



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

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2018 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	<b>Wojciech Robaczyński</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Paweł Adam Trojan</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Dariusz Chmielecki (<i>spr.</i>)</b>
Protokolant:		<b>Bartosz Głuszko</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2018 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzuczonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Z-cy Burmistrza Miasta (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. akt ZDB-4100-19/2017, którym uznano Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w:

1) **art. 17 ust. 1b pkt 2** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu Wykonawcy (...) zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości przedmiotu zamówienia 1.116.768,55 zł poprzez podpisanie - pomimo braku ustawowych przesłanek - w dniu 28 września 2016 r. umowy nr 2015/IZP.IR.R/95a zawartej w przedmiocie zamówienia „*Budowa hali widowiskowo-*

*sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”, co narusza art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” i „b” ustawy Prawo zamówień publicznych;*

2) **art. 17 ust. 1 pkt 6** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na zaniechaniu zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – czas popełnienia czynu 26 lipca 2016 r. – o wszczęciu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej co narusza art. 67 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 2284,17 zł oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

**orzeka:**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) uchyla orzeczenie Komisji I instancji i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu.**

**Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

**Uzasadnienie**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu (dalej zwana „Regionalną Komisją Orzekającą” lub „RKO”), działając na podstawie art. 42 ust. 1, art. 51 oraz art. 135 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.), dalej zwanej także „uondfp”,

orzeczeniem z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt ZDB-4100-19/2017, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 r. w Opolu, przy udziale stron, sprawy z wniosku o ukaranie sygn. akt ZRD-4110-7/2017z dnia 1 sierpnia 2017 r. złożonego przez Rzecznika dyscypliny finansów publicznych, właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu, Pana Arkadiusza Talika (dalej zwanego „Rzecznikiem”), uznała (...), zatrudnionego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...), na stanowisku Zastępcy Burmistrza, zam. (...) (dalej zwanego także „Obwinionym”), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w:

1) **art. 17 ust. 1b pkt 2** uondfp, polegające na udzieleniu Wykonawcy (...) zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości przedmiotu zamówienia 1.116.768,55 zł poprzez podpisanie - pomimo braku ustawowych przesłanek - w dniu 28 września 2016 r. umowy nr 2015/IZP.IR.R/95a zawartej w przedmiocie zamówienia „*Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej*”, co narusza art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” i „b” ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp”;

2) **art. 17 ust. 1 pkt 6** uondfp, polegające na zaniechaniu zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – czas popełnienia czynu 26 lipca 2016 r. – o wszczęciu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej co narusza art. 67 ust. 2 ustawy Pzp;

Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 oraz art. 37 uondfp RKO wymierzyła karę pieniężną w wysokości 0,25 miesięcznego wynagrodzenia, tj. w kwocie 2 284,17 zł.

Na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp RKO orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł (słownie: trzysta szesnaście złotych 18/100).

W uzasadnieniu orzeczenia RKO zawarta jest informacja, że na rozprawie przed Regionalną Komisją Orzekającą, przeprowadzonej 12 grudnia 2017 r., stawili się Rzecznik oraz Obwiniony. W złożonych wyjaśnieniach Obwiniony wskazał m.in. iż dotychczas nie ponosił odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wskazał również, że „*w administracji publicznej pracuję 21 lat, a zamówieniami publicznymi zajmuję się od kilku lat. Chciałbym jednak zwrócić uwagę na jedną z przesłanek, która w naszej ocenie uzasadniała zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu swojej uchwały podniosła: „Powyższe również nie zasługuje na uznanie zasadności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jako że przedmiotem zamówienia były roboty budowlane a nie zamówienia na dokumentację projektową” moim zdaniem należy odnieść to do zamówienia pierwotnego – robót budowlanych oraz opracowania projektu budowlanego. Jeżeli spojrzelibyśmy na to w ten sposób to być może udzielenie zamówienia z wolnej ręki byłoby zasadne.*”

Na pytanie Przewodniczącego RKO, co do ewentualnej możliwości ujęcia robót zleconych w trybie z wolnej ręki w ramach tzw. „zamówienia pierwotnego” Obwiniony wyjaśnił, „*Inwestycja była realizowana w kilku etapach. Pierwszy dotyczył wyłonienia wykonawcy do*

*sporządzenia projektu budowlanego. Działania w tamtym okresie podejmowane były pod dużą presją czasu, priorytetem było uzyskanie dużego dofinansowania z Ministerstwa Sportu i dokumentacja była tworzona pod tym kątem. Być może to spowodowało, że niektóre elementy nie znalazły się w dokumentacji projektowej. Dopiero w drugim etapie, przy wylaniu podmiotu, który miał sporządzić dokumentację konstrukcyjną oraz wybudować obiekt na radach budowy pojawił się pomysł, aby poprawić rentowność tego obiektu tak, aby obiekt ten w przyszłości lepiej się finansował. Ponieważ te zmiany ingerowały dość mocno w sam projekt, pierwotną dokumentację i jej treść uznaliśmy, że zasadne będzie zastosowanie trybu z wolnej ręki. Ja na tamtą chwilę nie wyobrażam sobie tego, że miałbym zainwentaryzować budowę i wpuścić na nią innego wykonawcę. Miałem również cały czas na względzie graniczny termin realizacji budowy tj. 30 września 2017 r., którego niedochowanie skutkowało by utratą dofinansowania..”.*

Na rozprawie, Rzecznik podtrzymał wniosek o wymierzenie kary pieniężnej w wysokości jednomiesięcznego wynagrodzenia. Obwiniony (...) wniósł o odstąpienie od wymierzenia kary.

Regionalna Komisja Orzekająca, rozpoznając sprawę, dopuściła jako dowody w sprawie wniosek o ukaranie z dnia 1 sierpnia 2017 r., sygn. akt ZRD-4110-7/2017 wraz z załącznikami oraz protokół rozprawy z dnia 12 grudnia 2017 r.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, Regionalna Komisja Orzekająca dokonała następujących ustaleń faktycznych

W ocenie RKO stan faktyczny w sprawie jest niesporny. Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Gminie (...) złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Jak wynika ze zgromadzonych dokumentów, Zamawiający w dniu 21 lipca 2016 r. zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „BZP”) ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki w zakresie wykonania sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonania kas biletowych zewnętrznych, wykonania pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawy i montażu agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej, z Wykonawcą zadania pn.: „Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)”, tj. z przedsiębiorstwem (...). (k.97-94) W dniu 22 lipca 2016 r. Zamawiający wysłał zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki dla ww. Wykonawcy, co wynika z protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. (k.52-47)

W dniu 28 września 2016 r. zawarta została umowa nr 2015/IZP.IR.R/95a podpisana przez (...) Z-cę Burmistrza (...) z up. Burmistrza (...), z na wykonanie zamówienia pn. „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...):

- 1) wykonanie sterowania ogrzewania i chłodzeniem podłogowym,
- 2) wykonanie kas biletowych zewnętrznych,
- 3) wykonanie dodatkowej trybuny dla widzów,
- 4) dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”. (k.7-3)

Dnia 18 października 2016 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o udzieleniu niniejszego zamówienia w trybie z wolnej ręki w BZP pod nr 151946-2016. (k.93) Wartość zamówienia wyniosła 1 116 768,55 zł czyli 267 495,88 euro. (k.52)

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp

## Sygn. akt BDF1.4800.16.2018

w brzmieniu na dzień 22 lipca 2016 r. (k.42-32). Zamawiający skorzystał z prawa zgłoszenia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. (k.31-28) Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego i przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. (k. 27-18) Uchwałą z dnia 14 lutego 2017 r. sygn. akt KIO/KD 5/17 Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego (k.17-8).

Z wyjaśnień złożonych przez Obwinionego Rzecznikowi z dnia 25 maja 2017 r. (k.104-98) wynika, że w trakcie realizacji zadania pod nazwą „Budowa Hali widowiskowo-sportowej w (...)” Wykonawca zasugerował konieczność wykonania robót zwiększających atrakcyjność oraz funkcjonalność nowo realizowanego obiektu, które to roboty nie były objęte zamówieniem podstawowym.

*Wykaz robót zwiększających atrakcyjność oraz funkcjonalność obiektu:*

1. *Wykonanie sterowania ogrzewaniem podłogowym - zastosowanie sterowników pokojowych do podłogówki z głowicami sterującymi w rozdzielaczach.*

*Rozwiązanie takie wprowadzi oszczędności w trakcie użytkowania obiektu w zakresie zapotrzebowania cieplnego oraz proponowanej instalacji chłodu. Pozwoli na indywidualne sterowanie ogrzewaniem oraz chłodem (wylączeniem w trakcie braku użytkowania, ustawianiem indywidualnej temperatury) w każdej strefie temperaturowej z osobna.*

*Zakres prac ingeruje w zaprojektowaną dotychczas instalację w zakresie rozdzielaczy instalacji podłogowej oraz jego sterowania. Montaż w późniejszym etapie wiązałby się z koniecznością demontażu rozdzielaczy. Instalacja zasilająca oraz instalacja pomiędzy rozdzielaczami a sterownikami pokojowymi powinna zostać wykonana podtynkowo w peszlach osłaniających,*

2. *Wykonanie instalacji chłodzenia obiektu - zastosowanie agregatu wody lodowej;*

*Instalacja ta podniesie komfort cieplny zwłaszcza latem we wszystkich pomieszczeniach na obiekcie, począwszy od strefy wejściowej dla kibiców, biura, strefę fitness po szatnie zawodników, a nie tylko w pomieszczeniach biurowych jak zakładał projekt budowlany. Wykorzysta już zaprojektowaną instalację ogrzewania podłogowego w całym obiekcie podłączając pod nią agregat wody lodowej.*

*Wykonanie w/w zakresu robót możliwym jest do realizacji jedynie na obecnym etapie zawansowania budowy obiektu ponieważ:*

- należy rozbudować / zaprojektować wymiennikownie,*
- należy poprowadzić rurociągi od wymiennikowni przez pomieszczenie na taras zewnętrzny,*
- poprowadzić zasilanie elektryczne niezależne z rozdzielni elektrycznej,*
- poprowadzić przewody sterujące,*
- wykonać konstrukcję pod agregat wody lodowej,*
- wszystkie wymienione instalacje powinny być zakryte tynkiem, sufitem podwieszanym, w przegrodach zabezpieczone pożarowo - prace te powinny być wykonywane zgodnie z harmonogramem budowlanym i technologią, instalacje przed ostatecznym zakryciem powinny być poddane próbom szczelności i próbie podciśnieniowej.*

3. *Wykonanie pomieszczenia „zewnętrznej kasy biletowej”.*

*Wykonanie kasy biletowej zewnętrznej umożliwi sprzedaż biletów w dowolnych godzinach bez*

*konieczności udostępniania całego obiektu dla kibiców. Równocześnie ze sprzedażą będzie mogło się odbywać wpuszczanie na obiekt kibiców.*

*Wykonanie zakresu możliwym jest do realizacji wyłącznie na obecnym etapie zaawansowania budowy obiektu, gdyż wiąże się z koniecznością przeprojektowania konstrukcji obiektu łącznie ze zmianą fundamentowania. Zakres tych prac wymaga uzyskania pozwolenia na budowę;*

- 4. Wykonanie pomieszczeń sponsorskich, dodatkowa kondygnacja wraz ze zmianą projektu budowlanego i wykonawczego. Wykonanie tego elementu poprawi rentowność obiektu poprzez pozyskiwanie dodatkowych środków finansowych z wynajmu.*

*Wykonanie w/w zakresu robót możliwym jest do realizacji wyłącznie na obecnym etapie zaawansowania budowy obiektu ponieważ:*

- zakres prac wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, a co za tym idzie konieczność ponownego oddania budynku do użytkowania,*
- zakres prac ingeruje w konstrukcję zaprojektowanego obiektu i wykonanie tych prac w późniejszym terminie wiązałoby się z utratą gwarancji oraz wyłączeniem budynku z eksploatacji na czas prowadzenia robót,*
- zmienia się podział obiektu na strefy pożarowe (powiększona strefa klatek schodowych), drogi i instrukcje ewakuacyjne, powierzchnie oddymiania,*
- należy zaprojektować rozbudowę instalacji wentylacji i klimatyzacji łącznie z dostosowaniem central obsługujących arenę z powodu zmiany kubatury hali,*
- należy poprowadzić rurociągi od jednostek klimatyzacyjnych wewnętrznych przez pomieszczenie na taras zewnętrzny do jednostek klimatyzacyjnych zewnętrznych - duża ilość rurociągów,*
- zamontować centralę wentylacyjną nad sufitem - potem niewykonalne bez rozbierania sufitu, kanały wentylacyjne i kształtki przebiegają nad sufitem - potem niewykonalne bez rozbierania sufitu,*
- montaż czerpni i wyrzutni w elewacji - potem niewykonalne bez naruszenia elewacji,*
- należy przewidzieć dodatkowe pole w rozdzielni głównej elektrycznej oraz poprowadzenie zasilania elektrycznego do centrali wentylacyjnej i urządzeń klimatyzacyjnych,*
- wymagane jest poprowadzenie przewodów sterujących - duża ilość,*
- zamontowanie i zasilanie rozdzielnic automatyki dla centrali wentylacyjnej,*
- wykonanie konstrukcji pod centralę wentylacyjną, pod agregaty klimatyzacyjne, co wiąże się z ingerencją w pokrycie dachowe i wykonania przejść szczelnych,*
- zakres prac wymaga rozbudowy instalacji DSO, która podlega uzgodnieniu z rzeczoznawcą PPOŻ,*
- zakres prac wymaga rozbudowy instalacji SAP, która podlega uzgodnieniu z rzeczoznawcą PPOŻ,*
- wszystkie wymienione instalacje będą zakryte tynkiem, sufitem podwieszanym, w przegrodach zabezpieczone pożarowo - prace te powinny być wykonywane zgodnie harmonogramem budowlanym i technologią,*
- instalacje przed ostatecznym zakryciem powinny być poddane próbom szczelności i*

*próbom podciśnieniowym.*

*Określony powyżej zakres robót zwiększających atrakcyjność oraz funkcjonalność nowo realizowanego obiektu, możliwy był do realizacji pod warunkiem :*

- zlecenia robót generalnemu wykonawcy z uwagi na fakt, iż zlecenie w/w robót w późniejszym terminie, osobom trzecim mogłoby narazić zamawiającego na poniesienie niewspółmiernych wysokich kosztów ich wykonania oraz przedłużyć termin wykonania całego obiektu,*
- zlecenie robót innemu wykonawcy spowoduje utratę gwarancji fabrycznych rozbudowywanych układów np. ogrzewanie, wentylacja, klimatyzacja.*

RKO w treści uzasadnienia orzeczenia przytoczyła dotychczasowe wyjaśnienia składane przez Zamawiającego w sprawie.

Zamawiający wskazał, że nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych Wykonawców, gdyż jego zdaniem było to zbędne, ze względu na przytoczoną podstawę prawną i faktyczną udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zamawiający podniósł także, że ingerencja innego Wykonawcy w elementy konstrukcji realizowanego obiektu spowodowałaby utratę gwarancji i rękojmi na całość hali oraz uniemożliwiłaby ustalenie odpowiedzialności za wady obiektu.

W ocenie Zamawiającego udzielenie przedmiotowego zamówienia innemu Wykonawcy doprowadziłoby do naruszenia praw wyłącznych Wykonawcy zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)* w zakresie praw autorskich do projektu wykonawczego budowanego obiektu, gdyż nowy Wykonawca musiałby w istotnej części dokonać przeprojektowania założeń i koncepcji budowy całego obiektu. Zdaniem Zamawiającego doprowadziłoby to do naruszenia w zakresie praw wyłącznych, ponieważ autor projektu wykonawczego - Wykonawca (...) - posiada prawa autorskie do tego projektu jako utworu, w tym prawo do wykonywania zależnego prawa autorskiego w postaci wprowadzania do niego zmian.

Zamawiający poinformował także, że w jego opinii dochował on wszelkiej staranności w celu zapewnienia przejrzystości i transparentności prowadzonego postępowania, gdyż w dniu 21 lipca 2016 r. opublikował w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, co miało zapewnić Wykonawcom możliwość faktycznej realizacji ich uprawnień, polegających na prawie do zakwestionowania czynności dotyczącej wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Ponieważ do siedziby Zamawiającego nie wpłynęły żadne zastrzeżenia co do wyboru ww. trybu uznał on, że zasadnym jest udzielenie przedmiotowego zamówienia Wykonawcy zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)*, w trybie z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił, że jego zdaniem podjęcie kroków zwiększających atrakcyjność i funkcjonalność wznoszonej hali leżało w szeroko pojmowanym interesie społecznym, a zakres realizowanego zamówienia jest zgodny z zasadami sztuki budowlanej.

Zamawiający wskazał również, iż zakres zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)* obejmował zarówno wykonanie projektu wykonawczego, jak i realizację robót na podstawie tego projektu oraz że z treści umowy na realizację wskazanego zamówienia nie wynika, aby Zamawiający nabył prawa autorskie do projektu wykonawczego, co jest równoznaczne z posiadaniem pełni praw autorskich przez Wykonawcę, będącego autorem projektu wykonawczego.

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

Regionalna Komisja Orzekająca ustaliła, iż Obwiniony, pełniąc funkcję Zastępcy Burmistrza (...) ds. Rozwoju Społecznego (I Zastępca – powołanie z dniem 15 grudnia 2014 r. zarządzeniem Burmistrza (...) nr 12/2014), na podstawie § 6 Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miejskiego w (...) (Zarządzenie Burmistrza (...) nr 554/2014 z 31 grudnia 2015 r., ponosi odpowiedzialność za przestrzeganie dyscypliny finansów publicznych oraz sprawował w momencie popełnienia zarzucanych czynów, bezpośredni nadzór nad realizacją zadań Biura Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prywatnego. Tym samym, podlega na mocy art. 4 ust. 1 pkt 3 uodnfp odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

RKO wskazała, że zgodnie z art. 24 ust. 1 uodnfp, 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 dokonała oceny stanu prawnego sprawy, a w szczególności treści przepisów znowelizowanej ustawy Pzp i uznała, że - wydając orzeczenie w niniejszej sprawie - należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych nie była względniejsza dla sprawcy.

RKO rozstrzygając w powyższej sprawie w całości przychyliła się do poglądów przedstawionych w powołanej wyżej uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2017 r. oraz Informacji o wyniku kontroli z dnia 30.12.2016 r. W szczególności RKO podkreśliła, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem wyjątkowym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp *zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, 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 ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia powyższego twierdzenia RKO odwołała się do poglądów prezentowanych w tym zakresie w orzecznictwie. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż 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 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r./C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. 22 lipca 2016 r., Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Odnosząc się do wykładni przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp RKO wyjaśniła, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego Wykonawcy, 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 nieprzezwyteczalny. Istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących 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.

RKO zaakcentowała również, iż przyczyny techniczne muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś ze zmiany koncepcji realizacji inwestycji podjętej przez Zamawiającego w toku jej wykonywania. Tym samym, w ocenie RKO, zlecenie robót zwiększających atrakcyjność i funkcjonalność wznoszonej hali widowiskowo - sportowej nie uzasadnia udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż roboty te bez przeszkód mogłyby zostać zrealizowane z takim samym skutkiem przez innych Wykonawców, niż wskazany przez Zamawiającego (...).

Dalej RKO argumentowała, że także okoliczność zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w związku z przedmiotowym postępowaniem nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Jest to bowiem okoliczność niezależna dla oceny tego, czy robota budowlana mogła zostać wykonana jedynie przez jednego Wykonawcę - nie dotyczy przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp i w żaden sposób nie wpływa na możliwość udzielenia zamówienia publicznego we wspomnianym trybie.

RKO odniosła się również do oceny drugiej z przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na którą powoływał się Zamawiający. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będącego przedmiotem procedowania przed RKO, formalną podstawę wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowił również przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, zgodnie z którym Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Regionalna Komisja Orzekająca podkreśliła, że do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp konieczne jest zatem spełnienie dwóch przesłanek - istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia. pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy.

RKO zaakcentowała także, że pamiętać należy, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp wymaga, aby istniejący stan rzeczy spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań Zamawiającego. Nie można więc uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu - tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa - mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Innymi słowy działanie Zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Według RKO nie stanowi wystarczających podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp okoliczność, że udzielenie przedmiotowego zamówienia innemu Wykonawcy doprowadziłoby, w ocenie Zamawiającego, do naruszenia praw wyłącznych Wykonawcy zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)* w zakresie praw autorskich do projektu wykonawczego

budowanego obiektu, gdyż nowy Wykonawca musiałby w istotnej części dokonać przeprojektowania założeń i koncepcji budowy całego obiektu. Zdaniem Zamawiającego doprowadziłoby to do naruszenia w zakresie praw wyłącznych, ponieważ autor projektu wykonawczego - Wykonawca (...) - posiada prawa autorskie do tego projektu jako utworu, w tym prawo do wprowadzania do niego zmian. Należy zauważyć, iż ukształtowanie problematyki przeniesienia praw autorskich na Zamawiającego w opisany sposób wynika z umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. RKO zaznaczyła, iż na kształt wskazanych postanowień umownych Zamawiający miał istotny wpływ i nic nie stało na przeszkodzie, by strony umowy uregulowały poruszaną kwestię w sposób zapewniający ochronę interesów Zamawiającego.

RKO przyznała, że istniały wprawdzie pewne względy organizacyjne, które przemawiały za wykonywaniem robót objętych zamówieniem przez firmę prowadzącą już roboty na obiekcie, lecz względy te były bezpośrednią konsekwencją działań Zamawiającego.

Kluczową okolicznością w tej sprawie był w ocenie RKO fakt, iż zakres robót udzielonych w trybie z wolnej ręki miał na celu – jak wskazał Zamawiający – podniesienie komfortu, atrakcyjności i konkurencyjności obiektu. Jak zauważyła Regionalna Komisja Orzekająca, nic nie stało na przeszkodzie, by zapewnienie takich cech obiektu budowlanego zostało zapewnione na etapie tworzenia pierwotnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia – odnoszącej się do zamówienia podstawowego – na *Budowę hali widowiskowo - sportowej w (...)*. Co więcej, w doktrynie zamówień publicznych akcentuje się, prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest podstawowym obowiązkiem zamawiającego. *„Chociaż Prawo zamówień publicznych nie zawiera tego wymagania, nie powinno budzić wątpliwości, iż przedmiot zamówienia powinien wynikać z właściwie zdefiniowanych potrzeb publicznych, które zamawiający powinien zaspokajać w ramach powierzonych mu zadań. Potrzeby wynikające z realizacji usług publicznych są kluczem do właściwego przygotowania postępowania, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenia wartości zamówienia, wyboru odpowiedniego trybu oraz warunków realizacji zamówienia, w szczególności, gdy realizacja danego zamówienia ma zaspokajać potrzeby wszystkich użytkowników, w przypadku np. przedsięwzięć infrastrukturalnych.* (E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych – Komentarz*, art. 29 teza 1, Warszawa 2017)”

Stąd w ocenie RKO, nie zasługuje na akceptację sytuacja, w której konsekwencją wadliwego określenia przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego na etapie „zamówienia podstawowego” stawałaby się dopuszczalność stosowania trybów wyjątkowych, niekonkurencyjnych, przy udzielaniu zamówień nieobjętych tymże „zamówieniem podstawowym”. Praktyka taka mogłaby wyeliminować całkowicie mechanizmy konkurencyjności z zamówień publicznych. Wystarczyłoby aby wykonawca w formule otwartego postępowania uzyskał pierwotne zlecenie na roboty na obiekcie budowlanym, a wszystkie kolejne jego oferty związane z budową tego obiektu byłyby wyłączone z weryfikacji w mechanizmie rynkowej konkurencji.

Tę samą ocenę RKO odniosła do kwestii zapewnienia przez Zamawiającego właściwych regulacji umownych w zakresie gwarancji czy też autorskich praw majątkowych.

W świetle powyższego, w ocenie RKO, doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. „a” i „b” ustawy Pzp, bowiem zamówienia pn. *„Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”* udzielono w trybie z wolnej ręki bez wystąpienia przesłanek, o których mowa w przepisie. Czyn ten wypełnia dyspozycję art. 17 ust. 1b pkt 2 uoandfp, zgodnie z którym, naruszeniem dyscypliny

finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania zamówienia z wolnej ręki.

Jako datę popełnienia czynu RKO wskazała dzień zawarcia umowy tj. 28 września 2016 r. Według RKO odpowiedzialność za jego popełnienie należy przypisać Obwinionemu, który udzielił przedmiotowego zamówienia podpisując rzeczoną umowę.

Rozstrzygając o zarzucie zaniechania zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone dla dostaw i usług w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, (tj. § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – 209 000 euro). RKO wskazała, iż dyspozycja art. 67 ust. 2 nie została zrealizowana. Fakt zaniechania tej czynności potwierdza zresztą sam Obwiniony (k.98). Regionalna Komisja Orzekająca wyjaśniła dodatkowo, że Zamawiający dokonał fakultatywnego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, które jednak nie jest tożsame z poinformowaniem Prezesa UZP o wszczęciu postępowania zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe, w ocenie RKO, wskazuje na wypełnienie dyspozycji art. 17 ust. 1 pkt 6 uoandfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest *expressis verbis* niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Datę popełnienia czynu RKO określiła, w myśl art. 21 uoandfp, na dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić, czyli na dzień 26 lipca 2016 r.

Odpowiedzialność za jego popełnienie należy przypisać Obwinionemu (...), Zastępcy Burmistrza (...), który na mocy cytowanego Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miejskiego w (...) sprawował w momencie popełnienia zarzucanych czynów, bezpośredni nadzór nad realizacją zadań Biura Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, a także ponosił odpowiedzialność w zakresie dyscypliny finansów publicznych w zakresie powierzonych mu obowiązków (§ 6 ust. 2 Regulaminu).

W ocenie RKO Obwinionemu (...) można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 19 ust. 2 uoandfp). Przejawia się ona w niedołożeniu należytej staranności wymaganej od osoby wykonującej obowiązki kierownika zamawiającego w zakresie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy, tj. zaniechania zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania i ostatecznie udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki mimo niespełnionych ustawowych przesłanek.

Ponadto, w ocenie RKO, Obwiniony mógł nie dopuścić do zaistnienia przypisanych mu czynów, po pierwsze czuwając nad określeniem w sposób bardziej kompleksowy przedmiotu pierwotnego zamówienia na „Budowę hali widowiskowo - sportowej w (...)”, a o ile konieczne byłoby dokonywanie dalszych zamówień na tym samym obiekcie budowlanym, udzielać je w trybie konkurencyjnym, ograniczając stosowanie trybu z wolnej ręki wyłącznie do sytuacji ściśle przewidzianych przepisami. Spełnianie zaś obowiązków informacyjnych określonych ustawą Pzp winno mieć charakter rutynowy.

Stopień szkodliwości dla finansów publicznych przypisanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych Regionalna Komisja Orzekająca uznała za znaczny. Zamówienie publiczne dotyczyło znacznych kwot publicznych środków finansowych i jako

takie winno być prowadzone ze ścisłym przestrzeganiem rygorów wynikających z przepisów prawa, zarówno w aspekcie formalnym, jak i materialnym. W szczególności charakter bezpodstawnego zastosowania niekonkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych w ocenie RKO zasługuje na naganną ocenę, bowiem doszło do udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, bez zachowania trybu konkurencyjnego.

Odnosząc się do kwestii wymiaru kary Regionalna Komisja Orzekająca wskazała na następujące przepisy.

Na zasadzie art. 37 uoondfp: sprawcy, który dopuścił się kilku czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a sprawa o te czyny jest objęta jednym postępowaniem, wymierza się jedną karę za wszystkie czyny.

Na mocy art. 33 ust. 1 uoondfp: organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego. Przywołane dyrektywy wymiaru kary doznają w niniejszej sprawie ograniczenia ze względu na treść art. 34a pkt 4 uoondfp, zgodnie z którym, jeżeli wskutek naruszenia udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców - wymierza się karę pieniężną.

Stwierdzony w rozpatrywanej sprawie fakt udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki bez stosowania trybu konkurencyjnego stanowi istotne naruszenie obu zasad wymienionych powołanym przepisem, co musiało skutkować wymierzeniem kary pieniężnej. RKO nie dopatrzyła się w tym przypadku okoliczności uzasadniających możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Akcentowane przez Obwinionego działanie pod presją czasu, w celu wykorzystania pozyskanego dofinansowania takiej nadzwyczajnej okoliczności stanowić nie może.

Odnosząc się zarazem do dyrektyw wymiaru kary z art. 33 ust. 2 uoondfp (wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych) RKO wzięła pod uwagę okoliczność jaką jest uprzednia niekaralność Obwinionego oraz to, że działał w błędzie co do prawidłowości przyjętego sposobu postępowania i orzekła karę w dolnej granicy wynikającej z przepisów prawa, tj. w wysokości 0,25 miesięcznego wynagrodzenia obliczonego jak wynagrodzenie za czas urlopu wypoczynkowego. Mając na względzie wynagrodzenie brutto Obwinionego obliczone jak za urlop wypoczynkowy w kwocie 9.136,67 zł (k. 116), wysokość kary pieniężnej należy określić na 2 284,17 zł.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że wymierzona Obwinionemu kara jest adekwatna do przypisanych mu czynów oraz spełni cele kary w zakresie prewencji generalnej i indywidualnej. W ocenie RKO, kara pieniężna, wymierzona w najniższej dopuszczalnej prawem kwocie, w stosunku do sprawcy dotąd niekaranego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych będzie wystarczającym, pozytywnym bodźcem, do przestrzegania w przyszłości zasad określonych przepisami prawa i będzie zapobiegać naruszeniom dyscypliny finansów publicznych.

O kosztach postępowania RKO rozstrzygnęła stosownie do treści art. 167 ust. 1 uoondfp, który stanowi, że każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych zwraca na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia, stąd Regionalna Komisja Orzekająca obciążyła Obwinionego zapłatą tych kosztów jak w sentencji.

Odwołanie od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej wniesione przez Obwinionego

Obwiniony (...), pismem z dnia 5 lutego 2018 r. (data wpływu do RKO 8 lutego 2018 r.), wniósł odwołanie od orzeczenia RKO z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt ZDB-4100-19/2017, wnosząc o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz o uniewinnienie od zarzucanych mu czynów. Ponadto wniósł o to, aby w składzie Głównej Komisji Orzekającej nie zasiadały osoby, które zasiadając w składzie Krajowej Izby Odwoławczej brały udział w wydaniu uchwały z dnia 14 lutego 2017 r. sygn. akt KIO/KD 5/17.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniony wskazał, że w jego ocenie zaskarżone orzeczenie RKO jest błędne, ponieważ dokonana w nim interpretacja przepisów ustawy Pzp, w kontekście zaistniałego stanu faktycznego i udzielonych wyjaśnień (w szczególności objętych pismem z dnia 25 maja 2017 r.), nie uwzględnia obowiązującej od dnia 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Pzp, dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), szczególnie, choć nie tylko, w zakresie wprowadzonego nią nowego brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, które powinno być wzięte pod uwagę ze względu na postanowienia art. 24 ust. 1 uodfp.

Obwiniony, chcąc uniknąć powielania argumentów natury prawnej, mających uzasadnić zajmowane przez Obwinionego stanowisko o braku podstaw do uznania, że przy udzieleniu zamówienia z wolnej ręki w ramach zadania „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...)” doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, wyczerpujących dyspozycję art. 17 ust. 1b pkt 2 i ust. 1 pkt 6 uodfp, załączył opinię sporządzoną w dniu 1 lutego 2018 r. przez Pana (...) - Ośrodek Doradztwa Zamówień Publicznych (dalej zwaną „opinią”).

Obwiniony wskazał, że treść i wnioski płynące z powyższej opinii podziela oraz uważa za własne jako uzasadnienie stanowiska o niezasadności wydania zaskarżonego orzeczenia.

Załączona do odwołania Obwinionego opinia została podzielona przez jej autora na osiem niżej wymienionych części oznaczonych cyframi rzymskimi od I do VIII: I. Zagadnienie będące przedmiotem opinii, II. Podstawa prawna opinii, III. Stan faktyczny, IV. Właściwe przepisy przy orzekaniu o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, V. Zasady udzielania zamówień, VI. Tryb z wolnej ręki „z przyczyn technicznych”, VII. Możliwości udzielania zamówień dodatkowych dotychczasowemu wykonawcy robót, VIII. Wnioski końcowe.

W części I opinii, jako zagadnienie będące przedmiotem opinii wskazane zostało następujące pytanie:

*Czy Gmina Miejska (...) (dalej: „Zamawiający”) miała podstawy prawne do udzielenia w dniu 28.09.2016 r. zamówienia publicznego na wykonanie robót związanych z budową hali sportowej w (...), które obejmowały swym zakresem:*

- *wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym,*
- *dostawę i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej,*
- *wykonanie pomieszczenia na kasy biletowe zewnętrzne,*

- *wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, po przeprowadzeniu negocjacji z wykonawcą zamówienia podstawowego?*

W części II opinii wskazano na przepisy prawa krajowego oraz przepisy prawa Unii Europejskiej, w oparciu o które opinia została sporządzona.

W części III opinii został przedstawiony i przeanalizowany przebieg całego procesu inwestycyjnego związanego z budową hali sportowej w (...), począwszy od opublikowanego w dniu 7 maja 2015 r. przez Zamawiającego na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej zaproszenia do składania ofert na „Wykonanie kompletnego projektu budowlanego wraz z częścią kosztorysową pełnowymiarowej hali sportowej w (...)”, aż do dnia wydania przez Regionalną Izbę Orzekającą orzeczenia z dnia 12 grudnia 2017 r. (znak: ZDB-4100-19/2017), którym uznano Pana (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 b pkt 2 oraz art. 17 ust 1 pkt 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające odpowiednio na udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pomimo braku ustawowych przesłanek oraz zaniechaniu zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu w dniu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki.

W tej części autor opinii wskazywał m.in. na następujące okoliczności, istotne dla dalszej argumentacji prawnej zawartej w treści opinii.

Autor opinii podkreślił m.in., że w dniu 18 maja 2015 roku, Zamawiający ponownie opublikował na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej zaproszenie do składania ofert na „Wykonanie kompletnego projektu budowlanego wraz z częścią kosztorysową pełnowymiarowej hali sportowej w (...)”.

Zgodnie z pkt 3 zaproszenia, zakres opracowania (projektu) obejmował:

- 1) Wykonanie na mapie do celów projektowych dostarczonej przez zamawiającego, projektu zagospodarowania terenu.
- 2) Wykonanie projektu budowlanego wymaganego przepisami prawa budowlanego niezbędnego do uzyskania pozwolenia na budowę.
- 3) Kosztorys robót budowlanych - inwestorski, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2010 roku (z poz.zm.) w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego w jednym egzemplarzu plus wersja elektroniczna.

Jak wskazał autor opinii, celem zasadniczym udzielanego przez Zamawiającego zamówienia publicznego było uzyskanie projektu budowlanego w zakresie koniecznym do uzyskania pozwolenia na budowę. Zakres projektu budowlanego wymaganego na podstawie art. 33 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 34 ust. 3 ustawy Prawo budowlane dla uzyskania decyzji administracyjnej pozwolenia na budowę jest znacząco węższy niż wymagany przez § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej... zakres dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę opisu przedmiotu zamówienia w przypadku udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonawstwo robót budowlanych.

Dalej autor opinii wskazał, że po uzyskaniu decyzji pozwolenia na budowę (decyzja nr 410/15) Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...)” (ogłoszenie w BZP z dnia 24.07.2015 r. nr: 110585 - 2015).

Przedmiotem zamówienia była budowa hali widowiskowo-sportowej wraz z opracowaniem projektu wykonawczego na bazie posiadanego projektu budowlanego i pozwolenia na budowę (rozdział 3 ust. 3 pkt 1 SIWZ).

Podstawę dla opisu przedmiotu zamówienia stanowił Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej: „PFU”), a więc dokument wymagany dla opisu zamówienia, którego przedmiot stanowi zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto, do SIWZ został dołączony zamówiony wcześniej projekt budowlany, który także stanowił integralną część opisu przedmiotu zamówienia.

Zamówienia udzielono w dniu 21.09.2015 r. wykonawcy prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą: (...) (umowa 2015/IZP.IR.R/95 z dnia 21.09.2015 r.).

Zgodnie z § 5 umowy 2015/IZP.IR.R/95 z dnia 21.09.2015 r. wynagrodzenie Wykonawcy, za wykonanie przedmiotu umowy miało charakter ryczałtowy i wynosiło 26 663 665,71 zł brutto. Wykonawca za umówione wynagrodzenie zobowiązany był do wykonania wszelkich robót koniecznych do należytego wykonania obiektu zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (PFU i dokumentacją projektową). W zakres umówionego wynagrodzenia nie wchodziły natomiast roboty zamienne czy też dodatkowe/uzupełniające, które nie są konieczne do wykonania dzieła zgodnie z pierwotnym OPZ (art. 632 K.c.).

W dniu 22.09.2015 r. Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu ww. zamówienia (nr ogłoszenia w BZP: 247270 - 2015).

W części IV opinii na wstępie zaakcentowano, że postępowanie w trybie z wolnej ręki zostało wszczęte przez Gminę (...) w dniu 22.07.2016 r., zaś zamówienie zostało udzielone w dniu 28.09.2016 r.

W opinii podkreślono, że pomiędzy wszczęciem postępowania a zawarciem umowy, w dniu 28.07.2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (dalej: „nowelizacja”).

Wejście w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji ustawy jest o tyle istotne, iż nowelizacja dokonała istotnych zmian, m.in. w zakresie art. 67 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Nowe przepisy, obowiązujące już w chwili udzielenia zamówienia z wolnej ręki przewidują szersze możliwości zawarcia umowy z wybranym przez Zamawiającego wykonawcą z wyłączeniem obowiązku stosowania jednego z trybów podstawowych, którymi są przetarg nieograniczony i ograniczony (art. 10 ust.1).

Powyższy fakt dla kontroli Prezesa Urzędu oraz KIO a także jej wyników nie miało znaczenia prawnego, albowiem przedmiotem oceny tych organów było dokonanie oceny zgodności postępowania z przepisami obowiązującymi w chwili jego wszczęcia. Zgodnie bowiem z art. 19 ust. 2 noweli ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych po dniu wejścia w życie noweli ustawy w następstwie postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosowało się przepisy dotychczasowe. Z kolei przepis art. 2 pkt 7a ustawy Pzp za wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki uznaje wysłanie wykonawcy zaproszenia do negocjacji.

Tym samym, mając na względzie, iż wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu 22.07.2016 r., a więc przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp, na podstawie art. 19 ust. 2 noweli ustawy Pzp, Zamawiający miał obowiązek stosować procedurę zgodnie z przepisami obowiązującymi przed datą wejścia w życie nowelizacji, zaś Prezes Urzędu oraz KIO od tych zasad odstąpić nie mogli w trakcie kontroli.

Jednak na płaszczyźnie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych normy regulujące postępowanie są inne, na co słusznie zwróciła uwagę Regionalna Komisja Orzekająca w swym orzeczeniu z dnia 12.12.2017 r. (znak ZDB-4100-19/2017). przywołując art. 24 ust. 1 uoondfp. Zgodnie z tym przepisem, 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. Tym samym, na płaszczyźnie obowiązujących przepisów o odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych przyjmuje się jako zasadę stosowanie przepisów nowych, zaś przepisy obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia należy stosować tylko wtedy jeśli są one względniejsze dla sprawcy.

W przedmiotowej sprawie należałoby przyjąć powyższą zasadę także i z tego powodu, iż art. 17 ust. 1 b pkt 2 uoondfp wiąże odpowiedzialność nie z faktem nieuprawnionego wszczęcia postępowania lecz z czynnością udzielenia zamówienia publicznego (zawarcia umowy): 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. Wobec faktu udzielenia zamówienia w dniu 28.09.2016 r., oceny prawidłowości wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki należałoby dokonywać z uwzględnieniem norm prawnych obowiązujących w dniu zawarcia umowy.

Tym samym, dokonując obecnie oceny, czy Zamawiający popełnił zarzucany czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych właściwe jest uwzględnić przepisy w obecnie obowiązującym brzmieniu:

1) art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp:

*Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

*1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:*

*a) technicznych o obiektywnym charakterze,*

*b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów*

*- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.*

2) wykreślenie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zamówienia na roboty dodatkowe) i wprowadzenie w to miejsce możliwości zmian w umowie podstawowej w okolicznościach wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

*1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

*(...)*

*2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:*

*a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,*



- b) *zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,*
- c) *wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;*

Nowa treść przepisów art. 144 ust. 1 ustawy Pzp obowiązujących w chwili zawierania umowy o zamówienie publiczne, dopuszcza możliwość modyfikacji zasad realizacji zamówienia podstawowego poprzez zmianę pierwotnej umowy.

W ocenie autora opinii, nie ma przy tym znaczenia prawnego, czy zawartą nową umowę opatrzymy sformułowaniem „aneksu”. Nadanie umowie statutu „aneksu” świadczy jedynie o tym, iż zawierana umowa pozostaje w związku z zamówieniem już wcześniej realizowanym przez strony. Jeśli istota nowej umowy (nawet nie nazwana „aneksem”), sprowadza się jednak do zlecenia realizacji zamówień dodatkowych w stosunku do zamówienia podstawowego wprowadzając tym samym także modyfikację w sposobie wykonania zamówienia podstawowego, dopuszczalność jej zawarcia z dotychczasowym wykonawcą należy oceniać obecnie przede wszystkim na płaszczyźnie art. 144 ustawy Pzp.

W części V opinii wyjaśniono, że w myśl art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, zasadą jest stosowanie przez zamawiających „podstawowych” trybów udzielania zamówień publicznych, którymi są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Oznacza to, iż pod względem prawnym stosowanie trybów „podstawowych” jest zawsze dopuszczalne i korzystanie z nich nie spotyka się z sankcjami ze strony ustawodawcy. Inaczej mówiąc, jeśli nie ma podstaw prawnych odstąpienia od stosowania trybów „podstawowych” obowiązkiem ustawowym Zamawiającego jest zastosowanie przy udzielaniu zamówienia jednego z dwóch wskazanych powyżej trybów.

Dalej autor opinii argumentował, że otwarcie zamówienia na konkurencję jest w pełni możliwe jedynie w postępowaniach, które przewidują publikację ogłoszenia o zamówieniu w odpowiedzi na które każdy zainteresowany wykonawca może złożyć swoją ofertę/wniosek. Tym samym, obowiązek stosowania „podstawowych” trybów, wszczynanych poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu, stanowi podstawowy instrument otwarcia zamówień na konkurencję a poprzez to także podstawowy instrument realizacji zasad Traktatu o Funkcjonowaniu UE.

Pomimo jednak, iż stosowanie trybów „podstawowych” prawnie zawsze jest dopuszczalne, nie zawsze jest możliwe lub uzasadnione. Stosowanie trybów „podstawowych” nie ma zatem charakteru absolutnego, albowiem, ustawodawca - z uwagi na potrzebę ochrony innych wartości - przewidział także możliwość stosowania innych procedur tzw. „nie podstawowych” lub dokonywania zmian/rozszerzania zakresu realizacji zamówienia podstawowego poprzez zmianę umowy. Potrzeba ochrony innych wartości uzasadnia zatem odejście od obowiązku stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych.

Powyższe odstępstwa mają charakter wyjątkowy, tj. zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp można je stosować tylko i wyłącznie w okolicznościach dopuszczonych ustawą.

Zamawiający zobowiązany jest wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające dopuszczalność stosowania innej niż podstawowa procedury. Ze względu na fakt, że odstąpienie od procedur podstawowych jest wyjątkiem, przesłanki dopuszczające stosowanie wyjątków należy interpretować ściśle, a każdy podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie udowodnić.

Jednak w przypadku, gdy Zamawiający przedstawia dowody mające uzasadniać stosowanie trybu niepodstawionego, z kolei obowiązkiem organu kontrolnego jest wyczerpujące

uzasadnienie powodów odmowy uznania argumentów i dowodów za wystarczające. Powyższe wynika z zasady działania organów w sposób pogłębiający zaufanie obywateli do organów władzy publicznej (art. 8 K.p.a.) oraz z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego.

W części VI opinii autor opinii omówił okoliczności uzasadniające stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki zostały wymienione w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując na różnice w treści przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp przed i po nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Zamawiający, jako uzasadnienie dla stosowania trybu z wolnej ręki w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy przywołał art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp. Przywołane przez Zamawiającego przepisy uległy doprecyzowaniu w wyniku przyjęcia nowelizacji ustawy PZP z dnia 22.06.2016 r.

Tak jak w poprzednim stanie prawnym, stosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie pkt 1 lit. a) i b) nadal jest możliwe w sytuacji, „gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

- a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Ustawodawca nowelą z dnia 22.06.2016 r. doprecyzował jednak, iż możliwość stosowania trybu z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych jest możliwe, *jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.*

W opinii wyjaśniono, że obecnie obowiązujące przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowią implementację art. 32 ust. 2 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym tryb negocjacji z jednym wykonawcą jest uzasadniony, gdy roboty budowlane mogą zostać zrealizowane wyłącznie przez określonego wykonawcę z powodu braku konkurencji ze względów technicznych.

Jak wskazuje motyw 50 preambuły nowej Dyrektywy 2014/24/UE *„Procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na ich szkodliwy wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnie wyjątkowych okolicznościach. Wyjątki te powinny ograniczać się do przypadków, gdy publikacja ogłoszenia nie jest możliwa z racji wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej okolicznościami, których instytucja zamawiająca nie może przewidzieć i których nie można jej przypisać, albo gdy od początku jasne jest, że publikacja nie spowoduje większej konkurencji ani nie przyniesie lepszych wyników zamówienia, zwłaszcza wtedy, gdy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny wykonać zamówienie. Tak jest w przypadku prac artystycznych, gdy tożsamość artysty nierozdzielnie determinuje niepowtarzalny charakter i wartość samego dzieła. Wyłącznie może również wynikać z innych przyczyn, ale jedynie obiektywne sytuacje wyłączności mogą uzasadnić zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji, gdy sytuacja ta nie została stworzona przez samą instytucję zamawiającą z myślą o przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

*Instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym*

*znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług.”*

Normy prawne nie wskazują aby „przyczyny techniczne” uzasadniające stosowanie trybu z wolnej ręki były następstwem nieprzewidywalnych okoliczności, albowiem udzielenie zamówienia w okolicznościach nieprzewidywalnych jest możliwe w oparciu o odrębną podstawę prawną przewidzianą w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym, przyczyny techniczne mogą być następstwem nowych pomysłów, idei, kreatywności, innowacyjności czy też doświadczenia wykonawcy, który odpowiada za zaprojektowanie i wykonawstwo robót budowlanych. W tym kontekście, dla stosowania trybu z wolnej ręki z przyczyn technicznych zasadnicze znaczenie ma nie to, czy nowe koncepcje dało się przewidzieć na etapie przygotowywania inwestycji ale to, czy zamówienie wynikające z przyjęcia nowej koncepcji może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę.

Kluczowe znaczenie dla oceny prawidłowości przebiegu postępowania w trybie z wolnej ręki ma fakt, który został pominięty przy ocenie prawidłowości postępowania, iż podstawę dla opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) stanowił Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej: „PFU”), a więc dokument wymagany dla opisu zamówienia, którego przedmiot stanowi zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto, do SIWZ został dołączony zamówiony wcześniej projekt budowlany, który także stanowił integralną część OPZ.

Oparcie OPZ na podstawie PFU oraz objęcie przedmiotem zamówienia wykonania projektów wykonawczych wskazuje, iż sposób realizacji zamówienia odpowiadał przewidzianej w ustawie Pzp formule „zaprojektuj i wybuduj” (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp).

Jest to formuła dopuszczona ustawą Pzp, więc tym bardziej zasadne jest uznanie za dopuszczalne organizacji postępowania w którym obok PFU pojawia się projekt budowlany pozyskany wcześniej przez Zamawiającego na potrzeby uzyskania decyzji pozwolenia na budowę. W takim przypadku OPZ jest:

- po pierwsze, bardziej szczegółowy niż wymaga tego ustawa Pzp, przyczyniając się do wypełnienia wymogów jednoznaczności i przejrzystości OPZ wynikających z art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- po drugie, pozwala wykonawcom lepiej zbilansować cenę swojej oferty ograniczając ryzyko poniesienia rażących strat związanych z ryczałtową formą wynagrodzenia.

W tym kontekście, dołączenie do OPZ projektu budowlanego należy ocenić pozytywnie, jako czynność służącą zapewnieniu prawidłowego przebiegu postępowania i ograniczeniu ryzyka wystąpienia potencjalnych sporów z wykonawcą które mogły zakłócić sprawną realizację zamówienia.

Obowiązek wykonania przez wykonawcę projektów wykonawczych związany jest ze ścisłą współpracą stron umowy, koniecznością konsultacji oraz dokonywania wspólnych uzgodnień dotyczących szczegółów związanych ze sposobem realizacji obiektu. Tym samym, w formule „zaprojektuj i wybuduj” ostateczny zakres prac budowlanych koniecznych do wykonania obiektu ustalany jest na etapie realizacji umowy, tak jak w każdym przypadku zamówienia w zakresie w którego wchodzi zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Jak wynika z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego dokumentacja wykonawcza

uszczegóławia i doprecyzowuje projekt budowlany. Tym samym, Zamawiający w przetargu założył uzgadnianie szczegółów wykonywania prac.

Zgłaszanie przez Wykonawcę robót budowlanych sugestii dotyczących szczegółowego sposobu wykonania realizowanego obiektu nie jest zatem niczym wyjątkowym albowiem wpisuje się w formułę budowy hali widowiskowo-sportowej w (...) w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Samego zaś faktu zgłaszania pomysłów przez Wykonawcę wykraczających poza samo wykonanie projektów wykonawczych nie należy a priori oceniać negatywnie jako okoliczności nie mającej charakteru obiektywnego.

Jeśli nowe idee, pomysły dotyczące sposoby wykonania zamówienia wdrażane są z zachowaniem zgodność z PFU (w omawianym przypadku także zgodność z projektem budowlanym) mogą one być realizowane w ramach udzielanego zamówienia w oparciu o ustalone wynagrodzenie bez konieczności przeprowadzania odrębnego postępowania w trybie przewidzianym ustawą Pzp. W sytuacji, gdy zakres prac wykracza poza OPZ, kwestią zasadniczą staje się ustalenie możliwego trybu ich zlecenia, tak by zachować zgodność z ustawą Pzp.

Zamawiający zamówił projekt budowlany w trybie konkurencyjnym (zapytanie ofertowe) i przyjął założenia projektu przygotowane przez wybranego wykonawcę. Wybrany wykonawca posiadał odpowiednie doświadczenie, które było zweryfikowane w postępowaniu. W związku z tym, należy uznać, iż Zamawiający dochował należytej staranności w doborze wykonawcy projektu budowlanego.

To, że pewne kwestie można zrobić inaczej (lepiej) niż założone w projekcie nie świadczy o nienależytej staranności Zamawiającego czy wykonawcy projektu, tylko jest naturalną konsekwencją faktu, iż dopiero na etapie realizacji umowy przewidziano wykonanie projektów wykonawczych oraz uszczegóławianie projektu budowlanego, czego ustawa Pzp nie zakazuje. Jest to z reguły także naturalna konsekwencja innych doświadczeń i ewentualnej kreatywności wykonawcy robót budowlanych.

Reasumując dotychczasowe wywody autor opinii wskazał, że zastosowanie trybu z wolnej ręki jest możliwe, gdy:

1. z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw autorskich jest jeden wykonawca zdolny do wykonania zamówienia,
2. jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze niż powierzenie zamówienia określonemu wykonawcy,
3. brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Dalej autor opinii odniósł powyższe przesłanki do przedmiotu zamówienia, jakim była „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”.

W zakresie dotyczącym przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw autorskich jest jeden wykonawca zdolny do wykonania zamówienia w opinii przywołano art. 32 ust. 2 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zastosowanie negocjacji z jednym wykonawcą (na płaszczyźnie norm ustawy Pzp - trybu z wolnej ręki) jest możliwe w sytuacji, gdy udzielenie zamówienia danemu wykonawcy jest następstwem „braku konkurencji ze względów technicznych”. Z kolei, preambuła do Dyrektywy 201/24/UE wskazuje, iż udzielenie zamówienia z przyczyn technicznych uzasadnione jest gdy jasne jest, iż publikacja

nie spowoduje większej konkurencji ani nie przyniesie lepszych wyników zamówienia niż powierzenie danemu wykonawcy zamówienia.

W ocenie autora opinii występował wynikający z uzasadnienia Zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, nierozzerwalny związek technologiczny pomiędzy kwestionowanym zamówieniem udzielonym w dniu 28.09.2016 r. a zamówieniem podstawowym. Ścisłe powiązanie zamówienia podstawowego z zamówieniem dodatkowym sprawia, iż znacząco utrudnione (o ile w ogóle możliwe) byłoby rozdzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego oraz sprawia, iż ewentualny nowy wykonawca, pomimo wykonywania wartościowo niewielkiej części robót w stosunku do całego zamówienia, potencjalnie byłby współodpowiedzialny za prawidłowe funkcjonowanie całego obiektu. Prace dodatkowe ingerowały w konstrukcję całego obiektu, oraz dotyczyły wykonywania w istocie wszystkich rodzajów instalacji przewidzianych w obiekcie. Z tego względu, mało prawdopodobne jest, by jakikolwiek inny wykonawca - poza wykonawcą zamówienia podstawowego - byłby zainteresowany wykonaniem zamówienia, które udzielone zostało w trybie z wolnej ręki.

W opinii odniesiono się do poszczególnych zadań składających się na przedmiot zamówienia i opisano szczegółowo okoliczności o charakterze technicznym i organizacyjnym, które zdaniem autora opinii przemawiają za uznaniem, iż ze względów technicznych brak było konkurencji, zaś zamówienie było możliwe do wykonania przez wykonawcę zamówienia podstawowego.

W podsumowaniu tej części opinii stwierdzono, że powyższych okoliczności, przywoływanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, nie można uznać za okoliczności mające jedynie charakter gospodarczy lub organizacyjny.

Ponadto o braku zainteresowania realizacją zamówienia może świadczyć brak reakcji potencjalnych wykonawców na opublikowane przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.07.2016 r. ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki w zakresie robót związanych z budową hali sportowej w (...).

Na brak konkurencji z przyczyn technicznych i możliwość wykonania zamówienia tylko wykonawcy zamówienia podstawowego wskazywać mogą także wyniki przetargu nieograniczonego na realizację prac polegających na wykonaniu:

- instalacji kontroli dostępu do stref hali,
- systemu obsługi klienta - dwa stanowiska sprzedaży z monitorami z wizualizacją areny dla kibica,
- nagłośnienia w sali konferencyjnej

związanych z budową hali widowiskowo - sportowej w (...). (Ogłoszenie nr 41278 - 2017).

W terminie składania ofert (27.03.2017 r.) została złożona jedna oferta (...), a więc oferta wykonawcy zamówienia podstawowego.

W zakresie dotyczącym nieistnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub rozwiązania zastępczego niż powierzenie zamówienia określonemu wykonawcy opinia zawiera następujące stwierdzenia.

Nie istniało alternatywne lub zastępcze rozwiązanie, które można byłoby uznać za „rozsądne”. Alternatywne rozwiązania w trybach przetargowych jakie można teoretycznie rozważyć, to:

## Sygn. akt BDF1.4800.16.2018

- 1) Zawieszenie wykonywania robót do czasu zawarcia nowej umowy po przeprowadzeniu postępowania przetargowego.

W takim przypadku należałoby:

- przerwać wykonywane prace podstawowe,
- dokonać inwentaryzacji wykonanych robót i dokonać ich odbioru częściowego,
- przedłużyć termin wykonania robót podstawowych i ewentualnie zwiększyć wynagrodzenie dotychczasowemu wykonawcy robót w związku z przestojem niezawinionym przez wykonawcę,
- przygotować dokumentację dla nowego postępowania (w tym dokumentację projektową),
- przeprowadzić przetarg,
- wprowadzić ewentualnego nowego wykonawcę na teren budowy przy czym wykonywanie niektórych prac wymagałoby jednoczesnego ich wykonawstwa z pracami podstawowymi co rodziłoby dodatkowe problemy związane z koniecznością ustalenia wykonawcy odpowiedzialnego za plac budowy i ewentualne szkody związane ze zdarzeniami mającymi miejsce na placu;
- ustalić na nowo z dotychczasowym wykonawcą zasady odbioru robót wspólnie wykonywanych oraz ustalić zasady odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji.

Korzyści z takiego procedowania dla interesu finansów publicznych wydają się iluzoryczne, zaś potencjalne straty związane z takim przebiegiem procesu inwestycyjnego wynikające z poświęconego czasu, przedłużenia procesu inwestycyjnego (oddania do użytkowania) liczone co najmniej w miesiącach, trudności z dochodzeniem odpowiedzialności wykonawcy związanej z realizacją robót, wydają się przeważać nad korzyściami wynikającymi z potencjalnego przetargu.

- 2) Realizacja robót zgodnie z projektem budowlanym i dokonanie ich odbioru końcowego od wykonawcy, a następnie zlecenie wykonania prac dodatkowych wykonawcy wybranemu w przetargu.

Rozwiązanie takie jest nieracjonalne z punktu widzenia interesu finansów publicznych i niewątpliwie byłoby niezrozumiałe dla opinii publicznej godząc w wizerunek organów gminy. Zlecenie robót w późniejszym terminie, mogłoby narazić zamawiającego na poniesienie niewspółmiernych wysokich kosztów ich wykonania oraz przedłużyć termin wykonania całego obiektu. Ponadto, zlecenie robót innemu wykonawcy mogłoby spowodować utratę gwarancji fabrycznych rozbudowywanych układów np. ogrzewanie, wentylacja, klimatyzacja.

W zakresie dotyczącym okoliczności, że brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia wyjaśniono, że Zamawiający w uzasadnieniu stosowania trybu z wolnej ręki, nie przywołuje parametrów wymaganych dla przedmiotu zamówienia, które mogą sprawić, iż z tego powodu dostęp do zamówienia potencjalnym innym wykonawcom może być utrudniony. Tym samym, konieczność udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy nie jest następstwem celowego zawężania parametrów przedmiotu zamówienia.

W części VII opinii autor opinii uzasadnia możliwość zakwalifikowania popełnionego przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfp jako dopuszczalnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie art. 144 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, nawiązując do przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w

oparciu o przepis 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp.

1. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r., zamawiający posiadali uprawnienie do stasowania trybu z wolnej ręki „w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
  - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
  - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;"

Tym samym, zastosowanie trybu z wolnej ręki do zamówień dodatkowych było dopuszczalne na podstawie ww. przepisu, jedynie w sytuacji, gdy zamawiający był w stanie wykazać m.in., iż ich wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Z uwagi na fakt, iż Gmina (...)w dokumentach postępowania o zamówienie publiczne jak i wyjaśnieniach składanych w toku postępowania kontrolnego konsekwentnie twierdziła, iż decyzja o zleceniu w trybie z wolnej ręki robót została podjęta świadomie w toku prac nad opracowywaniem dokumentacji wykonawczej, brak było tym samym podstaw do przywoływania ww. przepisu jako podstawy wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Niemożliwe było bowiem wykazanie, iż konieczność zastosowania tego trybu jest następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Z tego powodu brak było wystarczających podstaw prawnych dla stosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2. Sytuacja prawna uległa jednak istotnej zmianie po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r., która uchyliła przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe wynikało z konieczności implementacji norm nowej Dyrektywy 2014/24/UE, która nie przewiduje obecnie możliwości zlecenia robót dodatkowych w procedurze negocjacji z jednym wykonawcą.

Nie oznacza to, iż zlecenie robót dodatkowych po negocjacjach z jednym wykonawcą stało się niemożliwe. Jest to nadal możliwe, tyle że na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Problematiczna jest w tym kontekście relacja przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp do art. 19 ust. 3 noweli ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r., która przewiduje odmienne przesłanki zmian umowy o zamówienie publiczne zawartych przed wejściem w życie noweli bądź zawartych w następstwie postępowań wszczętych przed wejściem w życie noweli. Istota problemu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy przepis przejściowy (art. 19 ust. 3) wyłącza możliwość stosowania art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jako podstawy prawnej dla zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie nowelizacji?

Przepis przejściowy art. 19 ust. 3 nie wymienia zamkniętego katalogu przesłanek uprawniających do zmiany umowy, stąd też literalnie czytając, nie wyłącza on możliwości stosowania także art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jako podstawy dla zmiany umowy. Także przepis przejściowy Dyrektywy 2014/24/UE, (art. 90) nie przewiduje ograniczenia stosowania nowych podstaw prawnych dla zmian umów zawartych przed wejściem w życie nowej dyrektywy. Powyższe stanowi argumentację przemawiającą za dopuszczalnością stosowania

art. 144 ust. 1 ustawy Pzp do umów zawartych przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22.06.2016 r. (Podobnie P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. C.H.Beck 2016 r., w: Legalis: Artykuł (...) ustawy nowelizującej wskazuje sytuacje, w których istnieje możliwość zmodyfikowania umów dawnych zgodnie z nowowprowadzonymi regulacjami.)

3. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zmiana umowy na zamówienie podstawowe była możliwa w sytuacji, gdy:
- zmiany dotyczą realizacji dodatkowych robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy,
  - nieobjętych zamówieniem podstawowym,
  - o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
    - a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
    - b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
    - c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Z powyższego wynika, iż zasadniczą różnicą w stosunku do wcześniej obowiązującego art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi brak obowiązku wykazywania okoliczności nieprzewidywalności udzielania zamówień dodatkowych.

Niewątpliwie zamówienie dodatkowe udzielone w dniu 28.09.2016 r. modyfikowało sposób realizacji pierwotnej umowy stanowiąc jej zmianę, stąd też przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie do ww. umowy.

W oparciu o przedstawiony stan faktycznych, można uznać, iż przesłanki od których uzależniona została prawna możliwość zmiany umowy podstawowej zostały spełnione:

Po pierwsze, zamówienie dodatkowe zostało udzielone wykonawcy zamówienia podstawowego, tj. wykonawcy: (...).

Po drugie, zamówienie dodatkowe nie było objęte zamówieniem podstawowym.

Po trzecie, zamówienie stało się niezbędne dla efektywnej realizacji zamówienia podstawowego. Bez wykonania zamówienia dodatkowego, wybudowana hala generowałaby więcej kosztów na etapie jej eksploatacji oraz niemożliwe byłoby prowadzenie działalności komercyjnej związanej z wynajmem pomieszczeń sponsorskich, które ograniczają konieczność dokonywania nakładów na utrzymanie hali z budżetu gminy. Konieczność realizacji robót dodatkowych wynikała z obowiązku realizacji zasady dokonywania wydatków z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów wyrażonej w art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy o finansach publicznych.

Po czwarte, zmiana wykonawcy nie mogła zostać dokonana z powodów ekonomicznych i technicznych, które zostały wcześniej wskazane przy okazji omawiania przesłanki przyczyn technicznych. Wykonanie całości robót przez jednego i tego samego wykonawcę zamówienia było konieczne dla dochowania terminów, zapewnienia skuteczności udzielonej gwarancji i rękojmi przez wykonawcę zamówienia podstawowego. Wykonywanie robót budowlanych w ramach odrębnych części stwarzało bowiem problem spójności wykonania całości



zamówienia, a co za tym idzie trudności z ustaleniem wynikającej stąd odpowiedzialności za powstałe szkody w przypadku zniszczenia bądź pogorszenia się robót.

Po piąte, zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego. Jednym ekonomicznie uzasadnionym rozwiązaniem była realizacja zamówień dodatkowych wraz z realizacją zamówienia podstawowego. Jak już wcześniej wskazywano, ewentualne rozdzielenie robót (o ile w ogóle możliwe) i organizacja przetargu powodowałby konieczność poniesienia dodatkowych kosztów oraz prowadziła do istotnych opóźnień w realizacji całego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Po szóste, wartość zmiany (1 300 000 zł) stanowiła 4,88% wartości umowy na zamówienie podstawowe, nie przekraczała zatem 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie dla zamówienia podstawowego.

Tym samym, w ocenie opiniującego istniały wszelkie podstawy prawne uprawniające Zamawiającego do zastosowania normy art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy prawnej udzielenia zamówienia dodatkowego. Brak przywołania przez Zamawiającego powyższego przepisu na etapie wcześniejszym jak i formalne nazwanie procedury „z wolnej ręki” pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości dokonanej czynności polegającej na bezpośrednim udzieleniu zamówienia zaproszonemu do negocjacji wykonawcy.

4. Zamawiający nie ma obowiązku informowania Prezesa Urzędu o udzieleniu zamówienia dodatkowego dokonywanego na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający posiada wprawdzie na podstawie art. 144 ust. 1c ustawy Pzp obowiązek informowania o zmianie umowy podstawowej poprzez zamieszczenie stosownego ogłoszenia o zmianie umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych, niemniej jednak niedochowanie tego wymogu nie stanowi czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

W części VIII opinii zawarte jest podsumowanie oraz sformułowane są wnioski końcowe opinii.

- 1) Okoliczności faktyczne przywołane przez Gminę Miejską (...) w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy oraz na etapie postępowania kontrolnego wskazują na zasadność decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp na: - wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, - dostawę i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej, - wykonanie pomieszczenia na kasy biletowe zewnętrzne, - wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji.
- 2) Zgodnie z zasadą względności obowiązującą na płaszczyźnie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Zamawiający posiadał także podstawy prawne do zlecenia wykonania zamówienia wskazanego w pkt 1) na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
- 3) Uprawnienie do zlecenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest związane z obowiązkiem przesłania Prezesowi Urzędu zawiadomienia o dokonaniu takiej czynności. Zamawiający posiada obowiązek publikacji w BZP ogłoszenia o zmianie umowy, ale jego brak nie stanowi czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych.

- 4) Wobec pkt 1)-3) analiza zasadności przywołania przez Zamawiającego art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp jako podstawy udzielenia zamówienia o którym mowa w pkt 1) stała się bezprzedmiotowa.

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

Po przeprowadzeniu w dniu 26 kwietnia 2018 r. rozprawy przy udziale Obwinionego, obrońcy Obwinionego oraz Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Pana Jacka Krawczyka, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, GKO postanowiła zaskarżone orzeczenie uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu.

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 stwierdziła okoliczności uzasadniające, w oparciu o kompetencję wynikającą z art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, uchylenie rozstrzygnięcia RKO i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO. Komisja nie przychyliła się do stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który wnosił, podobnie jak Obwiniony, o uniewinnienie.

Analiza orzeczenia RKO, w świetle argumentacji podniesionej przez Odwołującego w odwołaniu prowadzi do wniosku, iż rozstrzygnięcie RKO, jako wadliwe, winno zostać uchylone i przekazane do ponownego rozpoznania przez RKO, za czym przemawiają wskazane w dalszej części uzasadniania orzeczenia GKO okoliczności faktyczne i prawne.

GKO uwzględniając regułę z art. 24 ust. 1 uondfp stwierdziła, że RKO w istocie nie dokonała zgodnych z przepisami uondfp ustaleń oraz ich uzasadnienia, co do strony prawnej w zakresie kwalifikacji zarzucanego Obwinionemu czynu na gruncie zmienionych przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem GKO ze względu na uchybienie RKO w zakresie zastosowania przepisu art. 24 uondfp, należy przekazać sprawę do ponownego rozpoznania.

W treści uzasadnienia orzeczenia RKO odniosła się wprawdzie do treści art. 24 ust. 1 uondfp, wskazując, że zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, 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 oraz zawarła stwierdzenie, że RKO dokonała oceny stanu prawnego sprawy, a w szczególności treści przepisów znowelizowanej ustawy Pzp i uznała, że - wydając orzeczenie w niniejszej sprawie - należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych nie była względniejsza dla sprawcy, jednak w realiach niniejszej sprawy stwierdzenia takie są niewystraszające w zakresie czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

W treści uzasadnienia orzeczenia RKO brak jest jakiegokolwiek analizy prawnej, pozwalającej na stwierdzenie, że RKO w sposób rzeczywisty dokonała oceny w zakresie zmiany treści przepisów ustawy Pzp, tj. obowiązującej od dnia 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Pzp, dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), w odniesieniu do czynów popełnionych przez Obwinionego. GKO zwraca natomiast uwagę, że pomiędzy wszczęciem przez Gminę (...) w dniu 22 lipca 2016 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn.: „Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej” a zawarciem umowy, w dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

W zakresie dotyczącym popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uodnfp nowelizacja wprowadziła następujące zmiany treści przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu przed nowelizacją:

*Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

*1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:*

- a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,*
- b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,*
- c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;*

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji:

*Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

*1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:*

- a) technicznych o obiektywnym charakterze,*
- b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów*

*- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.*

W ocenie GKO, Regionalna Komisja Orzekająca, przed przypisaniem Obwinionemu odpowiedzialności za popełnienie przez niego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uodnfp, dokonując oceny, czy Obwiniony popełnił zarzucany czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych powinna, w oparciu o przepis art. 24 uodnfp, dokonać ustalenia i porównania treści normatywnej art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu przed i po nowelizacji.

Uwzględnić przy tym należy, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji obok wymaganych przed nowelizacją przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) wymaga dodatkowo od Zamawiającego wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub

rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Według GKO możliwa wydaje się interpretacja, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp po nowelizacji jest przepisem bardziej restrykcyjnym niż ten sam przepis w brzmieniu przed nowelizacją. Tym samym wątpliwości budzi, czy ustalenie RKO, że należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych nie była względniejsza dla sprawcy jest ustaleniem prawidłowym.

Nadto z treści uzasadnienia RKO wynika, że RKO rozstrzygając w powyższej sprawie w całości przychyliła się do poglądów przedstawionych w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2017 r. sygn. akt KIO/KD 5/17 oraz Informacji o wyniku kontroli z dnia 30.12.2016 r. GKO zauważa, że analiza dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w ww. uchwale, co trafnie podkreśla Obwiniony, odnosi się do przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu przed nowelizacją. A przecież jako datę popełnienia czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp Regionalna Komisja Orzekająca wskazała dzień zawarcia umowy tj. 28 września 2016 r.

Te wszystkie okoliczności powodują, że w omawianym zakresie uzasadnienie orzeczenia RKO jest wewnętrznie sprzeczne.

Niezależnie od opisanych powyżej braków uzasadnienia orzeczenia RKO, GKO podkreśla, że nie podziela stanowiska prezentowanego w odwołaniu, jakoby popełniony przez Obwinionego czyn stanowiący naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp można by było zakwalifikować jako dopuszczalną, po nowelizacji ustawy Pzp, zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

Istotą przepisu art. 24 uondfp jest uregulowanie zasad prawa międzyczasowego, oraz wskazanie, jakie prawo należy stosować w razie zmiany ustawy po popełnieniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Istotą działania organów orzekających w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest więc zastosowanie do określonego i ustalonego w toku postępowania dowodowego czynu popełnionego przez Obwinionego (w tym przypadku czyn polega na udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp) właściwych przepisów prawa (tak w zakresie normy sankcjonującej, jak i sankcjonowanej), z uwzględnieniem wszystkich dyrektyw wynikających z przepisu art. 24 uondfp.

Jednak nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że przepis art. 24 uondfp daje podstawę organom orzekającym w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych do zmiany opisu czynu, w taki sposób, aby do tego zmienionego opisu czynu popełnionego przez Obwinionego komisja orzekająca mogła zastosować przepis prawa materialnego względniejszy dla sprawcy. Zarzuty zawarte w odwołaniu sprowadzają się m.in. do tego, że udzielenie przez Obwinionego zamówienia w trybie z wolnej ręki, według Obwinionego, można następczo uznać, w związku z nowelizacją ustawy Pzp w zakresie zarówno art. 67, jak i art. 144 ustawy Pzp, za czyn polegający na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie GKO nie ulega wątpliwości, że zamiarem Obwinionego było udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, nie zaś zmiana umowy 2015/IZP.IR.R/95 z dnia 21 września 2015 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym (Gminą (...)) a Wykonawcą (...). Zamiar udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp został przez Zamawiającego zrealizowany poprzez zawarcie z Wykonawcą (...)w dniu

28 września 2016 r. kolejnej umowy nr 2015/IZP.IR.R/95a. W wyniku opisanych działań Zamawiającego doszło do nawiązania z Wykonawcą (...) dwóch odrębnych stosunków prawnych (zawarcia dwóch umów), a nie do zmiany istniejącego jednego stosunku prawnego (zmiana umowy 2015/IZP.IR.R/95 z dnia 21.09.2015 r.).

Podkreślenia dodatkowo wymaga, że jako podstawę zawarcia umowy z dnia 28 września 2016 r. nr 2015/IZP.IR.R/95a wskazano w jej treści przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 3 ustawy Pzp, nie wskazując natomiast przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, która to podstawa była wskazywana przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania w sprawie zamówienia publicznego i analizowana później w toku kontroli tego postępowania prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zasadne wydaje się więc również wyjaśnienie przez RKO także tej rozbieżności w zakresie dotyczącym podstawy prawnej udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, które stanowi przedmiot niniejszego postępowania.

Przypomnienia wymaga, że ustawa jest względniejsza, jeżeli stwarza możliwość korzystniejszej, dla interesów obwinionego, oceny czynów, skutkując tym samym przyjęciem mniej surowych reguł odpowiedzialności lub zastosowania mniej dotkliwych sankcji. Zatem przy rozważaniu kwestii względności ustawy należało wziąć pod uwagę nie tylko samo zagrożenie karą i negatywne skutki z tego tytułu dla obwinionego, ale także inne instytucje porównywalnych ustaw mogące mieć zastosowanie do danego sprawcy czynu i okoliczności jego popełnienia (orzeczenie GKO z dnia 21 września 2006 r., DF/GKO-4900-51/64/06/1541). Na pojęcie „ustawy względniejszej” mogą składać się różne okoliczności, które należy również każdorazowo ocenić.

W zakresie dotyczącym popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 6 uoondfp RKO także nie dokonała ustaleń wynikających z przepisu art. 24 ust. 1 uoondfp, Główna Komisja Orzekająca wskazuje jednak, że ich brak w realiach niniejszej sprawy nie ma wpływu na prawidłowość podjętego rozstrzygnięcia w zakresie tego czynu.

Główna Komisja Orzekająca uznała, że w sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu popełnienia naruszenia – stosownie do treści art. 24 ust. 1 uoondfp. GKO nie stwierdziła bowiem, aby od momentu popełnienia zarzuconego Obwinionemu czynu do dnia wydania orzeczenia doszło do zmiany przepisów zarówno w zakresie normy sankcjonowanej, jak również w zakresie normy sankcjonującej stanowiącej podstawę odpowiedzialności Obwinionego.

Art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu przed i po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

Weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia RKO doprowadziła GKO do wniosku, iż Regionalna Komisja Orzekająca prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody. GKO nie ma wątpliwości, co do ustalonych w uzasadnieniu orzeczenia RKO okoliczności faktycznych sprawy w zakresie dotyczącym udzielenia w trybie z wolnej ręki zamówienia pn. *„Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”*, jak i w zakresie dotyczącym

zaniechania zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu 22 lipca 2016 r. postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone dla dostaw i usług w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Wskazać w tym miejscu należy, że ani Obwiniony ani obrońca Obwinionego w istocie nie kwestionowali ustalonych w uzasadnieniu okoliczności faktycznych sprawy, podnieśli jedynie, że ustalone okoliczności faktyczne mogą być uznane za inny czyn, tj. dopuszczalną na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp po nowelizacji zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do strony podmiotowej czynu GKO uznaje, że Regionalna Komisja Orzekająca w sposób prawidłowy dokonała ustaleń odnoszących się do strony podmiotowej odpowiedzialności. Jak trafnie argumentowała RKO Obwiniony, pełniąc funkcję Zastępcy Burmistrza (...) ds. Rozwoju Społecznego (I Zastępca – powołanie z dniem 15 grudnia 2014 r. zarządzeniem Burmistrza (...) nr 12/2014), na podstawie § 6 Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miejskiego w (...) (Zarządzenie Burmistrza (...) nr 554/2014 z 31 grudnia 2015 r., ponosi odpowiedzialność za przestrzeganie dyscypliny finansów publicznych oraz sprawował w momencie popełnienia zarzucanych czynów, bezpośredni nadzór nad realizacją zadań Biura Zamówień Publicznych i Partnerstwa Publiczno-Prywatnego. Tym samym, podlega na mocy art. 4 ust. 1 pkt 3 uoondfp odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W ocenie GKO, działanie Obwinionego dotyczące czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 6 uoondfp, było zawinione w rozumieniu art. 19 ust. 2 stawy, ponieważ 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 orzeczenia zachowała się zgodnie z prawem. Czyn popełniony przez Obwinionego miał charakter zawiniony. Obwiniony miał bezspornie możliwość zgodnego z prawem zachowania się.

Na marginesie dotychczasowych rozważań w sprawie GKO wskazuje, że gdyby Zamawiający Gmina (...) przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dokonał zmiany umowy 2015/IZP.IR.R/95 z dnia 21 września 2015 r. w sposób przewidziany w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wówczas reguła wynikająca z przepisu art. 24 uoondfp doprowadziłaby do uniewinnienia Obwinionego. Jednak w tej sprawie Zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki bez stosowania trybu konkurencyjnego, co w ocenie GKO uniemożliwia zastosowanie przez RKO i GKO, postulowanych przez Obwinionego w treści odwołania norm zawartych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu oraz przywołanych tam przez Obwinionego (...) regulacji ustawowych, Główna Komisja Orzekająca wskazuje, co następuje.

W kontekście podniesionych przez Odwołującego zarzutów jako najdalej idący, i w ocenie GKO trafny, należy uznać zarzut dotyczący braku prawidłowego zastosowania przez RKO przepisu art. 24 uoondfp. Główna Komisja Orzekająca uchyla orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej przede wszystkim ze względu na niedostatki merytoryczne uzasadnienia orzeczenia RKO w zakresie potwierdzającym prawidłowe zastosowanie przez RKO przepisu art. 24 uoondfp. Ponadto logiczna sprzeczność uzasadnienia orzeczenia RKO w tym obszarze uniemożliwia GKO jednoznaczne ustalenie, które normy prawa materialnego (ustawy Pzp) Regionalna Komisja Orzekająca uznaje za właściwe – czy te sprzed nowelizacji, czy też te po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Ta sama trudność w ustaleniu, które przepisy ustawy Pzp zostały zastosowane przez RKO wydaje się dotyczyć także Obwinionego, co pośrednio wynika z treści zarzutów odwoławczych. Pomimo, że RKO w treści uzasadnienia wskazała, że zastosowała przepisy ustawy Pzp obowiązujące w dacie orzekania, z treści zarzutów odwołania wynika, że Obwiniony zarzuca RKO niezastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. Świadczy o tym znaczna część argumentacji prawnej, zawartej w załączonej do odwołania opinii, która w sposób szczegółowy opisuje przesłanki znowelizowanego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp w odniesieniu do ustalonego stanu faktycznego sprawy, a także formułowany wobec RKO zarzut braku uwzględnienia i analizy tych przesłanek, w szczególności w odniesieniu do przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Po dokonaniu przez RKO ustalenia i uzasadnienia tego ustalenia, czy do czynów popełnionych przez Obwinionego znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp przed czy po nowelizacji tej ustawy, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., Regionalna Komisja Orzekająca powinna ocenić, czy zostały spełnione przesłanki udzielenia przez Gminę (...) zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, uwzględniając przy tym i dokonując analizy argumentacji w odniesieniu do tych przepisów prezentowanej przez Obwinionego w odwołaniu.

Obwiniony wskazuje w odwołaniu, że nowelizacja dokonała istotnych zmian, m.in. w zakresie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Według Obwinionego nowe przepisy, obowiązujące już w chwili udzielenia zamówienia z wolnej ręki przewidują szersze możliwości zawarcia umowy z wybranym przez Zamawiającego wykonawcą z wyłączeniem obowiązku stosowania jednego z trybów podstawowych, którymi są przetarg nieograniczony i ograniczony (art. 10 ust.1).

Główna Komisja Orzekająca nie podziela poglądu Odwołującego, co do możliwości uznania przez RKO, że art. 24 uoondfp daje podstawę do przyjęcia, że popełniony przez Obwinionego czyn stanowiący naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp może być zakwalifikowany jako dopuszczalna, w świetle znowelizowanego art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego. Szersza argumentacja w tej kwestii została przedstawiona przez GKO powyżej.

Jako niemożliwy do przyjęcia GKO uznaje także wniosek Odwołującego, dotyczący braku konieczności rozstrzygnięcia przez RKO w zakresie dotyczącym popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 6 uoondfp.

Jak wywodzi Obwiniony we wnioskach opinii załączonej do odwołania, uprawnienie do zlecenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest związane z obowiązkiem przesłania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienia o dokonaniu takiej czynności. Zamawiający posiada obowiązek publikacji w BZP ogłoszenia o zmianie umowy, ale jego brak nie stanowi czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. GKO ponownie podkreśla, że udzielenie w trybie z wolnej ręki zamówienia pn. *„Budowa hali widowiskowo-sportowej w (...): wykonanie sterowania ogrzewaniem i chłodzeniem podłogowym, wykonanie kas biletowych zewnętrznych, wykonanie pomieszczeń sponsorskich wraz z instalacją wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż agregatu wody lodowej do instalacji podłogowej”* nie może być następczo zakwalifikowane przez RKO jako dopuszczalna, w świetle znowelizowanego art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego

Tym samym RKO w wydanym orzeczeniu trafnie uznała, że doszło do popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 6 uoondfp poprzez zaniechanie zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu 22 lipca 2016 r.

postępowania w trybie z wolnej ręki zamówienia, którego wartość 1.116.768,55 zł (267.495,88 euro) przekroczyła kwoty określone dla dostaw i usług w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp. Uchylenie przez GKO orzeczenia RKO także w tej części wynika jedynie z konieczności dokonania przez RKO, również w zakresie tego czynu, analizy prawnej w oparciu o art. 24 uodnfp.

Nie mogą, w ocenie GKO, zostać także merytorycznie uwzględnione przez RKO zawarte w odwołaniu wywody odnoszące się do wykreślenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zamówienia na roboty dodatkowe) i wprowadzenie w to miejsce możliwości zmian w umowie podstawowej w okolicznościach wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ani z zawartej przez Zamawiającego z Wykonawcą (...) w dniu 28 września 2016 r. umowy nr 2015/IZP.IR.R/95a, ani z dokumentacji postępowania w trybie z wolnej ręki, prowadzącego do zawarcia tej umowy nie wynika, aby Zamawiający Gmina (...) rozważała możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Sam Obwiniony przyznaje, w treści odwołania, że z uwagi na fakt, iż Gmina (...) w dokumentach postępowania o zamówienie publiczne, jak i wyjaśnieniach składanych w toku postępowania kontrolnego konsekwentnie twierdziła, iż decyzja o zleceniu w trybie z wolnej ręki robót została podjęta świadomie w toku prac nad opracowywaniem dokumentacji wykonawczej, brak było tym samym podstaw do przywoływania ww. przepisu jako podstawy wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Niemożliwe było bowiem wykazanie, iż konieczność zastosowania tego trybu jest następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Z tego powodu brak było wystarczających podstaw prawnych dla stosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z tych względów nie można uznać za uzasadniony wywodu Obwinionego, że jeśli istota nowej umowy (nawet nie nazwana „aneksem”), sprowadza się jednak do zlecenia realizacji zamówień dodatkowych w stosunku do zamówienia podstawowego wprowadzając tym samym także modyfikację w sposobie wykonania zamówienia podstawowego, dopuszczalność jej zawarcia z dotychczasowym wykonawcą należy oceniać obecnie przede wszystkim na płaszczyźnie art. 144 ustawy Pzp.

GKO wskazuje, iż zakres obowiązków, jak i prawnych możliwości Zamawiającego, zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Pzp, określony został w przedmiotowej ustawie. Należy zauważyć, iż regulowany ustawą system zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, przez stworzenie warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne (orzeczenie GKO z dnia 13 lutego 2003 r., DF/GKO/Odw.-134/170-171/2002, LEX nr 80068);

Stosownie do art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w prawie. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki traktować należy zatem jako wyjątek. Uzasadnieniem skorzystania przez zamawiającego z określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych wyjątku uwarunkowane jest zaistnieniem m.in. przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż szczególnego rodzaju odstępstwo od podstawowej zasady Prawa zamówień publicznych, a zatem pierwszeństwa stosowania trybów zapewniających pełną konkurencyjność wymaga od zamawiającego szczególnej ostrożności. Ciężar wykazania zaistnienia przesłanek określonych we wskazanym przepisie ciąży bowiem bezsprzecznie na zamawiającym. Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być subiektywne



przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia (zob. uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r. KIO/KD 61/14, Lex nr 1576468; uchwała KIO z 3 września 2015 r. KIO/KD 49/15, Lex nr 1796875).

Do prawidłowego stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp nie jest wystarczającą również okoliczność, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej „efektywnego” wykonania określonego zadania. Zamawiający jest bowiem zobligowany do wykazania, iż tylko ten właśnie wykonawca ma możliwość wykonania określonego zamówienia. Okolicznością wyłączającą możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki jest ustalenie, iż obiektywnie istnieją inni wykonawcy, którzy potencjalnie mogliby dane zamówienie realizować.

Do prawidłowego stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp konieczne jest, aby Wykonawcy przysługiwały prawa wyłączne wynikające z odrębnych przepisów. Jak trafnie wskazała RKO nie stanowi wystarczających podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp okoliczność, że udzielenie przedmiotowego zamówienia innemu Wykonawcy doprowadziłoby, w ocenie Zamawiającego, do naruszenia praw wyłącznych Wykonawcy zamówienia pn.: *Budowa hali widowiskowo - sportowej w (...)* w zakresie praw autorskich do projektu wykonawczego budowanego obiektu, gdyż nowy Wykonawca musiałby w istotnej części dokonać przeprojektowania założeń i koncepcji budowy całego obiektu. Ponadto, jak zauważyła RKO, Zamawiający mógł zadbać o właściwe regulacje umownych w zakresie gwarancji czy też autorskich praw majątkowych do projektu wykonawczego i ich przeniesienie na Zamawiającego.

Zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, 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.

Do znamion przedmiotowych czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych należy zatem czynność - niezgodnego z przepisami, określającymi m.in. możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki - udzielenia zamówienia przez Zamawiającego. Zamówieniem publicznym jest umowa zawarta między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

Przypisując odpowiedzialność Regionalna Komisja Orzekająca, przy ponownym rozpatrywaniu sprawy, powinna dokonać ponownych ustaleń w zakresie wymiaru kary. W razie stwierdzenia przez RKO, że fakt w udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki bez stosowania trybu konkurencyjnego, stanowi w rozpatrywanej sprawie istotne naruszenie zasad wymienionych w art. 34a pkt 4 uoondfp, będzie skutkowało wymierzeniem Obwinionemu kary pieniężnej.

Reasumując GKO wskazuje na art. 150 uoondfp zgodnie z którym: „Komisja orzekająca, której została przekazana sprawa do ponownego rozpoznania, orzeka w granicach, w jakich nastąpiło przekazanie (...), a „Wskazania Głównej Komisji Orzekającej, co do dalszego postępowania są wiążące dla komisji orzekającej, której sprawę przekazano”.

Mając na uwadze powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji orzeczenia.