



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 27 listopada 2017 r.

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

Przewodniczący: *Członek GKO:*

Agata Mikołajczyk

Członkowie: *Członek GKO:*

Leszek Paweł Biedka (spr.)

Członek GKO:

Anna Packo

Protokolant:

Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 27 listopada 2017 r., odwołania złożonego przez obrońcę w imieniu obwinionego (...) – zam. (...) , od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 27 czerwca 2017 r. sygn. akt: RKO/7100/26/2017, którym Komisja, uznała (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora w (...) , odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311) – zwanej dalej uondfp, poprzez to, że w (...), w dniu 3 sierpnia 2015 r., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)” naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz.

2164 z późn. zm.), poprzez udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Komisja orzekająca I odstąpiła od wymierzenia kary i obciążyła obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

orzeka

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

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 27 czerwca 2017 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, zwana dalej RKO, uznała obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, poprzez to, że w [...] w dniu 3 sierpnia 2015 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „(...)” naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, udzielając zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i odstąpiła od wymierzenia kary.

W dniu 17 marca 2017 r. do RKO wpłynął wniosek rzecznika dyscypliny finansów publicznych o ukaranie (...), Dyrektora (...), karą upomnienia za popełnienie czynu noszącego znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp. Rzecznik podniósł, że obwiniony dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp, udzielając zamówienia publicznego pn. „(...)” z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki.

RKO, stosownie do postanowień art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego istniejącego w chwili popełnienia czynu ze stanem prawnym z dnia orzekania i ustaliła, że te ostatnie przepisy nie są względniejsze dla sprawcy, co skutkuje orzekaniem według

przepisów obowiązujących w dacie orzekania. Ponadto RKO stwierdziła, że stan faktyczny sprawy jest bezsporny.

Zgodnie z ustaleniami RKO, w dniu 3 sierpnia 2015 r. zawarto umowę pomiędzy zamawiającym – Instytucją Kultury (...), a wykonawcą – (...) na realizację w/w zadania za kwotę stanowiącą równowartość 60 000 EUR netto. W ramach realizacji umowy wykonawca sporządził raport pn. „(...)”. Podstawą wszczęcia postępowania był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp, zgodnie z którym dopuszczalne jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę i dotyczą zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Zdaniem zamawiającego, osiągnięcie celu, tj. wejście do sieci miast kreatywnych UNESCO możliwe byłoby tylko przez powierzenie wykonania usługi w/w spółce. Zamawiający wskazał, że wykonawca współpracuje z siecią ponad 500 festiwali, 70 agencji eksportu, 200 ambasad, komisji kultury oraz agencji ds. promocji i marek na całym świecie, dzięki czemu posiada szczególne kompetencje, by stworzyć unikatową strategię działalności muzycznej. Zamawiający podkreślił, że „(...)”, a „ z wykonaniem przedmiotowej usługi związane było złożenie aplikacji (...), której charakter wymagał sporządzenia odpowiedniej strategii poprzez sporządzenie dokumentacji i wykonanie niezbędnych badań.”. Dodatkowo zamawiający zauważył, że wykonawca przygotował ofertę współpracy, w której zawarł informacje o posiadanym doświadczeniu w realizacji podobnych projektów.

Zdaniem rzecznika, wskazane przez zamawiającego przesłanki wyboru spółki jako jedyne podmiotu mogącego sporządzić raport będący przedmiotem zamówienia nie realizowały dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp. Przypisane przez zamawiającego cechy takie jak doświadczenie we współpracy z instytucjami unijnymi, organizacjami, instytucjami i agencjami na rynku muzycznym oraz osiągnięcia międzynarodowe są ogólne i mogą charakteryzować wiele podmiotów działających na rynku muzycznym, zarówno krajowym jak i zagranicznym. W ocenie rzecznika przedmiotowa usługa polegająca na opracowaniu strategii zrównoważonego rozwoju poprzez muzykę wraz z przeprowadzeniem niezbędnych badań nie stanowiła działalności artystycznej, a w konsekwencji w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp. Przedmiot zamówienia nie stanowił dzieła lub działalności artystycznej, której wykonanie było uzależnione od indywidualnych cech wykonawcy, nie ma więc podstaw do uznania, że tylko ten jeden wykonawca był w stanie zrealizować zamówienie.

W toku postępowania wyjaśniającego obwiniony stwierdził, że zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp było prawidłowe. Obwiniony wskazał, że Pzp nie posługuje się własnymi definicjami „działalności twórczej” i „działalności artystycznej”, a to oznacza, iż dla ustalenia znaczenia tych pojęć należy posługiwać się ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którą utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Indywidualizowany charakter dzieła przejawia się w tym, że został opracowany dla miasta (...), na podstawie istniejącego w tym mieście rynku muzycznego, w konkretnym celu, związanym ze staraniami miasta (...) o wejście do Sieci Miast Kreatywnych UNESCO w dziedzinie muzyki. Przedmiot zamówienia oraz jego rezultat w postaci raportu wraz z prezentacją multimedialną stanowią utwór w rozumieniu wyżej przywołanej definicji. Wykonawca raportu korzystając z opracowanych przez siebie metod, dokonał badania rynku muzycznego, przeprowadził ankiety z artystami i przedstawicielami branży muzycznej działającymi w (...) oraz studia określonych w ankiecie przypadków. Na podstawie zgromadzonych materiałów i opracowań wykonawca przedstawił wnioski i zaproponował zamawiającemu działania, które należy podjąć dla osiągnięcia zamierzonych efektów. Unikalny i niepowtarzalny charakter raportu polega również na tym, że dotychczas nie sporządzono w (...), ani w Polsce podobnego opracowania na potrzeby starań o uzyskanie tytułu Miasta Kreatywnego w dziedzinie muzyki albowiem żadne miasto podobnych starań nie czyniło. Zakładanym przez zamawiającego efektem zamówienia było przyznanie w dniu 11 grudnia 2015 r. miastu (...) tytułu Miasta Muzyki UNESCO. Ponadto obwiniony podniósł, że przed udzieleniem zamówienia dokonano rozeznania rynku, w wyniku czego ustalono, że na rynku polskim żaden podmiot nie wykonywał analogicznego zamówienia.

RKO podzieliła zdanie rzecznika, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, wykorzystywanym, gdy zastosowanie trybu konkurencyjnego nie jest możliwe, a ponadto dopuszczalne przez Pzp w enumeratywnie wymienionych okolicznościach, przewidzianych przez przepisy, które winny być interpretowane ściśle. W ocenie RKO zamawiający jest uprawniony do skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp, o ile kumulatywnie spełnione są dwie przesłanki: 1) zamówienie ma charakter twórczy, 2) zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę. Wymienione przesłanki odnoszą się do zamówień, w których indywidualizacja i niepowtarzalność wytworzonego dzieła skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co oznacza, że na rynku w danym miejscu i czasie istnieje jeden wykonawca zdolny należycie wykonać zamówienie, przy czym

okoliczność ta musi być oczywista i wynikać z niebudzących wątpliwości faktów, a nie z subiektywnego przekonania zamawiającego. RKO stwierdziła, że przesłanka jednego wykonawcy nie dotyczy wykonawcy, który w określonym miejscu i czasie byłby zainteresowany uzyskaniem zamówienia bądź w opinii zamawiającego wykona je najlepiej, ale wykonawcy, który obiektywnie jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Zdaniem RKO zamawiający nie może zastosować trybu z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie zasadnym jest przyjęcie domniemania, że istnieje więcej wykonawców mogących wykonać zamówienie, a jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie wykluczają udzielenie zamówienia w tym trybie.

W dalszej części uzasadnienie RKO podkreśliła, że zamawiający nie zdefiniował oczekiwań w zakresie cech przedmiotu zamówienia, które wskazywałyby na stopień zindywidualizowania przedmiotu zamówienia, skutkujący możliwością jego realizacji wyłącznie przez jednego, skonkretyzowanego wykonawcę. Zamawiający określił jedynie, że przedmiot zamówienia stanowić miała usługa w zakresie działalności twórczej polegająca na opracowaniu strategii zrównoważonego rozwoju poprzez muzykę w związku z rozpoczęciem starań miasta (...) do wejścia do sieci miast kreatywnych UNESCO w dziedzinie muzyki, wraz z wykonaniem niezbędnych badań. W ocenie RKO nie stanowi to przesłanki pozwalającej uznać, że zamówienie może zrealizować jeden wykonawca.

W odniesieniu do pojęć „działalność twórcza” i „działalność artystyczna” RKO przyznała rację obwinionemu o konieczności stosowania ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych dla ustalenia ich znaczenia. Zważywszy na definicje zawarte w ustawie RKO stwierdziła, że przedmiot zamówienia nie stanowi dzieła i nie powstał zindywidualizowany utwór, który mógłby być wykonany tylko przez jednego wykonawcę.

W konsekwencji RKO uznała, że doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp, a tym samym wypełnione zostały znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uo ndfp, który stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczące stosowania przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki, a przypisanie obwinionemu odpowiedzialności wynika z faktu podpisania przez niego umowy.

W końcowej części uzasadnienia RKO uznała, że zarzucane naruszenie jest szkodliwe w stopniu wyższym niż znikomy. Świadczy o tym waga naruszonych obowiązków, tj. naruszenia zasady konkurencyjności poprzez udzielenie zamówienia w trybie

niekonkurencyjnym, w sytuacji, w której nie zachodziły przesłanki do jego zastosowania. RKO, uwzględniając okoliczności popełnienia czynu, a w szczególności fakt przeprowadzenia przez zamawiającego rozeznania rynku przed udzieleniem zamówienia, jak również wyjątkową specyfikę przedmiotu zamówienia, a także dotychczasową niekaralność obwinionego postanowiła skorzystać z dyspozycji art. 36 uondfp.

Od powyższego orzeczenia odwołanie złożył obwiniony wnosząc o uchylenie orzeczenia komisji pierwszej instancji i uniewinnienie oraz o obciążenie kosztami postępowania Skarbu Państwa. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono:

- 1) błędną interpretację art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp, poprzez przyjęcie, że udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 2) błędne i niepełne zastosowanie art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych;
- 3) niezastosowanie definicji usług z art. 2 pkt 10 Pzp;
- 4) niezastosowanie art. 76 ust. 3 uondfp.

W uzasadnieniu odwołania obwiniony podtrzymał wcześniejsze stanowisko o spełnieniu przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp. Ponadto obwiniony zakwestionował ocenę komisji pierwszej instancji o tym, że *„przedmiot zamówienia nie stanowi dzieła lub działalności artystycznej i w jej wyniku nie powstał zindywidualizowany utwór, który mógł być wykonany tylko przez jednego wykonawcę”*. Zdaniem obwinionego przedmiot zamówienia stanowi utwór w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, oryginalny i niepowtarzalny od momentu jego wykonania. Obwiniony podkreślił, że wcześniej nie wykonano takiego opracowania i raportu dla miasta (...).

W dalszej części odwołania obwiniony zauważył, że wykonanie utworu mieści się w definicji usług opisanej w art. 2 pkt 10 Pzp, a tej definicji nie wzięła pod uwagę RKO, podobnie jak definicji utworu zamieszczonej w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

W końcowej części odwołania obwiniony podniósł, że w jego sprawie powinna znaleźć zastosowanie zasada *in dubio pro reo* wyrażona w art. 76 ust. 3 uondfp.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych - zwana dalej GKO - stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym. Ponadto stan faktyczny w sprawie nie jest sporny, a ustalenia faktyczne poczynione w toku wcześniejszego postępowania GKO uznaje za własne.

Podstawowym obowiązkiem GKO jest ustalenie czy w sprawie znajduje zastosowanie art. 24 ust. 1 uondfp, zgodnie z którym jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. W niniejszej sprawie do naruszenia doszło w dniu 3 sierpnia 2015 r. i do dnia orzekania uondfp – w zakresie dotyczącym rozpoznawanej sprawy - nie uległa zmianie. W odniesieniu do Pzp stwierdzić należy, że według stanu na dzień popełnienia czynu zastosowanie znajdował art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku udzielania zamówień w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. W dniu orzekania obowiązywał art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp, stosownie do którego zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówień w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Powyższa zmiana ma charakter redakcyjny i nie zmienia stanu prawnego, według którego oceniane będą okoliczności faktyczne, a to skutkuje obowiązkiem stosowania ustawy nowej.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, z którego zamawiający może skorzystać w ściśle określonych przypadkach, wskazanych w art. 67 ust. 1 Pzp i stanowiących katalog zamknięty. Stosownie do utrwalonego orzecznictwa przesłanki zastosowania przedmiotowego trybu nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający (wyrok NSA z dnia 1 października 2001 r., II SA 2802/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00). W trybie zamówienia z wolnej ręki nie dochodzi do porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich, a udzielanie zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą powoduje, że tryb ten pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W uchwale z dnia 6 lutego 2012 r., KIO/KD 13/12 Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do przesłanek zamówienia z wolnej

ręki określonych w art. 67 ust. 1 Pzp zwróciła uwagę, że jest to tryb udzielania zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Pozostałe orzecznictwo sądowe również wskazuje na konieczność ścisłej wykładni przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki, odrzucając możliwość dokonywania wykładni rozszerzającej (wyroki WSA z dnia 2 kwietnia 2009 r., V SA/Wa 2809/08, z dnia 24 marca 2009 r., V SA/Wa 3128/08, z dnia 26 lutego 2008 r., V SA/Wa 2403/07, z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05). Podkreślić należy, że w pełni zachowało swoją aktualność stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01 o tym, że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu.

Z powyższym koresponduje treść motywu 50 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE.L.2014.94.65), zgodnie z którym *„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”*.

Art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub

artystycznej. Z powyższego wynika, że dla zastosowania tego przepisu konieczne jest kumulatywne wystąpienie dwóch przesłanek:

- 1) możliwość wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę,
- 2) przedmiot zamówienia ma charakter twórczy lub artystyczny, a wykluczenie istnienia choćby jednej z nich eliminuje możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W niniejszej sprawie w opisie przedmiotu zamówienia wskazano, że przedmiotem zamówienia jest „*opracowanie strategii zrównoważonego rozwoju poprzez muzykę w związku (...)*”. Zamówienie to miało być zrealizowane „*... na obszarze miasta (...)*... w 2015 r.”. Z przytoczonego opisu wynika, że przedmiot zamówienia opisany został w taki sposób, że nie można na tej podstawie wnioskować o istnieniu w konkretnym miejscu i czasie tylko jednego wykonawcy zdolnego zrealizować zamówienie. W tym miejscu GKO podziela stanowisko RKO, zgodnie z którym „*Zamawiający nie sprecyzował swoich oczekiwań w zakresie cech przedmiotu zamówienia, które wskazywałyby na taki stopień zindywidualizowania, iż jego realizacja byłaby możliwa wyłącznie przez konkretnego wykonawcę.*”. Zdaniem RKO, obwiniony nie wykazał, że przedmiot zamówienia opisany w powyższy sposób może być wykonany tylko przez jednego wykonawcę, przy czym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest dokonanie wcześniejszego rozeznania rynku albowiem jego wynik nie musi być miarodajny. Zgodnie z poglądem orzecznictwa istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przesłanka jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki dotyczy sytuacji, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi (wyrok z dnia 16 lipca 2013 r., KIO 1560/13). W niniejszej sprawie indywidualizacja przedmiotu zamówienia odnosi się do miasta (...) oraz zamiaru wejścia tego miasta do grupy miast kreatywnych, a to nie uzasadnia przesłanki istnienia tylko jednego wykonawcy, zważywszy że nie ma przesłanek pozwalających uznać, iż opracowanie strategii zrównoważonego rozwoju przez muzykę mogłoby być wykonane przez jeden podmiot. W niniejszej sprawie prawidłowy tok postępowania polegałby na zastosowaniu jednego z trybów konkurencyjnych, tym bardziej, że nie było ku temu żadnych przeszkód.

Z powyższego wynika, że nie zaistniała jedna z dwóch przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp – zamówienie może być udzielone tylko jednemu

wykonawcy, co wyklucza konieczność badania przesłanki drugiej – przedmiot zamówienia ma charakter twórczy lub artystyczny.

Stosownie do art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu udzielania zamówienia publicznego z wolnej ręki. W świetle wyżej zaprezentowanych rozważań popełniony czyn wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w przywołanym przepisie.

Zgodnie z art. 4 pkt 2 uoondfp odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. W niniejszej sprawie kierownikiem tym jest (...), w dniu popełnienia czynu Dyrektor (...).

W myśl art. 19 ust. 2 uoondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Przepis ten stanowi, że warunkiem ponoszenia odpowiedzialności jest to, ażeby działanie lub zaniechanie wypełniające znamiona deliktów finansowych wymienionych w art. 5 – 18c uoondfp miało charakter zawiniony. O winie, będącej podmiotową podstawą odpowiedzialności można mówić, gdy uzasadnione jest postawienie sprawcy zarzutu popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Dla przypisania winy niezbędna jest obiektywna niewłaściwość, to znaczy bezprawność postępowania, polegająca na sprzeczności z ustawą (orzeczenie GKO z dnia 24 czerwca 2002 r., DF/GKO/Odw.-46/62/2002). W niniejszej sprawie trafnie zauważyła RKO, że udzielenie zamówienia wbrew wymogom art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp pozwala przypisać winę obwinionemu. Obwiniony mógł zgodnie z prawem udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Stosownie do art. 28 ust. 1 uoondfp nie dochodzi się naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomym, natomiast w myśl art. 28 ust. 1a uoondfp przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki ich naruszenia. W ocenie GKO naruszenie, którego dopuścił się obwiniony nosi znamiona szkodliwości wyższej niż znikoma. Obwiniony dopuścił się naruszenia jednej z fundamentalnych zasad, którymi rządzą się zamówienia publiczne – zasady

konkurencyjności, co przejawiało się udzieleniem zamówienia w trybie niekonkurencyjnym w warunkach braku przesłanek do jego zastosowania.

W tym stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.