



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

Warszawa, dnia 20 września 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Sławomir Franek
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki (spr.)
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 20 września 2018 r., zażalenia złożonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionych: (1) (zam. (...)) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Przewodniczącego Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej w (...), (2) (zam. ul. (...)) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Członka Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej w (...), na postanowienie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 23 marca 2018 r. sygn. akt: RKO/7100/13/18, którym Regionalna Komisja Orzekająca umorzyła postępowanie wobec Pana (1) oraz wobec Pana (2) obwinionych o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w myśl. art. 17 ust. 1 b pkt ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1458) dalej uondfp, poprzez udzielenie w dniu 1 kwietnia 2015 r. zamówienia

uzupełniającego w trybie z wolnej ręki o wartości 3.750.866,34 zł netto do zamówienia udzielonego na podstawie umowy nr 272.1.2014/KS z dnia 25 czerwca 2014 r. na realizację zadania pn. „Wykonywanie usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym organizowanym przez MZKP w (...)w latach 2014 – 2024”, pomimo braku spełnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie tego trybu zamówienia publicznego, ze względu na fakt zaniechania przewidzenia możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, co naruszać miało art. 67 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.);

czas popełnienia czynu jest tożsamy z dniem zawarcia aneksu nr 2 z dnia 1 kwietnia 2015 r. do powyższej umowy;
z powodu znikomego stopnia szkodliwości zarzucanego czynu,

Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa,

postanawia:

na podstawie art. 140a uondfp, utrzymuje w mocy zaskarżone postanowienie.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, dalej zwana „Regionalną Komisją Orzekającą” lub „RKO”, działając na podstawie art. 42 ust. 1, art. 46 pkt 4, art. 51 pkt 1 i art. 85 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1458 ze zm.) dalej uondfp, postanowieniem z dnia 23 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt RKO/7100/13/18, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2018 r., przy udziale stron sprawy z wniosku o ukaranie z dnia 9 lutego 2018 r., sygn. akt Rdfp.701/117/17, złożonego przez Zastępcę Rzecznika dyscypliny finansów publicznych, właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, Pana (...), dalej zwanego „Rzecznikiem”, na podstawie 78 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 uondfp umorzyła z powodu znikomego stopnia szkodliwości zarzucanego czynu postępowanie wobec **Pana (1)** (zam. (...)) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Przewodniczącego Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej w (...)oraz wobec **Pana (2)**(zam. ul. (...)) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Członka Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej

w (...) (dalej zwanych także „Obwinionymi”), obwinionych o naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, poprzez udzielenie w dniu 1 kwietnia 2015 r. zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki o wartości 3.750.866,34 zł netto do zamówienia udzielonego na podstawie umowy nr 272.1.2014/KS z dnia 25 czerwca 2014 r. na realizację zadania pn. „Wykonywanie usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym organizowanym przez MZKP w (...)w latach 2014 – 2024”, pomimo braku spełnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie tego trybu zamówienia publicznego, ze względu na fakt zaniechania przewidzenia możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, co naruszać miało art. 67 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp”.

RKO wskazała w treści postanowienia, że czas popełnienia czynu jest tożsamy z dniem zawarcia aneksu nr 2 z dnia 1 kwietnia 2015 r. do powyższej umowy.

Na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp RKO orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Na rozprawie przed RKO, przeprowadzonej 23 marca 2018 r., stawili się Rzecznik oraz Obwinieni wraz z obrońcą radcą prawnym (...).

Rzecznik podtrzymał wnioski o wymierzenie Obwinionym kary upomnienia.

Obrońca Obwinionych wniósł o uniewinnienie obu Obwinionych oraz wskazywał na znikomy stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, RKO dokonała następujących ustaleń faktycznych.

RKO ustaliła, po przeanalizowaniu zebranego w sprawie materiału dowodowego, że stan faktyczny sprawy nie budzi wątpliwości.

Zgodnie z poczynionymi przez RKO ustaleniami MZKP zawarł w dniu 25 czerwca 2014 r., w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umowę na wykonywanie usług przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym w okresie od 1 sierpnia 2014 r. do 31 sierpnia 2016 r. na kwotę 425.881.089,37 zł netto (459.951.576,52 zł brutto).

Do umowy tej zawarto również, m.in. aneks nr 2 z dnia 1 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonywania usług przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym, udzielając wykonawcy wspomnianego w poprzednim akapicie zamówienia podstawowego, zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki, mimo niespełnienia wymogów wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. braku zamieszczenia informacji o przewidywanym udzieleniu takich zamówień w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym. Rzecznik podał, że informacja o możliwości udzielania zamówień uzupełniających została zawarta jedynie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Wartość udzielonego zamówienia uzupełniającego wyniosła 3.750.866,34 zł netto, co wynika z przemnożenia zmian przewidywanych w umowie pierwotnej ilości wozokilometrów dla danego taboru przez stawkę za wozokilometr, o których mowa w § 1 aneksu nr 2.

W toku postępowania wyjaśniającego Obwinieni złożyli pisemne wyjaśnienia zwracając uwagę na następujące okoliczności.

Przede wszystkim Obwinieni podkreślili, że spełnione zostały niemal wszystkie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W kwestii zamieszczenia w ogłoszeniu podstawowym informacji o zamówieniach uzupełniających Obwinieni podali, że ogłoszenie o zamówieniu podstawowym zostało opublikowane w trzech miejscach – w siedzibie zamawiającego, na jego stronie internetowej oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej także „DzUUE”). Treść ogłoszenia z siedziby zamawiającego i jego strony internetowej zawierała wymaganą informację o zamówieniach uzupełniających. Przyczyną zaniechania zamieszczenia tej informacji w ogłoszeniu opublikowanym w DzUUE był brak odpowiedniej rubryki, w której można byłoby ją zawrzeć. Obwinieni stwierdzili, że nie można obarczać ich odpowiedzialnością za brak dostosowania treści formularza ogłoszenia do wymogów krajowego ustawodawstwa.

Obwinieni wyjaśnili następnie, że potrzeba udzielenia zamówienia uzupełniającego wyniknęła w trakcie realizacji umowy podstawowej i spowodowana była koniecznością uruchomienia dwóch dodatkowych linii autobusowych (208 i 142). Pierwsza z nich związana była z przystąpieniem Gminy (...) do Międzygminnego Związku Komunikacji Pasażerskiej, a druga – z wybudowaniem Hali Sportowej w (...).

Obwinieni stwierdzili kolejno, że działali z należytą starannością, co zgodnie z art. 19 ust. 2 uoandfp, wyłącza ich winę. Podkreślili, że przygotowanie dokumentacji zlecone zostało pracownikowi działu zamówień publicznych oraz radcy prawnemu, a zatem osobom posiadającym właściwe ku temu kwalifikacje. Niezależnie od tego podali również, że pozostawali w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu, co także skutkuje wyłączeniem możliwości przypisania im winy.

Finalnie Obwinieni zwrócili uwagę na znikomy stopień szkodliwości zarzucanego im czynu dla finansów publicznych. Wskazali, że ów czyn nie wywołał skutku finansowego, ponieważ wartość zamówienia uzupełniającego nie uległaby zmianie i została ujęta przy szacowaniu wartości całego zamówienia. W konsekwencji, zdaniem Obwinionych, przy ocenie stopnia szkodliwości należy wziąć pod uwagę art. 28 ust. 3 uoandfp, a zatem w szczególności wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Obwinionych waga naruszonego obowiązku jest niska, o czym świadczyć ma spełnienie prawie wszystkich przesłanek udzielenie zamówienia uzupełniającego. Co do okoliczności i sposobu popełnienia zarzucanego we wniosku czynu Obwinieni zwrócili uwagę na brak instrukcji wypełniania formularza ogłoszenia, zamieszczenie informacji o zamówieniach uzupełniających w SIWZ oraz na powierzenie przygotowania dokumentacji specjalistom. W zakresie sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców Obwinieni wskazali na uwzględnienie wartości zamówienia uzupełniającego w całkowitej wartości zamówienia oraz na okoliczność, że o udzielenie zamówienia podstawowego ubiegał się wyłącznie jeden wykonawca.

Obwinieni podkreślili również pozytywne skutki finansowe udzielenia zamówienia uzupełniającego, które nie wpłynęło na wzrost ceny usług dwóch linii autobusowych, z czym należałoby się liczyć udzielając zamówienia w jednym z konkurencyjnych trybów.

W podsumowaniu Obwinieni wnieśli o umorzenie postępowania wyjaśniającego.

Do wyjaśnień załączono dowody w postaci:

1. SIWZ dla zamówienia podstawowego z potwierdzeniem jego zamieszczenia w BIP;
2. ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczonego w BIP i DzUUE;

3. dokumentów dotyczących zgłoszenia zmian w statucie MZKP z załącznikami związanymi z przystąpieniem Gminy (...) do Związku;
4. artykułu prasowego dotyczącego otwarcia Hali Sportowej w (...)

Odnosząc ustalenia faktyczne do zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych skierowanych wobec Obwinionych we wniosku o ukaranie, RKO rozważyła, co następuje.

RKO dokonała oceny stanu prawnego sprawy w kontekście zasady wynikającej z art. 24 ust. 1 uondfp, zgodnie z którą jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawy.

W tej kwestii, w odniesieniu do przepisów ustawy Pzp, RKO podzieliła zaprezentowane przez Rzecznika we wniosku o ukaranie stanowisko, zgodnie z którym obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp opisujące przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie przewidują możliwości udzielania w tym trybie zamówień uzupełniających. Za poglądem tym przemawia również opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych pn.: „Zamówienia dodatkowe i zamówienia uzupełniające w przepisach przejściowych”, w której stwierdzono m.in., że „*Ustawa nowelizująca (ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 – przyp. RKO) zmieniła także przepisy z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, tj. dotyczące zamówień uzupełniających. Zamówienia uzupełniające zostały trwale usunięte z przepisów dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, a w ich miejsce wprowadzono zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz „dodatkowych dostawach”*. Oznacza to, że od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki [...]”. Kierując się przedstawionymi zapatrywaniami RKO uznała, że obecnie obowiązujący przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest dla Obwinionych mniej korzystny, zatem, na zasadzie art. 24 ust. 1 uondfp, zastosowanie miały przepisy Pzp obowiązujące w dacie popełnienia czynu, tj. 1 kwietnia 2015 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Z kolei w kwestii przepisów uondfp stan prawny, tak w dacie orzekania, jak i w dacie popełnienia czynu, nie uległ zmianie.

Odnosząc się do meritum sprawy RKO stwierdziła, że bezspornie doszło do udzielenia zamówienia uzupełniającego, pomimo braku informacji o takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym. Zdaniem RKO, za wzmiankowane naruszenie winę ponoszą Obwinieni, a należy jej upatrywać w braku zweryfikowania dopuszczalności udzielenia zamówienia uzupełniającego pod kątem przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. RKO nie uwzględniła przy tym zaprezentowanej w wyjaśnieniach argumentacji, zgodnie z którą okoliczność ekskulpacyjną miało stanowić powierzenie przygotowania dokumentacji postępowania profesjonalistom. Należy mieć bowiem na względzie, że od osób podejmujących decyzje w imieniu podmiotów, które dysponują środkami publicznymi można wymagać znajomości zasad udzielania zamówień publicznych, będących podstawowym sposobem wydatkowania wspomnianych środków.

RKO uznała, że pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności Obwinionych były wielokrotnie powtarzane w treści złożonych wyjaśnień twierdzenia o niedostosowaniu formularza ogłoszenia o zamówieniu do wymagań ustawy Pzp i związanym z tym brakiem miejsca na zawarcie w ogłoszeniu informacji o zamówieniach uzupełniających. Z przebiegu

rozprawy wynika bowiem, że Obwinieni zdawali sobie sprawę z możliwości zamieszczenia niezbędnych informacji w treści ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, a rzeczywistą przyczyną zaniechania dopełnienia tego obowiązku były problemy techniczne towarzyszące próbom wprowadzenia do wzoru formularza ogłoszenia stosownych informacji (protokół z rozprawy, str. 2-3).

Niemniej jednak RKO uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania wobec Obwinionych na zasadzie art. 78 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 uoandfp.

Odnosząc się do przesłanek oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych popełnionego przez Obwinionych czynu RKO wzięła pod uwagę bezsporne fakty, że spełnione zostały przesłanki udzielenia zamówienia uzupełniającego odnoszące się do okresu, w którym może zostać udzielone takie zamówienie, tożsamości podmiotowej wykonawcy, wartości zamówienia uzupełniającego, która – co również istotne – została uwzględniona przy szacowaniu wartości całego zamówienia (zgodnie z przepisem art. 32 ust. 3 ustawy Pzp), a nadto nie była znaczna (w relacji do wartości całego zamówienia), oraz zgodności przedmiotu zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym. W kwestii niezamieszczenia informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w sposób przewidziany w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (tj. de facto braku spełnienia jedynej przesłanki, o której mowa w przywołanym przepisie) Regionalna Komisja Orzekająca miała na względzie, że okoliczność taka została jednak uwzględniona przy wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego (vide Rozdział V SIWZ), wobec czego każdy zainteresowany wykonawca mógł bez trudu dowiedzieć się o takiej ewentualności.

Oceniając okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinionych RKO miała na uwadze, że u jego podstaw leżała przyczyna o charakterze stricte technicznym, o której – jak wynika z uwzględnionych przez Regionalną Komisję Orzekającą wyjaśnień Obwinionych złożonych na rozprawie – dowiedzieli się dopiero w toku kontroli w MZKP, będącej podstawą zawiadomienia o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (protokół z rozprawy, str. 2). Ponadto RKO, w odniesieniu do obwinionego (1), uznała, że zatwierdzając SIWZ dla zamówienia podstawowego, w której – jak wspomniano – przewidziano możliwość udzielania zamówień uzupełniających, miał uzasadnione podstawy do przyjęcia, że tożsama informacja zawarta została również w ogłoszeniu dla tego zamówienia. Z kolei w przypadku obwinionego (2) okolicznością przemawiającą, zdaniem RKO, na jego korzyść było pełnienie w dacie zarzucanego mu czynu funkcji pozaetatowego członka Zarządu MZKP i związany z tym brak bieżącej kontroli nad podejmowanymi przez osoby zatrudnione w MZKP działaniami.

Finalnie, w ocenie RKO, nie należy pomijać okoliczności, że przedmiotem zamówienia uzupełniającego nie było zaspokojenie potrzeb samego zamawiającego (MZKP), ale realizacja jego podstawowych zadań statutowych, do których – zgodnie z § 7 ust. 1 i 2 statutu MZKP (tekst jednolity po zmianach opublikowanych w Dz. Urz. Woj. Śląskiego poz. 4089 z 17 lipca 2014 r.) – należy zaspokajanie potrzeb mieszkańców zrzeszonych gmin w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, realizowane m.in. przez organizację lokalnego transportu zbiorowego na obszarze gmin będących członkami MZKP. Zamówienie uzupełniające stanowiło odpowiedź na zmieniające się potrzeby społeczności lokalnej, wynikające z rozszerzenia kręgu członków MZKP o kolejną gminę i zapewnienia komunikacji z nowym budynkiem użyteczności publicznej (zob. załączniki nr 3 i 4 do wyjaśnień Obwinionych).

Odwołanie od postanowienia RKO wniesione przez Rzecznika.

Rzecznik pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. (data wpływu do RKO 24 kwietnia 2018 r.), na podstawie art. 137 ust. 5 uoondfp, wniósł odwołanie od postanowienia RKO z dnia 23 marca 2018 r., sygn. akt RKO/7100/13/18 na niekorzyść Obwinionych, wnosząc o uchylenie postanowienia RKO oraz przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO.

W uzasadnieniu odwołania Rzecznik wskazał, że wpłynęło do niego zawiadomienie LKA.411.001.01.2016/1/16/01 z dnia 9 października 2017 r. o okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Międzygminnym Związku Komunikacji Pasażerskiej w (...), złożone przez Dyrektora Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w (...). Postanowieniem z dnia 31 października 2017 r. Rzecznik wszczął postępowanie wyjaśniające, które pozwoliły ustalić następujący stan faktyczny:

MZKP w (...)zawarł w wyniku postępowania przetargowego umowę w dniu 25 czerwca 2014 r. na wykonywanie usług przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym w okresie od 1 sierpnia 2014 r. do 31 sierpnia 2016 r, na kwotę 425.881.089,37 zł netto (459.951.576,52 zł brutto).

Do umowy powyższej MZKP zawarł m.in. aneks nr 2 z 1 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonywania usług przewozu osób w publicznym transporcie zbiorowym, udzielając wykonawcy, w trybie z wolnej ręki, zamówienia uzupełniającego zamówienie podstawowe objęte ww. umową, mimo niespełnienia wymogów art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. braku zamieszczenia informacji o przewidywanym udzieleniu takich zamówień w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, co było niezbędnym warunkiem dla zlecenia takich usług w tym trybie. Wartość zamówienia uzupełniającego wynosiła netto 3.750.866,34 zł. Wartość zamówienia dodatkowego w powyższej kwocie wynika z przemnożenia zmian przewidywanych w umowie pierwotnej ilości wozokilometrów dla danego taboru przez stawkę za wozokilometr, o których mowa w § 1 aneksu nr 2 do umowy podstawowej.

Jak wyjaśnił Rzecznik w treści uzasadnienia odwołania informacja o możliwości udzielania zamówień uzupełniających została zawarta jedynie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Członek Zarządu oraz Przewodniczący Zarządu MZKP w wyjaśnieniu potwierdzili, że brak było informacji o zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu przesłanym Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, gdyż we wzorze ogłoszenia o zamówieniu publicznym (o wartości unijnej) nie ma takiej rubryki by, tak jak w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym w Biuletynie Zamówień Publicznych, zaznaczyć przewidywane zamówienie uzupełniające, tłumacząc nieokreślenie tej informacji brakiem doświadczenia lub przeoczeniem.

W ocenie Rzecznika przedstawiony stan faktyczny wyczerpuje znamiona naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w przepisie art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

RKO umorzyła wobec Obwinionych postępowanie z powodu znikomego stopnia szkodliwości zarzucanego czynu, tj. na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 28 ust. 1 uoondfp. Analizując treść uzasadnienia postanowienia o umorzeniu postępowania, a w szczególności opis przesłanek, na których RKO oparła przekonanie o zaistnieniu podstaw do umorzenia postępowania, Rzecznik stwierdził nieprawidłowe wykonanie przez Komisję obowiązków, które wynikają z przywołanego powyżej art. 28 uoondfp. Rzecznik podniósł, że art. 28 ust. 3 uoondfp zawiera przesłanki, które organ prowadzący postępowanie w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych musi uwzględnić, rozważając umorzenie postępowania z powodu znikomego stopnia szkodliwości zarzucanego czynu, w zakresie czynów dotyczących zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym przepisem, przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie wywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a uondfp - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Zatem ustawodawca wprowadził przesłankę szczególną oceny istnienia podstaw do umorzenia postępowań w zakresie czynów na płaszczyźnie zamówień publicznych, która jako dedykowana wyłącznie do tej grupy czynów powinna być przez Regionalną Komisję Orzekającą analizowana w pierwszej kolejności.

W ocenie Rzecznika z treści uzasadnienia postanowienia o umorzeniu postępowania nie wynika, ażeby RKO dokonała rozpatrzenia zarzucanego Obwinionym czynu przez pryzmat art. 78 ust. 3 uondfp. W ocenie Rzecznika, czyn zarzucany Obwinionym stanowi przykład rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż tak należy postrzegać sytuację, w której doszło do bezprawnego wyłączenia konkurencyjności, wskutek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zostały spełnione wszystkie enumeratywnie wyliczone przesłanki warunkujące zastosowanie trybu bezkonkurencyjnego udzielenia zamówienia. Dokonanie oceny badanego stanu faktycznego w świetle ww. przesłanki umorzenia postępowania powinno stanowić podstawę do stwierdzenia braku podstaw do zastosowania instytucji „umorzenia postępowania” w zakresie zarzucanego Obwinionym czynu.

Nieprawidłowe dokonanie przez Komisję, przewidzianej w art. 78 ust. 3 uondfp, oceny podstaw do zastosowania instytucji „umorzenia postępowania z powodu znikomego stopnia szkodliwości zarzucanego czynu” stanowi, w ocenie Rzecznika, poważne uchybienie, wymagające dokonania ponownej oceny badanego stanu faktycznego przez RKO.

Odpowiedzi na odwołanie wniesione przez obrońcę Obwinionych.

Obrońca Obwinionych sformułował w pismach z dnia 11 września 2018 r. (data wpływu do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych 13 września 2018 r.) niemal tożsame, co do treści, odpowiedzi Obwinionych na odwołanie wniesione przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 24 kwietnia 2018 roku, doręczone obrońcy Obwinionych w dniu 28 sierpnia 2018 r., wnosząc o:

- 1) utrzymanie w mocy zaskarżonego postanowienia Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 23 marca 2018 roku,
- 2) obciążenie Skarb Państwa kosztami niniejszego postępowania.

W ocenie Obwinionych, zarzuty Rzecznika sformułowane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ RKO dokonała kompleksowej wykładni przesłanek opisanych w art. 28 uondfp, dochodząc w konsekwencji do uznania, że uzasadniają one przyjęcie znikomego stopnia szkodliwości czynu i umorzenie postępowania wobec Obwinionych. Obwinieni podnieśli, że dokonana przez RKO ocena podstaw do zastosowania instytucji umorzenia postępowania, jak obrazuje uzasadnienie zaskarżonego postanowienia jest wnikliwa i wyczerpująca, obejmuje całokształt przesłanek wskazanych w art. 28 uondfp, a zatem odpowiada ona w pełni wymogom stawianym jej przez przepisy prawa. Tym samym odwołanie wniesione przez Rzecznika jest bezzasadne, a zaskarżone postanowienie RKO z dnia 23 marca 2018 roku winno zostać utrzymane w mocy.

W pierwszej kolejności Obwinieni wskazali, że przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych bierze się pod uwagę różne okoliczności, w zależności od tego czy naruszenie wywołuje skutek finansowy, czy też nie wywołuje. Jednakże niezależnie od faktu czy naruszenie pociąga za sobą skutek finansowy czy nie zgodnie z art. 28 uonpdf przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości każdorazowo uwzględnia się następujące czynniki ogólne: wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia. Obwinieni podkreślili, że, jak wprost wynika z uzasadnienia zaskarżonego postanowienia, RKO ustalając stopień społecznej szkodliwości czynu w niniejszej sprawie oddzielnie analizowała każdą z w/w podstaw, a zatem twierdzenia podnoszone w odwołaniu, jakoby RKO dokonała nieprawidłowej oceny pozostają bezzasadne.

Odnosząc się zatem po pierwsze do czynnika, jakim jest waga naruszonego obowiązku zaznaczyć należy, na co RKO słusznie zwróciła uwagę, że spełnione zostały przesłanki udzielenia zamówienia uzupełniającego odnoszące się do okresu, w którym może zostać udzielone takie zamówienie (zachowano termin 3 lat), tożsamości podmiotowej wykonawcy, wartości zamówienia uzupełniającego, która co istotne zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp została uwzględniona przy szacowaniu wartości całego zamówienia, a nadto nie była znaczna, albowiem stanowiła niecały 1% wartości zamówienia podstawowego (wartość zamówienia podstawowego wynosiła 425 881 089,37 zł, a zamówienie uzupełniającego 3 750 866,34 zł) oraz istniała zgodność przedmiotu zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym.

Odnosząc natomiast do ostatniej przesłanki umożliwiającej zastosowanie trybu zamówienia uzupełniającego, tj. zamieszczenie informacji o przewidywanych zamówieniach w sposób przewidziany w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w odpowiedzi na odwołanie Rzecznika podkreślono, że treść ogłoszenia zamieszczonego w SIWZ, która była wyłożona w siedzibie zamawiającego oraz treść ogłoszenia opublikowanego na stronie internetowej zamawiającego zawierały takie informacje, a zatem każdy zainteresowany wykonawca bez najmniejszego problemu był w stanie dowiedzieć się o takiej ewentualności. Tym samym naruszono jedynie obowiązek polegający na niezamieszczeniu niniejszej informacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co nie zostało wykonane wyłącznie z przyczyn technicznych, tj. braku odpowiedniej rubryki do zamieszczenia ogłoszenia. Zdaniem Obwinionych waga naruszonych obowiązków uzasadnia przyjęcie, że w niniejszej sprawie stopień społecznej szkodliwości czynu jest znikomy, albowiem zamawiający wypełnił wszystkie pozostałe ciężące na nim obowiązki, a wobec faktu zamieszczenia informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w SIWZ każdy zainteresowany wykonawca mógł bez trudu dowiedzieć się o ewentualności udzielenia zamówienia uzupełniającego, zwłaszcza że jak wskazują zasady doświadczenia życiowego i zasady logiki każdy zainteresowany wykonawca uprzednio przed ubieganiem się o udzielenie zamówienia, w szczególności o tak dużej wartości dokładnie i wnikliwie zapoznaje się z podstawowym dokumentem, jakim jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Według Obwinionych trudno bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której potencjalny wykonawca ubiegający się o zamówienie nie zapoznaje się z dokumentem jakim jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia i nie weryfikuje m.in. przesłanek udzielenia zamówienia. Natomiast w sytuacji, gdy potencjalny wykonawca zapoznał się z SIWZ miał on wiedzę o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego. Powyższe jednoznacznie pozwala przyjąć, iż waga naruszonego przez Obwinionego obowiązku, mając na uwadze wypełnienie wszystkich pozostałych obowiązków uzasadnia przyjęcie, że stopień społecznej szkodliwości czynu jest znikomy.

Dalej Obwinieni podnieśli, że również okoliczności i sposób naruszenia wskazują na znikomy stopień społecznej szkodliwości, albowiem jak podnoszono u podstaw

niezamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej legła wyłącznie przyczyna o charakterze stricte technicznym, polegająca na niemożności wprowadzenia do wzoru formularza ogłoszenia stosownych informacji, a to z uwagi na brak możliwości wpisania zamówień dodatkowych do formularza (brak stosownych rubryk w formularzu i niemożliwość ingerencji w pola formularza).

W zakresie dotyczącym Obwinionego (1) w odpowiedzi na odwołanie wskazano na następujące okoliczności.

Obwiniony (1) powierzył wykonanie tych obowiązków wykwalifikowanemu pracownikowi, w tym radcy prawnemu zajmującemu się zamówieniami publicznymi. Obwiniony weryfikował dokładnie dokumentację dotyczącą udzielenia zamówienia, w tym SIWZ, w którym przewidziano możliwość udzielania zamówień uzupełniających, natomiast pracownicy byli zobowiązani uzupełnić formularz ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w sposób uwzględniający całość informacji zamieszczonych w SIWZ. Pracownicy Zamawiającego nie przekazywali Obwinionemu informacji o problemach w wypełnieniu formularza, a przekazali mu jedynie informację, że ogłoszenie zostało opublikowane. Za słuszne uznać należy stanowisko RKO, że w tych okolicznościach Obwiniony miał uzasadnione podstawy do przyjęcia, że tożsama informacja zawarta w SIWZ została również zamieszczona w ogłoszeniu dla tego zamówienia.

Obwiniony (1) wskazał także, że pomimo, iż dokumentacja była weryfikowana przez Obwinionego na tamtym etapie nie dostrzeżono owego braku, dopiero podczas kontroli Najwyższej Izby Kontroli w roku 2015, a więc po udzieleniu zamówienia uzupełniającego Obwiniony (1) jako kierownik jednostki dowiedział się o braku zamieszczenia informacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i problemach technicznych związanych z jego wypełnieniem.

Obwiniony (1) chciał, aby fakt zamówień dodatkowych był uwzględniony w dokumentacji, co potwierdza sama dokument SIWZ, który był wnikliwie weryfikowany oraz następnie zatwierdzony przez Obwinionego, a w którym uwzględniono fakt udzielenia zamówienia uzupełniającego (rozdział V SIWZ). Intencją Obwinionego (1) jako Przewodniczącego MZKP w żadnym wypadku zatem nie było naruszenie przepisów poprzez niezamieszczenie informacji o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego, bowiem w takiej sytuacji informacje te nie zostałyby nigdzie zamieszczone. Powyższe jednoznacznie świadczy, iż intencją Obwinionego (1) było udzielenie zamówienia uzupełniającego zgodnie z przepisami prawa, jednak wobec powierzenia wykonania zadania profesjonalistom, braku jakichkolwiek informacji o problemach związanych z wypełnieniem formularza, a zamieszczeniem owej informacji w SIWZ uznać należy, iż Obwiniony (1) dołożył należytej staranności przy wypełnianiu swoich obowiązków, gdyż miał uzasadnione podstawy do przyjęcia, że tożsama informacja zawarta została również w ogłoszeniu dla tego zamówienia. Nadto nie można zapominać, iż całość dokumentacji była weryfikowana przez Obwinionego (1) w celu weryfikacji, czy zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia dodatkowego, jednak nie dostrzeżono wówczas owego braku. Biorąc pod uwagę powyższe trudno uznać, iż działanie Obwinionego cechowało się wyższym niż znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu.

W zakresie dotyczącym Obwinionego (2) w odpowiedzi na odwołanie wskazano na następujące okoliczności.

Obwiniony (2) powierzył wykonanie tych obowiązków wykwalifikowanemu pracownikowi, w tym radcy prawnemu zatrudnionemu w spółce, zajmującemu się zamówieniami publicznymi. Obwiniony wraz z Przewodniczącym MZKP (Obwinionym (1)) weryfikował dokładnie

dokumentację dotyczącą udzielenia zamówienia, w tym SIWZ, w którym przewidziano możliwość udzielania zamówień uzupełniających, natomiast pracownicy byli zobowiązani uzupełnić formularz ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w sposób uwzględniający całość informacji zamieszczonych w SIWZ. Pracownicy Zamawiającego nie przekazywali Obwinionemu (2) ani Przewodniczącemu informacji o problemach w wypełnieniu formularza, a przekazali im jedynie informację, że ogłoszenie zostało opublikowane. Za słuszne uznać należy stanowisko RKO, że w tych okolicznościach istniały uzasadnione podstawy do przyjęcia, że tożsama informacja zawarta w SIWZ została również zamieszczona w ogłoszeniu dla tego zamówienia. Obwiniony (2) podkreślił, że pomimo, iż dokumentacja była weryfikowana na tamtym etapie nie dostrzeżono owego braku, a dopiero podczas kontroli Najwyższej Izby Kontroli w roku 2015, a więc po udzieleniu zamówienia uzupełniającego Obwinieni dowiedzieli się o braku zamieszczenia informacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i problemach technicznych związanych z jego wypełnieniem. Obwiniony (2) podniósł ponadto, że w dacie zarzucanego mu czynu jako wójt jednej z gmin zrzeszonych w MZKP pełnił funkcję pozaetatowego członka Zarządu MZKP, nie posiadał wynagrodzenia za pełnienie funkcji, a informacje o działalności MZKP otrzymywał wyłącznie na posiedzeniach MZKP. Tym samym Obwiniony (2) jako pozaetatowy członek Zarządu MZKP, sprawujący funkcję wójta jednej z gmin nie mógł sprawować bieżącej kontroli nad podejmowanymi przez osoby zatrudnione w MZKP działaniami.

Obwiniony (2) chciał, aby fakt zamówień dodatkowych był uwzględniony w dokumentacji, co potwierdza treść SIWZ wnikliwie weryfikowana oraz następnie zatwierdzona, zarówno przez Obwinionego (2) jak i Przewodniczącego MZKP (Obwinionego (1)), a w którym uwzględniono fakt udzielenia zamówienia uzupełniającego (rozdział V SIWZ). Intencją Obwinionego (2) jako Członka Zarządu MZKP w żadnym wypadku zatem nie było naruszenie przepisów poprzez niezamieszczenie informacji o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego, bowiem w takim przypadku informacje te nie zostałyby nigdzie zamieszczone. Powyższe jednoznacznie świadczy, iż intencją Obwinionego (2) było udzielenie zamówienia uzupełniającego zgodnie z przepisami prawa, jednak wobec powierzenia wykonania zadania profesjonalistom, braku jakichkolwiek informacji o problemach związanych z wypełnieniem formularza, a zamieszczeniem owej informacji w SIWZ uznać należy, iż Obwiniony (2) dołożył należytej staranności przy wypełnianiu swoich obowiązków, gdyż miał uzasadnione podstawy do przyjęcia, że tożsama informacja zawarta została również w ogłoszeniu dla tego zamówienia. Nie należy również zapominać, iż całość dokumentacji była weryfikowana w celu stwierdzenia, czy zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia dodatkowego, jednak nie dostrzeżono wówczas owego braku. Biorąc pod uwagę powyższe trudno uznać, iż działanie Obwinionego (2) cechowało się wyższym niż znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu.

W odpowiedzi na odwołanie wskazano także, że konieczność udzielenia zamówienia uzupełniającego stanowiła realizację podstawowych zadań statutowych MZKP, do których należy zaspokajanie potrzeb mieszkańców zrzeszonych gmin w zakresie lokalnego transportu zbiorowego, realizowane m.in. przez organizację lokalnego transportu zbiorowego na obszarze gmin będących członkami MZKP, a nie zaspokojenie potrzeb samego zamawiającego. Na udzieleniu zamówienia uzupełniającego zyskała wyłącznie ludność miejscowa, która uzyskała dodatkowe połączenia. Przedmiot zamówienia uzupełniającego nie mógł zostać objęty zamówieniem podstawowym, gdyż w dacie udzielenia zamówienia podstawowego nie istniała konieczność uruchomienia dwóch linii autobusowych, które były przedmiotem zamówienia uzupełniającego. Potrzeba to powstała dopiero później na skutek przystąpienia nowego członka, tj. Gminy (...) do Międzygminnego Związku Komunikacji

Pasażerskiej oraz zapewnienia komunikacji ludności miejscowej z nowym budynkiem użyteczności publicznej - Halą Sportową. Tym samym również okoliczności towarzyszące naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, a to działanie dla dobra miejscowej ludności uzasadniają przyjęcie, iż stopień społecznej szkodliwości był znikomy.

Kolejno dokonując analizy dalszych przesłanek Obwinieni wyjaśnili, że zarzucany czyn nie wywołał skutku finansowego, ponieważ niezależnie od tego, czy dane o zamówieniu uzupełniającym zostałyby zamieszczone w formularzu podlegającym ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wartość zamówienia uzupełniającego nie uległaby zmianie. Powyższe wprost potwierdza sam SIWZ, w którym przy szacowaniu wartości zamówienia uwzględniono również wartość zamówienia uzupełniającego, a wartość rzeczywiście udzielonego zamówienia uzupełniającego nie była wyższa od wartości szacowanej.

Tym samym zdaniem Obwinionego w niniejszym przypadku nie może być mowy o jakimkolwiek uszczupleniu środków publicznych, a wręcz odwrotnie udzielenie zamówienia uzupełniającego temu samemu podmiotowi pociągnęło za sobą pozytywne skutki finansowe, bowiem nie wpłynęło to na wzrost ceny usług dwóch linii autobusowych objętych przedmiotem zamówienia uzupełniającego. W sytuacji udzielenia zamówienia MZKP mógłby z całą pewnością liczyć się z wyższą ceną niż szacowana, ponieważ, co logiczne, jeśli wykonawca wykonuje dużą ilość usług to zawsze jego oferta będzie korzystniejsza cenowo niż oferta złożona na jedną wybiórczą linię, albowiem zupełnie inaczej wygląda kalkulowanie marży na danej usłudze, co jest zresztą oczywiste ze strony ekonomicznej. Tym samym mając na uwadze, iż MZKP nie otrzymałby korzystniejszej oferty cenowej to uwzględniając okoliczność osiągnięcia pozytywnych skutków dla finansów publicznych przez pryzmat szkodliwości czynu z całym przekonaniem oświadczyć należy, iż naruszenie to cechowało się znikomym stopniem społecznej szkodliwości.

W tym kontekście przytoczone zostało przez Obwinionych orzeczenie GKO z dnia 26 listopada 2012 roku, BDF1.4900.102.101.12.2972: *„Oceniając szkodliwość naruszenia w przypadku naruszeń określonych w art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 168) najistotniejsze są sposób i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a także skutki naruszenia. Uwzględniono zatem w szczególności, że wybrany do wykonania zamówienia dodatkowego wykonawca przyjął do wykonania zamówienie na warunkach zamówienia podstawowego. Zamówienie podstawowe zlecone zostało po przeprowadzeniu najbardziej konkurencyjnego trybu postępowania o zamówienie publiczne, a wybór najkorzystniejszej oferty doprowadził do zawarcia umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą oferującym najniższą cenę wykonania. Tym samym, zachowanie tych samych cen za wykonanie zamówienia w postępowaniu z wolnej ręki może być uznane za ekonomicznie uzasadnione, a oceniając ten argument przez pryzmat szkodliwości czynu dla finansów publicznych, to można z pełnym przekonaniem przyjąć, że zamawiający w kolejnym konkurencyjnym postępowaniu nie otrzymałby korzystniejszej cenowo oferty.”*

Podobne stanowisko zajęła również Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 6 marca 2017 roku, BDF1.4800.96.2016: *„Szkodliwość czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 168 ze zm.), a więc 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, jest znikoma dla finansów publicznych, jeżeli obwiniony*

wykorzystał okoliczność podpisania umowy na wartość znakomicie niższą od szacowanych kosztów zamówienia, udzielając zamówienia uzupełniającego nieznacznie przekroczył jego wartość określoną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kierował się w tym zakresie racjonalnymi przesłankami możliwości wykonania prac przy jednorazowych utrudnieniach dla okolicznych mieszkańców, nie zostało wykazane, że zlecenie dodatkowych robót nastąpiło po wygórowanych cenach tym bardziej, jeżeli oferta przedsiębiorcy na zamówienie podstawowe była znacznie niższa niż szacunki zamawiającego, a wykonanie dodatkowych prac znacząco poprawiło warunki komunikacyjne dla mieszkańców osiedla wdanym rejonie.”

W świetle powyższego według oceny Obwinionych, z uwagi na to, że czyn nie wywołał skutków finansowych przy ocenie stopnia szkodliwości czynu nie mają zastosowania przesłanki wskazane w art. 28 ust. 2 uondfp, a przesłanki wskazane w ust. 3. Tym samym odnosząc się do przesłanki polegającej na sposobie naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców wskazać należy iż nie została ona w żaden sposób naruszona, albowiem wartość zamówienia uzupełniającego została uwzględniona przy szacowaniu wartości zamówienia, a ofertę swoją zgłosił wyłącznie jeden podmiot, czyli Konsorcjum (...). Sam fakt niezamieszczenia informacji o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w sytuacji gdy zostało ono uwzględnione w SIWZ zdaniem Obwinionych nie narusza zasady równego traktowania czy zasady konkurencji, albowiem każdy zainteresowany wykonawca mógł bez problemu o takiej ewentualności się dowiedzieć, zwłaszcza że jak podnoszono powyżej trudno sobie wyobrazić, aby potencjalny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, nie zapoznaje się z tak istotnym dokumentem jakim jest SIWZ, a zapoznając się z SIWZ siłą rzeczy musiał być świadomy owej okoliczności. Tym samym zdaniem Obwinionych fakt niezamieszczenia informacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie miał znaczenia dla potencjalnych zainteresowanych wykonawców, gdyż w sytuacji rzeczywistego zainteresowania o owej okoliczności dowiedzieliby się oni z SIWZ, a zatem zasada równego traktowania czy uczciwej konkurencji nie została naruszona.

Zdaniem Obwinionych nie można natomiast na niniejszy czyn patrzeć w ten sposób, że wobec niezamieszczenia informacji o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej brak było w ogóle podstaw do udzielenia zamówienia uzupełniającego, co automatycznie oznacza naruszenie zasady równego traktowania i zasady konkurencyjności. Nie można bowiem tracić z pola widzenia okoliczności, że niemal wszystkie przesłanki przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, a warunkujące w tamtym okresie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego zostały spełnione (termin udzielenia zamówienia uzupełniającego, wartość udzielonego zamówienia uzupełniającego, tożsamość podmiotowa wykonawcy, tożsamość objawiająca się powtórzeniem tego samego rodzaju zamówień oraz zgodność przedmiotu zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego). Natomiast odnosząc się do wymogu ogłoszenia wskazać należy, iż zostało ono ogłoszone w trzech miejscach: w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, przy czym jedynie treść ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie zawierała informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, a w pozostałych miejscach dane te zostały zamieszczone. Tym samym zdaniem Obwinionych nie można przyjąć, że wobec niezamieszczenia stosownej informacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej koniecznym było zastosowanie trybu konkurencyjnego, a wobec jego niezastosowania automatycznie doszło

do złamania zasady równego traktowania i zasady konkurencyjności. Zdaniem Obwinionych takie rozumowanie jest całkowicie błędne, gdyż nie można tracić z pola widzenia, iż wszystkie pozostałe przesłanki warunkujące możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego zostały spełnione, a nie dopełniono wyłącznie przesłanki stricte technicznej, a mając na uwadze, iż o udzielenie zamówienia podstawowego ubiegał się wyłącznie jeden podmiot to wskutek niezamieszczenia owej informacji w ogłoszeniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania czy uczciwej konkurencji.

Według Obwinionych nie można również tracić z pola widzenia skutków finansowych zamówienia, ponieważ w sytuacji udzielenia zamówienia w trybie przetargowym MZKP mógłby z całą pewnością liczyć się z wyższą ceną niż szacowana, albowiem ekonomicznie niemożliwym jest aby oferta cenowa złożona na jedną wybiórczą linię była niższa od ceny wykonawcy świadczącego usługi na większej ilości linii, albowiem zupełnie inaczej wygląda kalkulowanie marży na danej usłudze. Tym samym zdaniem Obwinionych mając na uwadze powyższe okoliczności nie sposób uznać, że fakt niezamieszczenia owej informacji w ogłoszeniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miał wpływ na zasadę uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.

Obwinieniu wyjaśnili, że za powyższym stanowiskiem opowiada się sam ustawodawca, co wynika z obranego przez niego kierunku nowelizacji przepisów umożliwiającego w coraz większym zakresie zlecenie przez jednostki sektora finansów publicznych zamówień z wolnej ręki (tzw. zamówień in house) z pominięciem trybu przetargowego. Podkreślić natomiast należy, iż powyższe koreluje z niniejszą sytuacją, gdyż Liderem wykonawcy jest spółka (...), a jej jedynym udziałowcem jest właśnie Sp. z o.o. z siedzibą w (...). Obecne nowelizacje przepisów wprowadzające na coraz większą skalę możliwość zlecenia wykonania zadań zależnym od siebie spółkom zamiast udzielać zamówień na wolnym rynku w konkurencyjnych trybach - jednoznacznie wskazują, iż intencją ustawodawcy nie jest karanie takiego działania, a wręcz przeciwnie - rozpowszechnienie takich sytuacji poprzez stworzenie dla nich właściwych ram prawnych.

Jak podkreślali Obwinieni w niemal tożsamym stanie faktycznym i prawnym MKO po ponownym rozpoznaniu sprawy na skutek uchylecia orzeczenia przez GKO - uniewinniła obwinionego od naruszenia dyscypliny finansów publicznych, przesądzając o braku jego winy. (orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2015 roku, sygn. akt BDF1/4900/93/95/14).

Według Obwinionych Regionalna Komisja Orzekająca wnikliwie analizowała każdą z przesłanek, którą przepisy prawa nakazują brać pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu. Komisja bowiem poddała ocenie zarówno wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności czynu, w tym również sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, a więc wszystkie zdarzenia, które miały wpływ na popełnienie czynu i motywów działania oraz skutki dla naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Komisja w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia wnikliwie i maksymalnie szeroko uzasadniła tok rozumowania, który doprowadził do wniosku w postaci umorzenia postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu. Uzasadnienie zaskarżonego postanowienia zawiera faktyczne i prawne aspekty sprawy i przedstawia logiczny proces, który doprowadził do określonej oceny, umożliwiając zbadanie prawidłowości rozumowania komisji I instancji.

Tym samym twierdzenia podnoszone w odwołaniu, jakoby ocena dokonana przez Komisję była nieprawidłowa są bezzasadne, gdyż ocena ta była dokonana zgodnie z wytycznymi wynikającymi z przepisów prawa, a sam efekt finalny, polegający na uznaniu, że przesłanki

wskazują na znikomy stopień społecznej szkodliwości uzasadniający umorzenie postępowania należy do organu orzekającego i brak jest podstaw do jego kwestionowania w sytuacji przeprowadzenia wnikliwej oceny wszystkich wymaganych prawem przesłanek.

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

Po przeprowadzeniu w dniu 20 września 2018 r. rozprawy przy udziale Obwinionych i obrońcy Obwinionych radcy prawnego (...) oraz Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, , na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, postanowiła utrzymać w mocy zaskarżone postanowienie RKO.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca podjęła działania w celu ustalenia, z jakiego środka zaskarżenia skorzystał w istocie Rzecznik. Na pytanie składu orzekającego GKO rozpoznającego sprawę Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych stwierdziła, że pomimo, że pismo Rzecznika zostało określone jako odwołanie od postanowienia RKO pismo to spełnia wymogi dotyczące zażalenia i należy je traktować jako zażalenie na postanowienie RKO.

Główna Komisja Orzekająca, wobec powyższego stanowiska przedstawionego na rozprawie przez Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, uznała, że spełnione zostały tym samym wymogi określone w przepisie art. 138 ust. 1 uodnfp, zgodnie z którym zażalenie na postanowienie komisji orzekającej, na postanowienie Głównego Rzecznika oraz na postanowienie Przewodniczącego Głównej Komisji Orzekającej wnoszą się do Głównej Komisji Orzekającej.

Zgodnie z art. 140a uodnfp w wyniku rozpoznania zażalenia organ odwoławczy utrzymuje w mocy zaskarżone rozstrzygnięcie lub uchyla je, w całości lub w części, z zastrzeżeniem art. 101 ust. 2, art. 108 ust. 2, art. 112 ust. 4, art. 116 ust. 6 i art. 178 ust. 2 uodnfp.

GKO dokonując, w związku z wniesionym zażaleniem, kontroli instancyjnej zaskarżonego postanowienia RKO w oparciu o kompetencję wynikającą z art. 140a uodnfp, utrzymała je w mocy, ponieważ nie stwierdziła okoliczności uzasadniających uchylenie postanowienia Komisji I instancji.

GKO wskazuje, iż postanowienie RKO jest prawidłowe pod względem formalnym. Zawiera elementy przedmiotowo istotne, wskazane w art. 85 ust. 2 i ust. 3 oraz art. 116 ust. 4 uodnfp.

Ponadto, weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia RKO doprowadziła GKO do wniosku, że Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody. Wskazać w tym miejscu należy, iż obrońca Obwinionych nie kwestionował ustalonych przez RKO (oraz Rzecznika) okoliczności faktycznych sprawy. Wobec powyższego Główna Komisja Orzekająca swoje rozstrzygnięcie opiera o niesporny pomiędzy stronami, ustalony przez RKO, stan faktyczny.

GKO dokonała także własnej oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanego Obwinionym czynu i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 uodnfp nakazuje, by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla sprawcy. Do oceny popełnienia przedmiotowych czynów, GKO, dzieląc ustalenia w tym zakresie poczynione przez Rzecznika oraz RKO, postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dacie

popęnienia czynu, uznając iż przepisy obowiązujące w dacie orzekania nie są względniejsze dla Obwinionego z poniżej opisanych względów.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu popeńnienia czynu, stanowił, że *„Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) 6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”*. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w cytowanym brzmieniu obowiązywał także w dacie udzielenia zamówienia podstawowego tj. zamówienia udzielonego na podstawie umowy nr 272.1.2014/KS z dnia 25 czerwca 2014 r. na realizację zadania pn. *„Wykonywanie usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym organizowanym przez (...)w latach 2014 – 2024”*.

Jak trafnie ustalił Rzecznik i RKO obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp opisujące przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie przewidują możliwości udzielania w tym trybie zamówień uzupełniających. Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020) – zmieniła także przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. dotyczące zamówień uzupełniających.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania, stanowi, że *„Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) 6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości;”*.

Z powyższego wynika, że zamówienia uzupełniające zostały trwale usunięte z przepisów ustawy Pzp dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, a w ich miejsce wprowadzono zamówienia polegające odpowiednio na *„powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych”*. Zatem od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z kolei w myśl przepisu art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp w brzmieniu obowiązującym w dniu popeńnienia czynu, jak i w dniu orzekania, *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*.

GKO w pełni podziela stanowisko Regionalnej Komisji Orzekającej, która stwierdziła, że w analizowanej sprawie bezsprzecznie doszło do udzielenia zamówienia uzupełniającego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp pomimo braku informacji o takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym tj. zamówieniu udzielonym na podstawie umowy nr 272.1.2014/KS z dnia 25 czerwca 2014 r. na realizację zadania pn. *„Wykonywanie usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym organizowanym przez*

(...)w latach 2014 – 2024”. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu popełnienia czynu w sposób jednoznaczny wskazuje, że jednym z warunków udzielenia zamówienia uzupełniającego jest to, aby zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Nie ulega wątpliwości, że w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym z dnia 22 marca 2014 r., opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 058-97609 nie zawarto informacji dotyczących zamówień uzupełniających.

W konsekwencji GKO uznaje, że RKO prawidłowo dokonała subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod obowiązujące normy prawne.

GKO potwierdza także prawidłowość orzeczenia RKO w zakresie przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Obwinionym.

Obwinieni udzielili w dniu 1 kwietnia 2015 r. zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki o wartości 3.750.866,34 zł netto do zamówienia udzielonego na podstawie umowy nr (...)z dnia 25 czerwca 2014 r. na realizację zadania pn. „Wykonywanie usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym organizowanym przez MZKP w (...)w latach 2014 – 2024”. Upoważnienie do udzielenia przez Obwinionych zamówień publicznych w imieniu MZKP wynika z postanowień § 27 ust. 1 Statutu w (...), zgodnie z którym oświadczenia woli w imieniu Związku w zakresie zarządu mieniem Związku składają dwaj członkowie zarządu. Obwiniony (1) pełnił w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Przewodniczącego (...) natomiast Obwiniony (2) pełnił w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję (...).

RKO ustaliła prawidłowo, że za wzmiankowane naruszenie winę ponoszą Obwinieni, a należy jej upatrywać w braku zweryfikowania dopuszczalności udzielenia zamówienia uzupełniającego pod kątem przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Trafnie także, w ocenie Głównej Komisji Orzekającej, Regionalna Komisja Orzekająca nie uwzględniła przy tym zaprezentowanej w wyjaśnieniach argumentacji, zgodnie z którą okoliczność ekskulpacyjną miało stanowić powierzenie przygotowana dokumentacji postępowania profesjonalistom. RKO słusznie uznała, że pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności Obwinionych były wielokrotnie powtarzane w treści złożonych wyjaśnień twierdzenia o niedostosowaniu formularza ogłoszenia o zamówieniu do wymagań ustawy Pzp i związanym z tym brakiem miejsca na zawarcie w ogłoszeniu informacji o zamówieniach uzupełniających. Obwinieni zdawali sobie sprawę z możliwości zamieszczenia niezbędnych informacji w treści ogłoszenia o zamówieniu podstawowym, a rzeczywistą przyczyną zaniechania dopełnienia tego obowiązku były problemy techniczne towarzyszące próbom wprowadzenia do wzoru formularza ogłoszenia stosownych informacji.

Obwinieni mieli bezsprzecznie możliwość zgodnego z prawem zachowania się. Przed udzieleniem zamówienia uzupełniającego na podstawie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp powinni sprawdzić, czy w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym z dnia 22 marca 2014 r., opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 058-97609 były zawarte informacje dotyczące możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej w analizowanej sprawie aktualność zachowuje pogląd Krajowej Izby Odwoławczej zawarty w uchwale KIO/KU 60/10 z dnia 17 sierpnia 2010 r., zgodnie z którym „(...) z treści art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że warunkiem udzielenia zamówień uzupełniających jest m.in. zamieszczenie informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu.

Treść ww. przepisów nie pozostawia wątpliwości, iż obowiązkiem Zamawiającego, w sytuacji, gdy przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających, było zamieszczenie stosownej treści w ogłoszeniu o zamówieniu. Argumentu dla zaniechania powyższego nie może stanowić brak stosownej rubryki w formularzu ogłoszenia o zamówieniu - formularz ogłoszenia zawiera wiele pól, w których możliwe jest zamieszczenie takiej informacji mimo braku wyraźnego wskazania w tytule poszczególnych punktów. Konsekwencją braku ww. informacji jest niewątpliwie brak możliwości udzielenia przez Zamawiającego zamówień uzupełniających. (...)".

Zasadniczą osią sporu w rozpoznawanej przez GKO sprawie wynikającą z treści uzasadnienia zażalenia wniesionego przez Rzecznika jest to, czy Regionalna Komisja Orzekająca słusznie uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych wobec Obwinionych na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 w zw. z art. 28 ust. 1 uodnfp.

Z treści złożonego przez Rzecznika zażalenia wynika, że Rzecznik przeanalizował treść uzasadnienia postanowienia RKO o umorzeniu postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych wobec Obwinionych, a w szczególności opis przesłanek, na których RKO oparła przekonanie o zaistnieniu podstaw do umorzenia postępowania. Na tej podstawie Rzecznik stwierdził nieprawidłowe wykonanie przez RKO obowiązków, które wynikają z przywołanego powyżej art. 28 uodnfp. Rzecznik podniósł, że art. 28 ust. 3 uodnfp zawiera przesłanki, które organ prowadzący postępowanie w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych musi uwzględniać, rozważając umorzenie postępowania z powodu znikomego stopnia szkodliwości zarzucanego czynu, w zakresie czynów dotyczących zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym przepisem, przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie wywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a uodnfp - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Rzecznik podkreślił, że ustawodawca wprowadził przesłankę szczególną oceny istnienia podstaw do umorzenia postępowań w zakresie czynów na płaszczyźnie zamówień publicznych, która jako dedykowana wyłącznie do tej grupy czynów powinna być przez Regionalną Komisję Orzekającą analizowana w pierwszej kolejności.

W dalszej części uzasadnienia zażalenia Rzecznik wskazał, że z treści uzasadnienia postanowienia o umorzeniu postępowania nie wynika, ażeby RKO dokonała rozpatrzenia zarzucanego Obwinionym czynu przez pryzmat art. 78 ust. 3 uodnfp.

Wobec logicznej rozbieżności pomiędzy treścią uzasadnienia zażalenia a wskazanym przez Rzecznika przepisem art. 78 ust. 3 uodnfp, który odnosi się do przesłanek umorzenia postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 78 ust. 1 pkt 1)-2) uodnfp, a zatem innych niż przesłanka umorzenia będąca zastosowana przez RKO (art. 78 ust. 1 pkt 7 uodnfp), Główna Komisja Orzekająca w toku rozprawy zwróciła się do Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z prośbą o wyjaśnienie tych rozbieżności. Skład orzekający wskazał, że w uzasadnieniu zażalenia Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych odnosi się do treści art. 78 ust. 3 uodnfp, argumentując w taki sposób jakby wywód dotyczył przepisu art. 28 ust. 3 uodnfp. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Pani Anna Rotter wyjaśniła, że należy to

potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską, a wywód Rzecznika dotyczy w istocie przepisu art. 28 ust. 3 uodnfp.

W ocenie Rzecznika, czyn zarzucany Obwinionym stanowi przykład rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż tak należy postrzegać sytuację, w której doszło do bezprawnego wyłączenia konkurencyjności, wskutek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zostały spełnione wszystkie enumeratywnie wyliczone przesłanki warunkujące zastosowanie trybu bezkonkurencyjnego udzielenia zamówienia. Dokonanie oceny badanego stanu faktycznego w świetle ww. przesłanki umorzenia postępowania powinno stanowić podstawę do stwierdzenia braku podstaw do zastosowania instytucji „umorzenia postępowania” w zakresie zarzucanego Obwinionym czynu.

Według Rzecznika nieprawidłowe dokonanie przez Komisję, przewidzianej w art. 28 ust. 3 uodnfp, oceny podstaw do zastosowania instytucji „umorzenia postępowania z powodu znikomego stopnia szkodliwości zarzucanego czynu” stanowi poważne uchybienie, wymagające dokonania ponownej oceny badanego stanu faktycznego przez RKO.

W ocenie GKO sformułowane przez Rzecznika zarzuty w powyższym zakresie nie znajdują uzasadnienia z następujących przyczyn.

Artykuł 28 uodnfp definiuje instytucję szkodliwości naruszenia dyscypliny dla finansów publicznych oraz formułuje kryteria oceny stopnia tej szkodliwości. Instytucja szkodliwości naruszenia dyscypliny dla finansów publicznych stanowi zarówno przedmiot komentarzy do ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak i orzecznictwa, w tym także orzecznictwa GKO.

Znikoma szkodliwość naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest ujemną przesłanką, której zaistnienie skutkuje zakazem wszczęcia albo nakazem umorzenia postępowania już wszczętego (art. 78 uodnfp). Ze względu na popełnienie przez sprawcę czynu wypełniającego ustawowe znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych sprawca nie może być uniewinniony, ale postępowanie prowadzone w sprawie o to naruszenie ulega umorzeniu (orzeczenie GKO z dnia 12 lutego 2007 r., DF/GKO-4900-87/107/06/2821). Artykuł 28 ust. 1 uodnfp nie nakłada imperatywnego obowiązku wykazywania szkodliwości jako takiej, a tylko zakłada imperatywny obowiązek jego zastosowania, jeżeli z udowodnionych okoliczności będzie wynikać, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy.

Czyn oceniony jako znikomo szkodliwy dla finansów publicznych nie przestaje być jednak czynem bezprawnym i zawinionym, znikoma szkodliwość czynu nie wyłącza jego „przestępczości” (orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2009 r., DF/GKO-4900/51/50/08/1994, LEX nr 515048). Elementarne reguły wykładni nakazują rozróżnienie faktu naruszenia dyscypliny finansów publicznych od dokonania oceny, czy stopień szkodliwości (ustalonego naruszenia) pozwala na odstąpienie od dochodzenia odpowiedzialności za to naruszenie (Ludmiła Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II, Lex).

Okoliczności wskazane w art. 28 uodnfp mają charakter katalogu przykładowego. Rozstrzygając sprawę, organ orzekający na równi ma uwzględniać wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki naruszenia. Przy ocenie sposobu i okoliczności naruszenia obowiązków ciążących na sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych należy brać pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych towarzyszących temu naruszeniu.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej jeśli chodzi o kryteria oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych określone w art. 28 ust. 1a uodnfp wspólne dla naruszeń dyscypliny

finansów publicznych wywołującego skutki finansowe, jak i takich skutków niewywołujących, odnoszące się do wagi naruszonych obowiązków, sposobu i okoliczności ich naruszenia, a także skutków naruszenia to uzasadnienie postanowienia RKO jest w tym zakresie bardzo obszerne i wewnątrznie spójne.

Odnosząc się do przesłanek oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych popełnionego przez Obwinionych czynu RKO wzięła pod uwagę bezsporne fakty, że spełnione zostały przesłanki udzielenia zamówienia uzupełniającego odnoszące się do okresu, w którym może zostać udzielone takie zamówienia, tożsamości podmiotowej wykonawcy, wartości zamówienia uzupełniającego, która – co również istotne – została uwzględniona przy szacowaniu wartości całego zamówienia (zgodnie z przepisem art. 32 ust. 3 ustawy Pzp), a nadto nie była znaczna (w relacji do wartości całego zamówienia), oraz zgodności przedmiotu zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym. W kwestii niezamieszczenia informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w sposób przewidziany w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (tj. de facto braku spełnienia jedynej przesłanki, o której mowa w przywołanym przepisie) Regionalna Komisja Orzekająca miała na względzie, że okoliczność taka została jednak uwzględniona przy wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego (vide Rozdział V SIWZ), wobec czego każdy zainteresowany wykonawca mógł bez trudu dowiedzieć się o takiej ewentualności.

Oceniając okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinionych RKO miała na uwadze, że u jego podstaw legła przyczyna o charakterze stricte technicznym, o której – jak wynika z uwzględnionych przez Regionalną Komisję Orzekającą wyjaśnień Obwinionych złożonych na rozprawie – dowiedzieli się dopiero w toku kontroli w (...), będącej podstawą zawiadomienia o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Jeśli chodzi o kryteria oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych określone w art. 28 ust. 3 uodnfp, specyficzne dla naruszeń dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a (w tym także do naruszenia określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uodnfp), a odnoszące się do sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców Główna Komisja Orzekająca uznaje uzasadnienie orzeczenia RKO także w tym zakresie za wystarczające i spójne, w pełni umożliwiające poddanie postanowienia RKO kontroli instancyjnej.

Określona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa Pzp wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp norma prawna nakazująca równe traktowanie wykonawców nie znajdzie zastosowania w postępowaniach, w których bierze udział tylko jeden wykonawca. Nie oznacza to jednak, że nie może dojść do naruszenia tej zasady przez celową eliminację wykonawców i doprowadzenie do sytuacji, w których tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu.

Z kolei wyrazem obowiązku zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji jest także jego związanie podanymi do wiadomości publicznej (wykonawców) informacjami

istotnymi dla danego postępowania. Zamawiający nie może bowiem dowolnie zmieniać warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, a inne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zmieniać jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i przy założeniu przedłużenia terminu składania ofert, jeśli jest to niezbędne (Małgorzata Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex).

Odnosząc powyższe do treści uzasadnienia zaskarżonego przez Rzecznika postanowienia RKO i ustalonego przez RKO stanu faktycznego nie ulega wątpliwości, że w prowadzonym przez Międzygminny Związek Komunikacji Pasażerskiej w (...)postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego zawarciem umowy nr 272.1.2014/KS z dnia 25 czerwca 2014 r. na realizację zadania pn. „Wykonywanie usług przewozu osób w autobusowym publicznym transporcie zbiorowym organizowanym przez (...) w latach 2014 – 2024” (zmówienie podstawowe), na wiele różnych sposobów została udostępniona przez Zamawiającego MZKP wszystkim potencjalnym wykonawcom zamówienia podstawowego o planowanych zamówieniach uzupełniających do zamówienia podstawowego. Sytuacja organizacyjnoprawna, a w związku z tym stan wiedzy wszystkich potencjalnych wykonawców, którzy chcieliby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowego były takie same i nie faworyzowały żadnego z potencjalnych wykonawców zamówienia podstawowego. Jak wskazywali Obwinieni w postępowaniu przed RKO, co zostało potwierdzone w ustalonym przez RKO stanie faktycznym, ogłoszenie o zamówieniu podstawowym było dostępne w trzech miejscach: w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, przy czym jedynie treść ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie zawierała informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, a w pozostałych miejscach dane te zostały zamieszczone. Mając na względzie zasady logiki i doświadczenia życiowego, GKO stwierdza, że trudno uznać, aby brak informacji o zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, zamieszczonym przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miał na celu celową eliminację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia podstawowego, a w konsekwencji doprowadzenie do sytuacji, w których tylko jeden z nich weźmie udział w tym postępowaniu.

Przyjmując za trafne i logiczne założenie, że nie doszło w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia podstawowego do celowego wyeliminowania zainteresowanych zamówieniem podstawowym wykonawców, a brak informacji o zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym spowodowała przyczyna o charakterze stricte technicznym, o której Obwinieni dowiedzieli się już po udzieleniu zamówienia uzupełniającego, przypomnieć trzeba, że zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp norma prawna nakazująca równe traktowanie wykonawców nie znajduje zastosowania w postępowaniach, w których bierze udział tylko jeden wykonawca. Takim postępowaniem było postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia uzupełniającego przeprowadzone przez Zamawiającego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez Zamawiającego MZKP w trybie z wolnej ręki.

Do wskazywanych przez Rzecznika braków uzasadnienia RKO odniósł się w toku rozprawy przed GKO również obrońca Obwinionych. Na pytanie składu orzekającego GKO rozpoznającego sprawę w którym fragmencie uzasadnienia postanowienia RKO, w ocenie Obwinionych, znajduje się rozważenie przez Regionalną Komisję Orzekającą, kwestii naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców obrońca Obwinionych wyjaśniła, że każda osoba ma inny sposób pisania uzasadnienia, a jeśli chodzi o treść uzasadnienia postanowienia RKO na stronie szóstej Regionalna Komisja Orzekająca powołuje się na ocenę strony obwinionej, dotyczącą naruszenia zasady uczciwej

konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zdaniem obrońcy Obwinionych ta przesłanka została szczegółowo rozważona przez Regionalną Komisję Orzekającą, ponieważ Obwinieni udzielali wyjaśnień w zakresie potencjalnego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Powołanie się przez RKO na stronie szóstej uzasadnienia postanowienia RKO na stanowisko Obwinionych w tym zakresie, a także przebieg rozprawy przed Regionalną Komisją Orzekającą wskazują na to, że przesłanki te były też rozważane.

Reasumując powyższe uznać należy, że RKO trafnie przyjęła, że w ustalonym przez RKO stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przez Obwinionych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a dostęp do zamówienia podstawowego nie był dla potencjalnych wykonawców tego zamówienia ograniczony przez brak informacji o zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Główna Komisja Orzekająca w ustalonych przez RKO okolicznościach faktycznych sprawy za uzasadnione uznaje stanowisko Obwinionych, że niezamieszczenie informacji o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie uniemożliwiło Zamawiającemu w ogóle udzielenia zamówienia uzupełniającego i nie oznacza automatycznie naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wskazują Obwinieni, niemal wszystkie przesłanki przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a warunkujące w tamtym okresie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego zostały spełnione (termin udzielenia zamówienia uzupełniającego, wartość udzielonego zamówienia uzupełniającego, tożsamość podmiotowa wykonawcy, zgodność przedmiotu zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego).

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