



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Ireneusz Piasecki</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Anna Dąbrowska-Puszkiewicz (spr.)</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Gryśka</i>
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2013 r. odwołań wniesionych przez Obwinionych:

1) **(1)** (zam. (...)) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Starosty Powiatu (...);

2) **(2)** (zam. (...)) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wicestarosty Powiatu (...);

od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) z dnia 14 grudnia 2012 r., sygn. akt:RIO-VI-51-15-12, którym:

I. uznano Obwinionego **(1)** winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 22.03.2010 r. zamówienia publicznego firmie (...) z siedzibą w (...) na kwotę 56.566,26 zł netto (69.010,84 zł brutto) na pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. „Remont drogi powiatowej nr (...) od (...) przez (...) do (...)” z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), dotyczącego przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki;

Obwinionemu **(1)** wymierzono karę upomnienia oraz obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł;

II. uznano Obwinionego **(2)** winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 22.03.2010 r. zamówienia publicznego firmie (...) z siedzibą w (...) na kwotę 56.566,26 zł netto (69.010,84 zł brutto) na

pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. „Remont drogi powiatowej nr (...) od (...) przez (...) do (...)” z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, dotyczącego przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki;

Obwinionemu (2) wymierzono karę upomnienia oraz obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł;

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

W przedmiotowej sprawie, na skutek zawiadomienia Urzędu Kontroli Skarbowej w (...), Rzecznik dyscypliny finansów publicznych, po przeprowadzeniu czynności sprawdzających, wszczął postępowanie wyjaśniające w odniesieniu do (1) – pełniącego funkcję Starosty (...) i (2) – Wicestarosty (...).

Rzecznik ustalił, że w Starostwie Powiatowym w (...) doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu w dniu 22.03.2010 roku zamówienia publicznego firmie (...) z siedzibą w (...) na kwotę 56.566,26 zł netto (69.010,84 zł brutto) na pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: „Remont drogi powiatowej nr (...) do (...) przez (...) do (...)” z naruszeniem art. 67 ust. 7 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), dotyczącego przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki.

Odpowiedzialność za naruszenie Rzecznik przypisał (1) i (2), którzy udzielili zamówienia poprzez podpisanie umowy na jego wykonanie.

Ustalenia te stały się podstawą do wniesienia w dniu 11 października 2012 roku wniosku o uznanie (1) i (2) za odpowiedzialnych – na zasadach określonych w art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej zwanej ustawą), określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, polegające na udzieleniu w dniu 22.03.2010 roku zamówienia publicznego firmie (...) z siedzibą w (...) na kwotę 56.566,26 zł netto (69.010,84 zł brutto) na pełnienie nadzoru inwestorskiego w trybie z wolnej ręki, mimo iż nie zaistniały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień

publicznych. W związku z popełnionym czynem Rzecznik wniósł o wymierzenie Obwinionym kary określonej w art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy tj. kary upomnienia.

Przedmiotowy wniosek rozpoznany został na rozprawie, w której udział wzięli Obwinieni oraz ich pełnomocnik, w dniu 14 grudnia 2012 roku.

Po wysłuchaniu wyjaśnień Obwinionych, wniosku Rzecznika oraz dokonaniu analizy materiału dowodowego Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) (dalej zwanej RKO), w dniu 14 grudnia 2012 roku wydała orzeczenie w którym:

- uznała (1) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, polegającego na udzieleniu w dniu 22.03.2010 roku zamówienia publicznego firmie (...) z siedzibą w (...) na kwotę 56.566,26 zł netto (69.010,84 zł brutto) na pełnienie nadzoru inwestycyjnego dla zadania pn.: „Remont drogi powiatowej nr (...) od (...) przez (...) do (...)” z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dotyczącego przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki,

- uznała (2) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, polegającego na udzieleniu w dniu 22.03.2010 roku zamówienia publicznego firmie (...) z siedzibą w (...) na kwotę 56.566,26 zł netto (69.010,84 zł brutto) na pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: „Remont drogi powiatowej nr (...) od (...) przez (...) do (...)” z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dotyczącego przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki.

Obu Obwinionym wymierzono karę upomnienia oraz obciążono kosztami postępowania w kwocie 291,71 zł.

RKO ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

W dniu 1 marca 2010 roku w Starostwie Powiatowym w (...) rozesłane zostały do 5 wykonawców zaproszenia do złożenia oferty na usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: „Remont drogi powiatowej nr (...) od (...) przez (...) do (...)”. Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została przez pracowników Starostwa Powiatowego w (...) na podstawie kosztorysu inwestorskiego na ww. zadanie, który przewidywał, iż wartość robót wyniesie 5.204.678 zł, a wysokość wynagrodzenia inspektora nadzoru wyniesie 1% wartości robót. W ten sposób wartość zamówienia oszacowana została na kwotę 13.557,38 euro, co dało podstawę dla zamawiającego do prowadzenia postępowania bez zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po dokonaniu analizy 2 złożonych ofert okazało się, że cena w ofercie najkorzystniejszej pod względem ceny, złożonej przez firmę (...) (...)z siedzibą w (...), wynosi 56.566,26 zł netto i przekracza próg 14 tys. euro. W tej sytuacji Naczelnik Wydziału Dróg Powiatowych Starostwa Powiatowego w (...) złożył w dniu 19 marca 2010 roku wniosek do Starosty (...) o zwiększenie środków finansowych w budżecie Powiatu niezbędnych do udzielenia zamówienia oraz zaktualizowany wniosek o zamówienia publiczne, w którym wartość zamówienia została podwyższona do kwoty odpowiadającej cenie z najniższej oferty.

Wybór wykonawcy nastąpił w trybie zamówienia z wolnej ręki – na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

W dniu 22 marca 2010 roku zawarta została ze spółką (...) umowa nr 27/2010 na pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: „Remont drogi powiatowej (...) od (...) przez (...) do (...)”. Umowę w imieniu Powiatu (...) zawarł (1) Starosta Powiatu (...) oraz (2) Wicestarosta Powiatu (...).

RKO zwróciła uwagę, na okoliczność, że Starostwo Powiatowe w (...) wystąpiło do Wojewody (...) o dofinansowanie remontu drogi jeszcze w 2009 roku i w tym samym roku uzyskało potwierdzenie przyznania wnioskowanych środków – pod warunkiem zakończenia

inwestycji do końca I kwartału 2010 roku. A zatem już w 2009 roku było wiadomo, iż koniecznym będzie udzielenie zamówienia na wykonywanie nadzoru inwestorskiego dla planowanej inwestycji. Pomimo tego do czynności wyboru wykonawcy pracownicy Starostwa przystąpili dopiero na początku marca 2010 roku.

W ocenie RKO, oszacowanie wartości zamówienia na poziomie 1% wartości robót (minimalnie poniżej wartości 14 tys. euro netto) było bardzo ryzykowne, gdyż już z rozeznania cenowego przeprowadzonego w 2009 roku wynikało, że jest to najniższy poziom cen stosowanych na rynku i dla tego rodzaju usług. W tej sytuacji wyczekiwanie zamawiającego do ostatniej chwili na przeprowadzenie wyboru wykonawcy RKO uznała za lekkomyślność.

Mając na względzie powyższe, RKO stwierdziła, że przy wyborze inspektora nadzoru inwestorskiego nie wystąpiła wyjątkowa sytuacja, nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, która uzasadniałaby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki .

Uwzględniając charakter czynu i stosunkowo niewielką wartość zamówienia, jak również dotychczasowy sposób wykonywania obowiązków przez Obwinionych i ich nienaganą opinię, RKO uznała, że wystarczające będzie wymierzenie Obwinionym najniższej z przewidzianych kar, to jest kary upomnienia.

Rzeczony rozstrzygnięcie zostało przez pełnomocnika Obwinionych zaskarżone w całości. Skarżący wniósł o jego zmianę i uniewinnienie lub ewentualnie o odstąpienie od wymierzenia kary z uwagi na znikomy stopień szkodliwości dla finansów publicznych i umorzenie postępowania.

Uzasadniając powyższe, wnoszący odwołanie podał, że RKO nie odniosła się w pełni do okoliczności udzielenia zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru inwestorskiego i stwierdziła jedynie, że zamówienie to zostało udzielone z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawo zamówień publicznych, podczas gdy, podejmując decyzję o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki i mając na uwadze postanowienia wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawo zamówień publicznych, zamawiający kierowali się przesłanką, że wykonanie tego zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie jest zagrożone wystąpieniem nieprzewidzianych okoliczności, a który może doznać poważnego uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśniając motywy popełnienia czynu odwołujący się podali, że droga która miała być remontowana była w złym stanie technicznym nadającym się właśnie do natychmiastowego zamknięcia, a jazda tą drogą narażała korzystających na utratę życia i zdrowia, a także na szkody majątkowe i powodowała odpowiedzialność zamawiającego powiatu za istniejący i niedopuszczalny stan rzeczy na drodze.

Zamówienia udzielono w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, po dokonaniu szczegółowej analizy tego przypadku biorąc jednocześnie pod uwagę okoliczności ze względu na interes ochrony życia i zdrowia oraz bezpieczeństwa na drodze.

Zdaniem Obwinionych, RKO w toku postępowania nie wzięła należycie pod uwagę, że we wniosku złożonym do Obwinionych, który przewiduje procedura wewnętrzna zamawiającego, tryb zamówienia z wolnej ręki uzyskał akceptację faktyczną przygotowujących to zamówienie, a także uzyskał opinię prawną wyrażoną w tym wniosku przez radcę prawnego, że proponowany tryb jest akceptowany, jako dopuszczalny prawnie.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne i prawne, a także znikomy stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, biorąc nadto pod uwagę dotychczasowe nienagane wykonywanie przepisów dotyczących finansów publicznych przez Obwinionych wnosi się o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie lub, ewentualnie, o odstąpienie od wymierzenia kary Obwinionym.

Rozpoznając sprawę w postępowaniu odwoławczym, Główna Komisja Orzekająca (dalej zwana GKO) zważyła i ustaliła, co następuje.

Dokonana przez skład orzekający II instancji analiza sentencji i uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, badanie materiału dowodowego, prowadzą do wniosku, że odwołanie Obwinionych nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie GKO, stan faktyczny sprawy ustalony i przyjęty przez RKO wynika bezpośrednio – ze zgromadzonych dowodów, dokumentów włączonych do akt sprawy jak również złożonych w toku postępowania wyjaśnień Obwinionych. Wszystkie te elementy stanowią jedną spójną i logiczną całość.

Zdaniem GKO jak i RKO, wystąpienie okoliczności, na które powołują się Obwinieni nie dało podstaw do udzielenia zamówienia na pełnienie funkcji użyczenia kontraktu w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. GKO wskazuje, że tryb zamówienia z wolnej ręki jako tryb najmniej konkurencyjny ze wszystkich trybów, o jakich mowa w ww. ustawie, może być stosowany przez zamawiającego wyjątkowo i tylko w przypadku spełnienia jednej z przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Interpretacja wymienionego przepisu oraz zasadność zastosowania go w niniejszej sprawie stanowi podstawę właściwego rozstrzygnięcia. Wywody doktryny jak również stanowisko GKO w podobnych sprawach, wyraźnie wskazują, w jakich okolicznościach przywołany przepis może mieć zastosowanie.

Zamówienie „z wolnej ręki” jako tryb najmniej konkurencyjny ze wszystkich przewidzianych prawem zamówień publicznych trybów, powinien być stosowany wyjątkowo po uprzednim zbadaniu możliwości zastosowania innych trybów konkurencyjnych, takich jak np. tryby negocjacyjne. Przed skorzystaniem z tego trybu zamawiający powinien obiektywnie ocenić, czy zaszły okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tryb ten można stosować wyłącznie w przypadku, kiedy zaistniała sytuacja wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia, w okolicznościach, kiedy z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego – zamówienia nie można zrealizować ze względu na niemożność zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Innymi słowy, tryb ten przewidziany jest dla najszybszego, natychmiastowego wykonania czynności objętych zamówieniem.

W sprawie niniejszej przedmiotem zamówienia była usługa inżyniera kontraktu. Powszechnie znany jest fakt, że pełnienie obowiązków inżyniera kontraktu nie jest czynnością jednorazową lub wykonywaną w ciągu kilku dni. Pełnienie tej funkcji polega na wykonaniu szeregu czynności i w dłuższym okresie czasu, a konkretnie do czasu ostatecznego odbioru prac budowlanych. Z tych względów z całą pewnością nie można przyjąć, że zachodziła potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, uzasadniająca udzielenie tego zamówienia z wolnej ręki, powołując się na przesłanki wyczerpujące znamiona art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

W orzecznictwie GKO ugruntował się pogląd, że powołując się na powyższy przepis, można udzielić zamówienia w szczególnych sytuacjach, np. usuwania awarii, zanieczyszczenia środowiska, likwidacja skutków kataklizmów itp. Oznacza to, że zawsze musi istnieć konieczność jak najszybszego wykonania działań objętych zamówieniem.

W niniejszej sprawie Obwiniony miał możliwość i powinien skorzystać z innego trybu udzielenia zamówienia, adekwatnego do zaistniałej sytuacji, a mianowicie z trybu prowadzenia negocjacji bez ogłoszenia, przewidzianego w art. 62 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia,

niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć i, z powodu której nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Aby skorzystać z tego trybu, musi istnieć pilna potrzeba udzielenia zamówienia z powodu okoliczności, których wcześniej zamawiający nie mógł przewidzieć.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy GKO podnosi, że wniosek o dofinansowanie zadania inwestycyjnego pn. „Remont drogi powiatowej nr (...) od (...) przez (...) do (...)”, złożony został przez Powiat (...) w dniu 30.09.2009 roku, a termin jego realizacji zgodnie z tym wnioskiem przewidziany był na kwiecień – sierpień 2010 roku. A zatem już w 2009 roku zamawiający posiadał wiedzę o szacunkowej cenie zadania i co się z tym bezpośrednio wiąże, miał możliwość wstępnego oszacowania wynagrodzenia za pełnienie nadzoru inwestorskiego dla wspomnianej inwestycji.

Zamawiający miał sporo czasu, aby przeprowadzić postępowanie na pełnienie nadzoru inwestorskiego w formie przetargu, miał również czas na ewentualną korektę wynagrodzenia oraz na pozyskanie dodatkowych środków na ten cel.

W ocenie GKO, opieszałość zamawiającego – w przedmiocie rozpoczęcia procedury zamówieniowej dot. wyłonienia inżyniera kontraktu, doprowadziła do spiętrzenia terminów, a mianowicie na dokonanie korekty wysokości wynagrodzenia za tę usługę, złożenia wniosku do Wojewody (...) – o dofinansowanie, wyłonienie wykonawcy i podpisanie umowy. Wszystkie te czynności zostały w Starostwie (...) przeprowadzone w miesiącu marcu 2010 roku, możliwie jak najszybciej, aby zdążyć przed końcem I kwartału 2010 roku, bowiem do końca marca Powiat (...) miał przekazać kompletną informację Wojewodzie (...) o kwotach, na jakie zawarto umowy z wykonawcami robót budowlanych oraz na pełnienie nadzoru inwestorskiego – pod rygorem utraty przyznanych na te zadania, środków.

W ocenie składu orzekającego GKO, był to faktyczny i jedyny, leżący po stronie zamawiającego, powód udzielenia zamówienia na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w trybie z wolnej ręki.

Okoliczności te jednak z całą pewnością nie wyczerpują żadnej z przesłanek, o jakich mowa w art. 67 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Odnosząc się do treści odwołania, stwierdzić należy, że odwołujący zasadnie podnoszą, iż tryb zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalny prawnie. Jednakże, jako tryb wyjątkowy, może być stosowany wyłącznie w okolicznościach, o jakich mowa w przywołanym przepisie.

W sprawie niniejszej żadna z tych okoliczności nie zachodziła.

Ustalone w niniejszym postępowaniu okoliczności wskazują, że Obwinieni mieli możliwość innego, zgodnego z prawem postępowania, jednakże na skutek niedołożenia należytej staranności przy wyborze trybu udzielenia zamówienia na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, mimo iż nie mieli takiego zamiaru, naruszyli dyscyplinę finansów publicznych w sposób zawiniony

GKO uznała więc, że wymierzenie Obwinionym kary upomnienia jest uzasadnione. GKO, przychylając się do wniosku Rzecznika, przyjęła, że wymierzenie kary upomnienia, a więc najłagodniejszej z katalogu kar wymienionych w ustawie, jest adekwatne do szkodliwości popełnionego czynu.

W ocenie GKO, szkodliwość czynu polegała na naruszeniu procedur, jakie przepisy obowiązującego prawa, a w szczególności ustawy – Prawo zamówień publicznych, określają w odniesieniu do gospodarowania środkami publicznymi.

Reasumując, stwierdzić należy, że RKO wydała orzeczenie, dokonując właściwej oceny zaistniałych zdarzeń, przedłożonych dokumentów, wyjaśnień Obwinionych oraz stanu prawnego. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki,

zostało przez Obwinionych popełnione i udowodnione, w związku z czym wniosek odwołania o ich uniewinnienie nie może zostać uwzględniony.

W tej sytuacji w oparciu o treść art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy– zaskarżone orzeczenie należało utrzymać w mocy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.