaz „dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp” występuje zarówno w stanie prawnym obowiązującym w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie orzekania, z tą różnicą, że opis czynności sprawczej z daty orzekania został w omawianym artykule doprecyzowany o podział zamówienia na odrębne (dwa lub więcej) zamówienia.

Mając na względzie zakres przedmiotowy zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) powierzonego Spółce przez Wójta Gminy (...) na podstawie Zarządzenia Nr 136/2015 z dnia 23 października 2015 roku GKO wskazuje dodatkowo na treść przepisów art. 33 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że powierzone Spółce zadanie miało charakter przedsięwzięcia stanowiącego roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w

programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane, wartość zamówienia ustala się na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Powyższe przepisy nie uległy zmianie i obowiązywały zarówno w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie orzekania.

Z kolei art. 33 ust. 2 w dacie popełnienia czynu stanowił, że przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy. W omawianej ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dokonano odnośnie do zasad obliczania wartości zamówienia na roboty budowlane tylko jednej niewielkiej zmiany, a mianowicie w art. 33 ust. 2 ustawy Pzp ustalono, że przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się wartość nie tylko dostaw (jak dotychczas) ale również usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych.

Powyższe przepisy jednoznacznie wskazują, że szacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane nakazują zamawiającemu traktowanie tych robót jako jednego zamówienia, w szczególności w sytuacji, kiedy dotyczą tego samego przedsięwzięcia budowlanego (objętego jednym pozwoleniem na budowę).

Odrębne oszacowanie przez Obwinionego wartości zamówień w ramach zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...)” w podziale na zamówienia:

- 1) którego przedmiotem było sukcesywne świadczenie usług koparko – ładowarkami wraz z obsługą operatorską, polegających w szczególności wykonywaniu robót ziemnych (umowa NR: ...);
- 2) którego przedmiotem była dostawa kamienia budowlanego na potrzeby realizacji zadania (umowa NR: ...);
- 3) którego przedmiotem było wykonanie niezbędnych robót budowlanych, w tym koszy stalowych na kamień inżynierski (umowa NR: ...),

i w konsekwencji zawarcie umów z uwzględnieniem zwolnienia ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp nie było uprawnione. Tym samym stanowiło wskazane w orzeczeniu RKO naruszenie przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uodfp.

W ocenie GKO Obwiniony był zobowiązany, uwzględniając reguły z art. 32 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp, zakwalifikować te zamówienia jako jedno zamówienie.

Na podstawie przepisów art. 32 ust. 4 ustawy Pzp możliwe jest udzielanie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, jednak wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia.

W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie dla ustalenia, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza wszystkich okoliczności faktycznych sprawy. W tym celu należy posłużyć się kryteriami podobieństwa przedmiotowego i funkcjonalnego zamówienia, tożsamości czasowej zamówienia, możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Konieczne jest ustalenie, czy dane zamówienia mogły być wykonane w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli m.in. do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem. W ocenie GKO, jednolitość przedmiotowa i funkcjonalna w przypadku analizowanych umów jest zachowana.

W ocenie RKO, którą w pełni podziela GKO, Obwiniony nieprawidłowo ustalił, w przypadku każdej z trzech ww. umów, wartość szacunkową zamówienia, pomijając związek funkcjonalny i temporalny tych zamówień. Zadaniem Spółki było wykonanie konkretnych robót budowlanych (odbudowy drogi). Czas najmu koparko-ładowarki z obsługą operatorską i przeznaczenie kamienia było skorelowane z odbudową drogi. Wszystkie trzy umowy zostały podpisane w tym samym dniu i wszystkie trzy zakończyć miały się w tym samym dniu. Jak słusznie zauważyła Regionalna Komisja Orzekająca zamówienia były także tożsame podmiotowo - zakup kamienia i dysponowanie koparko-ładowarkami jest zwykłą praktyką rynkową firm zajmujących się robotami drogowymi.

A zatem, w ślad za ustaleniami RKO, Główna Komisja Orzekająca uznaje, że nie istnieją jakiegokolwiek argumenty, które przemawiałyby za odrębnością analizowanych zamówień. Ani przedmiot, ani czas, ani podmiot mogący wykonać zamówienie nie jest odrębny. Analizowane umowy łączy cel i funkcja. W związku z tym obowiązkiem Obwinionego było ustalenie dla każdej z zawartych umów wartość zamówienia w tej samej wysokości, stanowiącej sumę wartości netto poszczególnych umów. Obwiniony miał obowiązek oszacować wartość zamówienia w sposób właściwy dla robót budowlanych – przez kosztorys inwestorski (art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Przyjęcie innej wartości zamówienia naruszało nakaz z art. 32 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp. Obowiązkiem Obwinionego było udzielenie każdego z trzech zamówień według przepisów właściwych dla prawidłowo ustalonej wartości wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). Obwiniony powinien zastosować w przypadku każdej z umów tzw. postępowanie krajowe (właściwe dla udzielania zamówień o wartości nieprzekraczającej kwot, o których mowa w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

Główna Komisja Orzekająca nie podziela prezentowanego przez Obwinionego w odwołaniu stanowiska, że uznanie zadania pn. „Odbudowa drogi gminnej (...) za jedno zamówienie byłoby całkowicie nieuzasadnione i prowadziłoby do ograniczenia wykorzystania potencjału Spółki i materiałów własnych Spółki (z posiadanej żwirowni), jak również dostępności do zleceń dla drobniejszych wykonawców. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej możliwe i zgodne z przepisami ustawy Pzp byłoby połączenie przez Spółkę dwóch działań - realizacji niektórych prac składających się na powierzone zadanie samodzielnie przez Spółkę w ramach dostępnego potencjału Spółki i materiałów własnych Spółki, natomiast na pozostałe prace

składające się na to zadanie zorganizowanie przez Spółkę postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z zastrzeżeniem możliwości składania przez wykonawców ofert częściowych albo udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, przy czym wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Taki sposób działania nie stałby na przeszkodzie podnoszonej przez Obwinionego w odwołaniu dostępności do zleceń dla drobniejszych wykonawców.

Obwiniony w celu uzasadnienia prawidłowości swojego działania podnosi także w odwołaniu, że obowiązujące od 2016 roku przepisy ustawy Pzp wprost zobowiązują zamawiającego do składania wyjaśnień, jeśli nie podzieli zamówienia na części w celu umożliwienia większemu gronu wykonawców ubiegania się o realizację części zamówienia. Rzeczywiście zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami.

Główna Komisja Orzekająca podkreśla jednak, że obowiązek wynikający z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z obowiązkami zamawiającego wynikającymi z art. 32 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający musi podjąć decyzję przed wszczęciem postępowania, czy ma faktycznie do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi zamówieniami, jak również czy dokonywać będzie podziału takiego zamówienia, co pozwoli mu zastosować właściwe przepisy jak również będzie chronić zamawiającego przed ewentualnym zarzutem naruszenia zasad zamówień publicznych wynikających z art. 7 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe ustalenia GKO uznaje, że RKO prawidłowo dokonała subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod obowiązujące normy prawne.

GKO stwierdza, że stan faktyczny sprawy i podejmowane przez Obwinionego bezpośrednie czynności niewątpliwie potwierdzają ustalenia RKO, że łącznie spełnione zostały przesłanki wymagane dla przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a mianowicie: a) popełniony czyn jest kwalifikowany jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych; b) sprawca czynu jest podmiotowo zdolny do ponoszenia odpowiedzialności; c) naruszenie dyscypliny finansów publicznych miało charakter zawiniony; d) naruszenie dyscypliny finansów publicznych było szkodliwe dla finansów publicznych w stopniu wyższym niż znikomy (określonym przez RKO jako znaczny).

Jak wynika z prawidłowych ustaleń RKO, odpowiedzialność za delikt określony w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp ponoszą osoby wchodzące w skład organu zarządzającego podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, lub zarządzającego mieniem tych podmiotów (art. 4 ust. 1 pkt 1 uondfp). Kierowanej przez Obwinionego Spółce zostało przekazane do wykonania, wraz z finansowaniem, zadanie publiczne. Środki na wykonanie tego zadania pochodziły z

budżetu gminy, co oznacza, że były środkami publicznymi w rozumieniu art. 5 ustawy o finansach publicznych. Obwiniony był jedynym członkiem zarządu wskazanej wyżej Spółki oraz podpisał przedmiotowe umowy.

W ocenie GKO, RKO również prawidłowo, na podstawie zgromadzonych materiałów dowodowych, przeanalizowała winę Obwinionego. Co do kwestii przypisania Obwinionemu winy w czasie popełnienia naruszenia (art. 19 ust. 2 uoondfp), nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 18 ustawy Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. To kierujący jednostką ostatecznie odpowiada za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Od kierownika zamawiającego wymagać należy, aby posiadał podstawową wiedzę w zakresie przepisów o zamówieniach publicznych oraz świadomość okoliczności związanych z udzieleniem konkretnego zamówienia. Obowiązkiem Obwinionego było należyte zbadanie, czy przy udzielaniu zamówień publicznych zobowiązany był stosować przepisy o zamówieniach publicznych oraz w jakim trybie należy udzielić zamówień publicznych. Brak jest również jakichkolwiek argumentów, które wskazywałyby na niemożność udzielenia zamówienia w trybie właściwym.

Obwiniony miał faktyczną i prawną możliwość zachowania się zgodnie z przepisami, chociażby poprzez – jak zostało uprzednio uzasadnione – udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowiłaby przedmiot odrębnego postępowania, przy czym wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, co czyniłoby zadość wymogom art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa GKO oraz sądów administracyjnych od dysponenta środków publicznych należy oczekiwać wysokiej świadomości prawnej oraz znajomości przepisów prawa na poziomie wyższym niż podstawowy.

Główna Komisja Orzekająca podziela także ocenę RKO dotyczącą stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych popełnionego przez Obwinionego uznając, że działanie Obwinionego było szkodliwe w stopniu znacznym. Zgodnie z przepisem art. 28 ust. 3 uoondfp przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a konieczne jest uwzględnienie sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Nie ulega wątpliwości, że działanie Obwinionego doprowadziło do niezastosowania w zakresie 3 analizowanych umów procedur określonych w ustawie Pzp. Procedury te stanowią swoistą gwarancję przestrzegania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz umożliwiają m.in. korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, co umożliwia wykonawcom kwestionowanie określonych działań lub zaniechań zamawiającego. Jak trafnie podkreśliła RKO, wskazując na utrwalone dotychczas w orzecznictwie GKO poglądy, zamawiający, który nie stosuje zasad i trybów ustawy Pzp, pozbawia się możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty. Zastosowanie do zawarcia ww. umów Regulaminu Zamówień Publicznych obowiązującego w Spółce (na co wskazuje Obwiniony w odwołaniu) nie może być traktowane jako argument przemawiający za tym, że nie została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Przyjęcie założenia, że wewnętrzne regulacje w zakresie zamówień publicznych (w tym zamówień podprogowych) obowiązujące w jednostce mogą zastępować regulacje o charakterze powszechnym, ustawowym niweczyłoby funkcjonowanie jednolitego systemu zamówień publicznych.

Odnosząc się do wymiaru kary, w ocenie GKO, wymierzona Obwinionemu przez RKO kara nagany mieści się w zakresie prawnych kompetencji organu orzekającego, wynikających w szczególności w art. 33 uoondfp. Zgodnie z art. 34a uoondfp karę pieniężną albo karę nagany

można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny, z tym że jeżeli wskutek naruszenia udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców wymierza się karę pieniężną (art. 34a pkt 4 uondfp).

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że w rozpoznawanej sprawie dla oceny szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych ma okoliczność, że w istotny sposób naruszono zasadę uczciwej konkurencji, poprzez niezastosowanie przepisów ustawy Pzp. Obwiniony trzykrotnie w jednym dniu naruszył dyscyplinę finansów publicznych. Przekroczenie progu stosowania ustawy Pzp było znaczne. W takiej sytuacji Obwinionemu powinna zostać wymierzona kara pieniężna.

RKO wzięła jednak pod uwagę, że Obwiniony nie był do tej pory karany i cieszył się dobrą opinią w miejscu pracy. Dzięki temu, na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp RKO uznała, że możliwe jest złagodzenie kary i wymierzenie w miejsce kary pieniężnej, kary nagany. Zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej, które podziela Główna Komisja Orzekająca, kara nagany w wystarczającym stopniu zrealizuje cele wytyczone przez przepisy uondfp i będzie miała skuteczne działanie prewencyjne. Orzeczona kara nagany - uwzględniając wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności naruszenia, a także skutki naruszenia - jest adekwatna do stwierdzonych naruszeń.

Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji.