

Regionalna Komisja Orzekająca
w Sądach Rejonowych dla województwa
śląskiego
ul. Rejonowa 1, 41-800 Katowice
tel. 71 77 77 77
10-000 Wrocław, ul. Dłuby Opatowska 3

RKO.WR.711.30.2021



Wrocław, 30 czerwca 2025 r.

Radni x 21

Pan 15 LIP. 2025 PRZEWODNICZĄCY RAD

Krzysztof Lewandowski Krzysztof Lewandowski

Przewodniczący Rady
Miejskiej

Urząd Miasta w Świdnicy
ul. Armii Krajowej 49

58-100 Świdnica

Na podstawie art. 153 ust. 1 i 2 w zw. z art. 142 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 104 oraz z 2025 r. poz. 497) przekazuję odpis p r a w o m o c n e g o orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 12 czerwca 2023 r. o sygn. akt BDF1.4800.112.2022 (wpłynęło do Regionalnej Komisji Orzekającej we Wrocławiu w dniu 26 czerwca 2025 r.).

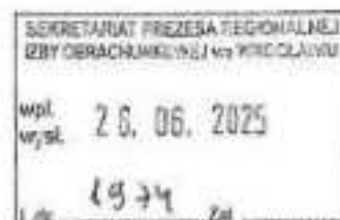
Z-ca PRZEWODNICZĄCEGO
REGIONALNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ
we Wrocławiu
Macej Gardas

Załącznik 1

Odpis prawomocnego orzeczenia

sygn. akt: BDF1.4800.112.2022

w sprawie pani Beaty Moskal-Słaniewskiej.



ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, 12 czerwca 2023 r.

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

Przewodniczący:	Z-ca Przewodniczącego GKO:	Michał Leski
Członkowie:	Członek GKO:	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
	Członek GKO:	Sławomir Mosór
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Roberta Wydry**,
po rozpoznaniu na rozprawie 12 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego przez obrońcę w
imieniu Obwinionej **Beaty Moskal-Słaniewskiej**, zam. [REDACTED]

[REDACTED] od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie
dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu
z 23 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt RKO.WR.711.30.2021, którym Komisja uznała
Beatę Moskal-Słaniewską pełniącą w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych
funkcję - Prezydenta Miasta Świdnicy, winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych,
określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny
finansów publicznych¹, polegającego na udzieleniu 25 czerwca 2019 r. przez Gminę Miasto
Świdnica zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Przebudowa budynku przy
ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: Rewitalizacja

¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U.
z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.) – zwanej dalej uondfp

przestrzenno – społeczna Miasta Świdnica – przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana – Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40” w trybie z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia, co stanowi naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 16 pkt 1 obowiązującej w czasie orzekania ustawy - Prawo zamówień publicznych², a art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych³ w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004 (moment popełnienia czynu przypada na dzień 25 czerwca 2019 roku)

oraz wymierzono Obwinionej karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 443,46 zł

orzeka

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



Przewodniczący
Składu Orzekającego GKO

/-/

Członkowie Składu Orzekającego GKO

/-/ /-/

Na oryginale właściwe podpisy.

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.

² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, z późn. zm.) – zwanej dalej Pzp

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej: Pzp2004

Uzasadnienie

Orzeczeniem z 23 czerwca 2022 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu (dalej: „RKO”) uznała Panią Beatę Moskał-Słaniewską (dalej „Obwiniona”) za winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 25 czerwca 2019 r. przez Gminę Miasto Świdnica zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: Rewitalizacja przestrzenno – społeczna Miasta Świdnica – przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana – Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40” w trybie z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia, co stanowi naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 16 pkt 1 obowiązującej w czasie orzekania ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Pzp), a art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp2004 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp2004 (moment popełnienia czynu przypada na dzień 25 czerwca 2019 roku).

Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp RKO wymierzyła Obwinionej karę upomnienia oraz obciążyła kosztami postępowania.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia RKO wskazała, że Obwiniona w czasie popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych pełniła funkcję Prezydent Miasta Świdnicy.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na przebudowę budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: „Rewitalizacja przestrzenno – społeczna Miasta Świdnica – przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana – Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40”.

W wyniku przeprowadzonej kontroli Zawładamający stwierdził, że podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp2004.

Zgodnie z protokołem konieczności nr 2 sporządzonym w dniu 14 czerwca 2019 r. zakres zamówienia obejmował: roboty budowlane związane z zamianą typowych kompaktowych misek ustępowych bez zabudowy, na miski wiszące w systemowej zabudowie; roboty budowlane instalacyjne związane z wykonaniem instalacji elektrycznej dla przyszłych opraw iluminacji elewacji frontowej budynku oraz instalacji zasilającej, uprzednio zdemontowane oprawy oświetlenia zewnętrznego na elewacji tylnej, roboty budowlane instalacyjne związane z wykonaniem zasilania opraw oświetlenia iluminacyjnego Wieży Ratuszowej;

roboty budowlane w zakresie demontażu, rozbiórek oraz przebudowy otworów komunikacyjnych i zmiany układu ścianek działowych w związku ze zmianą wewnętrznego układu funkcjonalnego pomieszczeń oraz zmianą standardu wykończenia budynku, roboty budowlane w zakresie zmiany wewnętrznej stolarki drzwiowej, związanej ze zmianą wewnętrznego układu funkcjonalnego standardu wykończenia budynku; roboty budowlane związane ze zmianą technologii standardu wykończenia pomieszczeń w zakresie wykładzin posadzkowych, roboty budowlane związane ze zmianą technologii standardu wykończenia pomieszczeń w zakresie sufitów podwieszanych; roboty budowlane w zakresie sufitów podwieszanych - pozycja minusująca sufity przewidziane w rozwiązaniu podstawowym, roboty budowlane w zakresie wykładzin - pozycja minusująca wykładziny przewidziane w rozwiązaniu podstawowym, roboty budowlane w branży sanitarnej w zakresie dosłusowania węzłów sanitarnych; roboty budowlane w branży sanitarnej w zakresie dostosowania wentylacji mechanicznej dla potrzeb pom. sali tanecznej na I p.; roboty budowlane w branży sanitarnej w zakresie: dodatkowych układów wentylacji mechanicznej NW6 i NW7, układów klimatyzacji w obrębie I i III piętra; roboty budowlane towarzyszące zmianom w zakresie wentylacji mechanicznej NW6 i NW7 oraz klimatyzacji, roboty budowlane w branży elektrycznej w obrębie piwnicy i parteru; roboty budowlane w branży elektrycznej w obrębie I piętra, roboty budowlane w branży elektrycznej w obrębie II piętra; roboty budowlane w branży elektrycznej w obrębie piętra; roboty budowlane w branży elektrycznej w obrębie poddasza i dachu, system sygnalizacji Włamania i Napadu-SSWIN; system monitoringu CCTV, roboty budowlane w branży elektrycznej – oprawy i szynoprzewody zamienne; roboty budowlane w branży elektrycznej - pozycja minusująca zakres robót przewidziany w rozwiązaniu podstawowym, roboty budowlane w obrębie klatki schodowej wynikające ze zmiany formy elementów wykończeniowych; roboty budowlane związane ze zmianą sposobu wykończenia powierzchni ścian poprzecznych w sali konsumpcyjnej lokalu gastronomicznego na parterze budynku z powłok malarskich na płytkę klinkierową elewacyjną; roboty budowlane polegające na montażu elementów sztukatorskich na powierzchniach ścian, zgodnie z projektem aranżacji wnętrz; roboty budowlane remontowe warstw wykończeniowych w zakresie lokalnej naprawy tynków oraz wymalowań renowacyjnych na powierzchni ścian w miejscu zejścia zewnętrznego do pomieszczenia węzła ciepłego; roboty budowlane w zakresie robót malarskich wynikające ze zmiany standardu wykończenia wnętrz - zmiana kolorystyki i farb wykończeniowych; roboty budowlane w zakresie robót malarskich zewnętrznych obudów przyłącza gazu oraz istniejących rur spustowych żeliwnych; roboty budowlane w zakresie robót ślusarskich - zmiana kształtu balustrady schodowej, zmiana tektoniki wypełniania balustrad, uciążenie pochwyty górnych i zastosowanie pochwyty górnego z profili ze stali nierdzewnej; roboty budowlane - dostawa i montaż konstrukcji stalowej wsporczej pod kanały wentylacji mechanicznej w obrębie stropodachu, zabezpieczonej powłokami

malarskimi dla klasy korozyjności C3; roboty budowlane - wymiana odcinków rur żeliwnych spustowych kanalizacji deszczowej wraz z wymianą osadników; roboty budowlane - zmiana okładzin ściennych wszystkich pomieszczeń węzłów sanitarnych z płytek ceramicznych na wykładzinę ścienną zgodnie z dokumentacją zamienną; roboty budowlane - ścieżki w lekkiej technologii płyt HPL w sanitariatach I i II piętra wraz z blatami pod urządzenia sanitarne; roboty budowlane - uzbrojenie drzwi zewnętrznych D5 w zasuwnicę ryglującą drzwi umożliwiającą zwolnienie rygla blokującego w trakcie zadziałania systemem oddymiania; roboty budowlane - urządzenia sanitarne występujące w pomieszczeniach toalet III piętra, w pomieszczeniu matki z dzieckiem, w pomieszczeniu gospodarczym II piętra wraz z obudowanymi w technologii z płyt HPL; roboty budowlane w branży elektrycznej w zakresie przebudowy rozdzielni ZK2; roboty budowlane polegające na przebudowie fragmentu instalacji elektrycznej wraz z montażem podlicznika dla możliwości rozliczania zużycia energii elektrycznej pomieszczeń Informacji Turystycznej na parterze budynku; roboty budowlane w branży elektrycznej w obrębie II piętra celem zasilenia dodatkowego rzutnika w zespole sal wielofunkcyjnych; roboty budowlane w branży elektrycznej w zakresie zasilania oraz montażu dodatkowych 3 opraw oświetlenia pomieszczenia sekretariatu na III p.; roboty budowlane w branży elektrycznej w zakresie zmiany rozmieszczenia opraw oświetlenia wraz z towarzyszącymi robotami budowlanymi w obrębie sali konsumpcyjnej restauracji na parterze budynku; roboty budowlane w branży elektrycznej w zakresie uzupełnienia instalacji piorunochronnej chroniącej elementy centrali wentylacyjnej i kanałów wentylacyjnych prowadzonych w obrębie stropodachu budynku; wykonanie i montaż elementów z płyt hdf wzmacniających modułowe panele sufitów podwieszanych pod montaż opraw typu downlight i czujek systemu SAP oraz systemu oddymiania; roboty budowlane polegające na zmianie sposobu wykończenia parapetów zewnętrznych w witrynach parteru z blachy powlekanej na parapety granitowe.

Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki wskazał, iż „(...) podczas realizacji robót budowlanych w budynku Rynek 39-40 wystąpiła konieczność sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej do projektu podstawowego wraz ze sporządzeniem ekspertyzy technicznej z zakresu ochrony przeciwpożarowej, a w konsekwencji zmian projektu budowlanego, a także dokumentacji projektowej aranżacji wnętrza obiektu. W związku z powyższym zaistniała potrzeba dostosowania aktualnego stanu robót budowlanych do obu projektów, co związane jest ze zwiększonym zakresem prac budowlanych”.

„Charakter i zakres wprowadzonych zmian dotyczy wszystkich aktualnie realizowanych robót budowlanych, w tym instalacji wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno-kanalizacyjnej, podłogi betonowych, ścian i podziałów funkcjonalnych pomieszczeń. Przedmiotowe zmiany są ściśle technicznie i funkcjonalnie

powiązane z aktualnie realizowanymi robotami, które w całości docelowo będą stanowiły jeden układ techniczno-użytkowy. Nie jest zatem możliwe takie wyodrębnienie robót budowlanych, które stanowiłyby odrębną całość techniczno-użytkową, dla której możliwe byłoby wykonanie tych robót przez innego wykonawcę i wyegzekwowanie w przyszłości warunków gwarancyjnych. Ponadto zlecenie tych prac innemu Wykonawcy, niż obecny wiązałoby się z poniesieniem nieuzasadnionych kosztów ekonomicznych, a więc w związku z tym udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest uzasadnione obiektywnie z przyczyn technicznych. Z uwagi na powyższe zachodzą przesłanki skorzystanie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp”.

RKO wskazała, że z materiału dowodowego przedstawionego przez Zawiadamiającego wynikało, że Zamawiający nie przeprowadził rozeznania rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez innych wykonawców. Z wyjaśnień Zamawiającego wynikało, że „zaplanowane zmiany były ściśle technicznie, technologicznie, funkcjonalnie i organizacyjnie powiązane z realizowanymi robotami budowlanymi, które dopiero po ich zakończeniu w całości docelowo mogły stanowić wartość techniczno-użytkową. Nie istniało bowiem sposobność wyodrębnienia robót budowlanych możliwych do wykonania dla innego wykonawcy, z własną kadrą techniczną i kierownikiem budowy jak również niemożliwe byłoby wyegzekwowanie od niego w przyszłości warunków gwarancyjnych. Ponadto zlecenie tych prac innemu wykonawcy, doprowadziłoby do powstania chaosu kompetencyjnego na budowie, zagrażałoby realizacji bieżącego kontraktu oraz wiązałoby się niewątpliwie z wydłużeniem procesu inwestycyjnego, a tym samym ponoszeniem przez Zamawiającego dodatkowych kosztów ekonomicznie nieuzasadnionych”.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że w trakcie realizacji robót budowlanych w budynku Rynek 39-40 podjął decyzję o zmianie sposobu funkcjonowania obiektu ze względu na zwiększenie ilości organizacji pozarządowych, zmianie sposobu zarządzania obiektem, zmianie przeznaczenia niektórych pomieszczeń, zwiększeniu liczby użytkowników mogących jednocześnie przebywać w budynku, zmianie aranżacji wnętrza uwzględniającej wprowadzone zmiany techniczno-użytkowe i podwyższenie standardu wykończenia obiektu.

Zgodnie z protokołem konieczności nr 2 potrzeba wykonania przedmiotowych robót budowlanych powstała „w związku z zamiarem inwestora dostosowania obiektu do jego aktualnych potrzeb funkcjonalno-użytkowych oraz podwyższenia standardu wykończenia obiektu mającego bezpośredni wpływ na jego trwałość i niezawodność, w celu uzyskania obiektu użyteczności publicznej o reprezentacyjnym charakterze i ponadprzeciętnych walorach estetyczno-użytkowych korespondujących ze szczególną lokalizacją budynku”.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. pkt 1 lit. a) Pzp2004, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępstwo

od stosowania trybów podstawowych naruszył jednocześnie art. 10 Pzp2004 oraz wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp2004 zasadę uczciwej konkurencji równego traktowania Wykonawców, a naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Wykonawca któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym przeprowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Po wszczęciu postępowania wyjaśniającego Obwiniona złożyła Zastępcy Rzecznika pisemne wyjaśnienia, w których szczegółowo przedstawiła okoliczności faktyczne i prawne zastosowania przez Gminę Miasto Świdnica trybu zamówienia z wolnej ręki przy wyborze wykonawcy zadania pn. „Przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: „Rewitalizacja przestrzenno – społeczna Miasta Świdnica – przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana – Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40”.

Mając na uwadze wyżej przedstawiony stan faktyczny, Zastępca Rzecznika wskazał, że jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy o dostawy, usługi lub roboty budowlane na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych (art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych). Udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą uzasadnia unieważnienie umowy, a ponadto jest zagrożone odpowiedzialnością dyscyplinarną.

Zastępca Rzecznika wskazał, że przepis art. 17 ust. 1b pkt 2 uoofp stanowi, że 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. Materialnoprawną podstawą odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającą na udzieleniu zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów dotyczących stosowania trybu z wolnej ręki jest art. 67 Pzp2004. Przywołano pogląd Główniej Komisji Orzekającej, że „Zamówienie z wolnej ręki jest najmniej konkurencyjnym trybem udzielenia zamówienia, bowiem zamawiający udziela zamówienia po przeprowadzeniu negocjacji dotyczącej realizacji zamówienia wyłącznie z jednym wykonawcą. Umowa może być zawarta już po uzgodnieniu istotnych jej elementów, takich jak ceny, terminy, zakres prac oraz szczegóły zamówienia. Tryb ten powinien być stosowany wyjątkowo, a przed skorzystaniem z tego trybu zamawiający powinien dokładnie przeanalizować okoliczności umożliwiające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, określone w art. 67 Pzp” (orzeczenie GKO z dnia 10 stycznia 2011 r., BDF1/4900/103/113/10/2990).

Ze względu na fakt, że skorzystanie z trybu zamówienia „z wolnej ręki” jest jednym z wyjątków od ogólnej zasady udzielania zamówień, przesłanki jego zastosowania podlegają ścisłej interpretacji i muszą być jednoznacznie wykazane przez Zamawiającego. Tym samym,

na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia spełnienia przesłanek uprawniających do stosowania tego trybu. Zgodnie bowiem z art. 66 Pzp2004, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wybranym przez siebie wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach oraz w przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp2004.

Oceniając powyższe Zastępca Rzecznika uznał, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest możliwe tylko w uzasadnionych przypadkach, których zaistnienie zamawiający powinien wykazać. Tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad jakimi rządzi się wydawanie środków publicznych w trybie udzielania zamówień i tym samym powinien być stosowany tylko w sytuacjach szczególnych, dopuszczonych wprost przez przepisy ustawy. Przewidziane w ustawie możliwości odstępstwa od trybów konkurencyjnych powinny ponadto być brane pod uwagę z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, a zatem powinny być stosowane tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję.

RKO wskazała, że w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Zastępca Rzecznika podzielił stanowisko przedstawione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że: „Zamawiający nie uzasadnił, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp2004.

Należy stwierdzić, iż Zamawiający, stosując tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, powinien wykazać, że tylko i wyłącznie jeden wykonawca jest w stanie wykonać dane zamówienie. Tym samym decyzja o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego musi być poprzedzona obiektywnym i rzetelnym ustaleniem przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie takie zamówienie zrealizować.

Z okoliczności faktycznych sprawy wynika, iż wszczęcie przedmiotowego zamówienia w trybie wolnej ręki, zgodnie z protokołem konieczności nr 2 sporządzonym w dniu 14 czerwca 2019 r. spowodowane było koniecznością wykonania wyspecjalizowanych robót budowlanych w związku z zamiarem inwestora dostosowania obiektu do jego aktualnych potrzeb funkcjonalno-użytkowych oraz podwyższenia standardu wykończenia obiektu mającego bezpośredni wpływ na jego trwałość i niezawodność, w celu uzyskania obiektu użyteczności publicznej o reprezentacyjnym charakterze i ponadprzeciętnych walorach estetyczno-użytkowych korespondujących ze szczególną lokalizacją budynku (...). W związku z powyższym zaistniała potrzeba dostosowania aktualnego stanu robót budowlanych do obu projektów, co związane jest ze zwiększonym zakresem prac budowlanych.

Z dokumentacji postępowania, ani też złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień nie wynika, aby charakter przedmiotowych prac świadczył o tym, że wyszczególnione w ww. protokole roboty budowlane mogły zostać wykonane wyłącznie przez wykonawcę SIRBUD-MINARI S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

(...) Należy podkreślić, że ustawa Pzp2004 pozostawia Zamawiającemu szeroką swobodę w formułowaniu wymagań odnośnie szczegółowych potrzeb, czy pożądanych parametrów technicznych przy opisie przedmiotu zamówienia. Wykorzystując rozwiązania ustawowe Zamawiający miał możliwość takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który zapewniałby mu pozyskanie pożądanego efektu na najkorzystniejszych warunkach dzięki pełnej weryfikacji rynku w drodze przeprowadzonego postępowania przetargowego. Podstawy do rezygnacji z tej metody działania nie może stanowić subiektywne przekonanie Zamawiającego, iż w związku z wcześniej zawartą umową z danym Wykonawcą jest on jedynym podmiotem, który może wykonać dane zamówienie. W tym miejscu należy zauważyć, a udzielenie zamówienia wykonawcy w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp2004 nie powinno jak wskazuje Zamawiający stanowić „variantu najkorzystniejszego”, a jedyne możliwe w danych okolicznościach rozwiązanie.”

W ocenie Zastępcy Rzecznika, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. pkt 1 lit. a Pzp2004, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp2004, konieczne jest stwierdzenie, że tylko wybrany Wykonawca - ze względów technicznych - jest w stanie wykonać dane zamówienie. Ustalenie, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów świadczących tego rodzaju usługi powoduje, że możliwość zastosowania przedmiotowego trybu zostaje wyłączona.

Zdaniem Zastępcy Rzecznika Zamawiający nie udowodnił, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistniały przyczyny techniczne odnoszące się wprost do przedmiotu zamówienia, świadczące o tym, iż ze względu na jego szczególne walory techniczne, nie istnieje na rynku żaden inny podmiot, który mógłby potencjalnie takie zamówienie wykonać.

Jak wskazał Zastępca Rzecznika z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 października 2004 roku (sygn. akt II SA 1921/03), wynika że warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp2004 jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez określonego wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Zastosowanie trybu z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp2004

zależne jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym czy też zrealizuje zamówienie najszybciej. Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania jakim się ona cieszy u Zamawiającego. Chodzi o fakt istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw, usług czy też robót budowlanych. Tym samym subiektywna ocena nie ma znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o omawianą przesłankę.

W związku z powyższym w analizowanym stanie faktycznym Zastępca Rzecznika w pełni podzielił stanowisko przedstawione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zawiadomieniu zgodnie, z którym Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i w wyniku nieuprawnionego odstąpienia od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 10 Pzp2004 oraz wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp2004 zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, co wyczerpało ustawowe znamiona czynu określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uodnfp.

Odpowiedzialność za popełnienie wyżej opisanych czynów, zdaniem Zastępcy Rzecznika, przypisać należy Obwinionej. Wynika ona bezpośrednio z przepisów art. 52 ust. 1 Pzp, w chwili popełnienia czynu art. 18 ust. 1 Pzp2004 r. oraz art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. To kierujący jednostką odpowiada za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zastępca Rzecznika wskazał również na orzecznictwo sądowe, które nie pozostawia wątpliwości, że osoby na stanowiskach kierowniczych odpowiedzialne za gospodarkę finansową powinny same wykazywać niezbędną wiedzę i orientację prawną w podstawowych uregulowaniach prawnych, które wiążą się z funkcjonowaniem kierowanej przez siebie jednostki, a do takich regulacji niewątpliwie należy ustawa o zamówieniach publicznych (wyrok WSA w Warszawie sygn. akt III SA/Wa 1730/04).

Pismem z 3 grudnia 2021 r. Obrońca wniósł o uniewinnienie Obwinionej z uwagi, że w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Wniósł również o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków i dokumentów, w tym ogłoszenia nr 550113220-N-2019 z dnia 6 czerwca 2019 r. celem wykazania dobrowolnego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zgodnie z art. 66 ust. 2 Pzp2004.

RKO wyjaśniła, że z przedmiotowego pisma wynika m.in., że po zidentyfikowaniu potrzeby wykonania prac budowlanych, które nie były przewidziane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, w wyniku przeprowadzonej analizy ustalono, że nie

ma możliwości rozszerzenia zakresu podstawowego zamówienia na podstawie art. 144 ust. 1 Pzp2004 z uwagi na brak spełnienia określonych tam przesłanek oraz znaczną ich wartość. W rezultacie przyjęto, że nowy zakres robót budowlanych winien być traktowany jako osobne zamówienie publiczne, a zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest możliwe na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp2004. Uzasadniając powyższe stanowisko wskazano na motyw 50 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę nr 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L. nr 94, str. 65 z późn. zm.) oraz poglądy orzecznictwa i doktryny, oraz podkreślono otwarty charakter przesłanek dających się zakwalifikować jako przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp 2004.

Według przedstawionej w ww. piśmie argumentacji zakres robót, który miał być zrealizowany w związku ze sporządzeniem dokumentacji projektowej zamiennej był nierozzerwalnie związany z dotychczas realizowanymi robotami, a miały one w zamierzeniu stanowić jeden układ techniczno-użytkowy, co powodowało niemożność wyodrębnienia robót budowlanych, które stanowiłyby samodzielną całość techniczno-użytkową, dającą się zlecić innemu wykonawcy. Jak wynika z pisma „sporne zamówienie obejmowało roboty stanowiące de facto prace komplementarne wobec zakresu robót wykonywanego przez „SIRBUD-MINARI” S.A. Prace te dotyczyły na przykład zmian w instalacjach wewnętrznych budynku i musiały być wykonane w tym samym miejscu i czasie co roboty wykonywane przez „SIRBUD-MINARI” S.A. Względy techniczne o charakterze obiektywnym opisane w protokole konieczności nr 2 z dnia 14 czerwca 2019 r. przemawiały zatem, żeby roboty te wykonał „SIRBUD-MINARI” S.A. W przeciwnym wypadku, wykonawca ten musiałby wstrzymać prace na swoich zakresach oczekując na wybór i dokończenie prac komplementarnych przez innego wykonawcę. Oczywistym jest przy tym, że wstrzymanie prac np. w zakresie instalacji wewnętrznych skutkowałoby przestojem kolejnych robót, których fronty utworzyłyby się dopiero po zakończeniu prac instalacyjnych”. Podkreślono także, że ze względu na uwarunkowania techniczne wykonywanych robót i ich ścisłe wzajemne powiązanie, wyegzekwowanie w przyszłości warunków gwarancyjnych byłoby możliwe tylko w razie wykonywania całości robót przez jednego wykonawcę.

RKO w ramach postępowania dowodowego, uwzględniając zgłoszone wnioski dowodowe, na rozprawie w dniu 23 czerwca 2022 r. przeprowadziła dowód z zeznań świadków: Pani Joanny Salus-Komorowskiej i Pana Andrzeja Nowaka – w celu ustalenia przyczyn i okoliczności udzielenia w dniu 25 czerwca 2019 r. zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: Rewitalizacja przestrzenno – społeczna Miasta Świdnica – przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana – Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40” w trybie z wolnej ręki.

Przesłuchani w charakterze świadków ww. pracownicy Urzędu Miejskiego w Świdnicy, zatrudnieni odpowiednio na stanowisku dyrektora Wydziału Zamówień Publicznych i Przetargów oraz dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich w zakresie istnienia szczególnych przyczyn technicznych odnoszących się do przedmiotu zamówienia wskazali na jednoczesne wykonywanie robót budowlanych dotyczących tożsamego co do miejsca i przedmiotu zakresu robót objętych wcześniej udzielonym zamówieniem, co w ich ocenie stanowiło szczególne przyczyny techniczne, powodujące ograniczenie zakresu podmiotów, które mogły wykonać prace wskazane w protokole konieczności. Świadkowie stwierdzili, że przedmiotem zamówienia w trybie z wolnej ręki było wykonanie robót budowlanych komplementarnych, kolizyjnych i dodatkowych (stanowiących kontynuację prac, które już wykonawca miał zakontraktowane).

Z zeznań przesłuchanych świadków wynika, że w analizowanym przypadku nie można mówić o typowej rynkowej wyłączności (monopolu) wybranego wykonawcy, albowiem roboty budowlane objęte zamówieniem z wolnej ręki są zaliczane do robót ogólnobudowlanych i są wykonywane przez wiele podmiotów. Jednak wskazane wyżej okoliczności wykonywania prac realizowanych w tym samym miejscu i w pokrywającym się zakresie powodowały trudności organizacyjne oraz związane z dochodzeniem odpowiedzialności wynikającej z gwarancji i rękojmi. Na tej podstawie uznano, że tylko dotychczasowy wykonawca, który jest na placu budowy może w sposób efektywny i jak najlepszy dla Zamawiającego wykonać przedmiotowe prace.

RKO orzekając w przedmiotowej sprawie uwzględniła normę zawartą w art. 24 uondfp, która w przypadku zmiany ustawy po popełnieniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych - przyznaje priorytet ustawie nowej, obowiązującej w dacie orzekania, o ile ustawa obowiązująca w dacie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy danego naruszenia. Z dniem 1 stycznia 2021 r. weszły w życie przepisy nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.). Ustawa ta wprowadziła szereg zmian oraz nowych rozwiązań prawnych, które dotyczą całego procesu udzielania zamówień publicznych (począwszy od samego planowania postępowania, przez prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego, aż do realizacji umowy oraz jej ewaluacji). RKO podkreśliła, że regulacje dotyczące zasad udzielania zamówień (w tym zamówienia z wolnej ręki gdy roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę) praktycznie nie uległy żadnej zmianie w stosunku do ustawy obowiązującej poprzednio. Również zmiana progów wartości zamówień, poniżej których nie stosuje się przepisów ustawy (poprzednio 30.000 euro, obecnie 130.000 złotych) nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp2004 obowiązującej w dacie zarzucanego naruszenia Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:
 - a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

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

W ustawie obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. dotychczasowe przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1, dotyczące możliwości świadczenia zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, zostały zastąpione przez art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp, dotyczący postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:
 - a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

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

Stosownie do postanowień art. 304 Pzp do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki poniżej progów unijnych stosuje się przepisy dotyczące zamówień powyżej progów unijnych ze zmianami, które wynikają z działu III rozdziału 4 oddziału 4 Pzp. W art. 305 pkt 1 Pzp uwzględniono okoliczności wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14 tej ustawy.

Dotychczasowe postanowienia art. 7 Pzp2004 znalazły odzwierciedlenie w art. 16 Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zważywszy powyższe RKO przyjęła jako podstawę orzekania przepisy obowiązujące w dacie orzekania, gdyż brak jest obowiązujących w dacie popełnienia czynu przepisów, które byłyby dla Obwinionej względniejsze.

Zdaniem RKO ustalony stan faktyczny nie budzi wątpliwości, a zebrany materiał dowodowy jest pełny oraz pozwala na wydanie w sprawie orzeczenia.

RKO wyjaśniła, że stosownie do postanowień art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Podkreślono dalej, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest szczególnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest daleko idące odformalizowanie oraz przyspieszenie procedury udzielenia zamówienia publicznego w okolicznościach świadczących o braku rzeczywistej konkurencji w zakresie zamawianych usług, dostaw lub robót budowlanych lub w innych szczególnych okolicznościach uzasadniających celowość bądź konieczność szybkiego wyboru wykonawcy. Zarówno w stanie prawnym obowiązującym od 1 stycznia 2021 r., jak i w dacie udzielenia przedmiotowego zamówienia zastosowanie trybu z wolnej ręki wymaga wykazania przez Zamawiającego, że udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi jest nie tylko utrudnione, ale z uwagi na charakter danego zamówienia niemożliwe. Powołanie się na tę przesłankę musi być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia, co oznacza, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny. Z motywu 50 preambuły do dyrektywy klasycznej wynika konieczność udowodnienia prawidłowości zastosowania tej przesłanki poprzez wskazanie, że: „Instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług. Gdy sytuacja wyłączności spowodowana jest względami technicznymi, powinny być one rygorystycznie określone i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku”.

W uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki Zamawiający wskazał, że podczas realizacji robót budowlanych w budynku Rynek 39-40 dokonano zmian projektu budowlanego, a także dokumentacji projektowej aranżacji wnętrza obiektu, co jest związane ze zwiększonym zakresem prac budowlanych. Podkreślono, że zmiany są ściśle technicznie i funkcjonalnie związane z aktualnie realizowanymi robotami i nie jest możliwe takie wyodrębnienie robót budowlanych, które stanowiłyby całość techniczno-użytkową, dla której możliwe byłoby wykonanie tych robót przez innego wykonawcę i wyegzekwowanie w przyszłości warunków

gwarancyjnych. W dalszej części Zamawiający stwierdził, że: „Ponadto zlecenie tych prac innemu Wykonawcy, niż obecny wiązałoby się z poniesieniem nieuzasadnionych kosztów ekonomicznych, a więc w związku tym udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest uzasadnione obiektywnie z przyczyn technicznych”.

Zdaniem RKO z przedstawionego stanowiska Zamawiającego wprost wynika, że udzielenie zamówienia innemu podmiotowi co do zasady było możliwe, ale względy finansowe i potencjalne trudności przy ocenie odpowiedzialności za wady spowodowały zastosowanie trybu z wolnej ręki. Na marginesie jedynie zaznaczono, że w aktach sprawy brak jest jakiegokolwiek dowodu świadczącego o tym, że Zamawiający obliczył koszty postępowania o udzielenie zamówienia omawianych robót budowlanych w trybie konkurencyjnym, w tym koszty ewentualnych rozbiórek prac wykonanych w ramach wcześniej udzielonego zamówienia. Inne dowody zgromadzone w toku postępowania, w tym zeznania wnioskowanych świadków również nie wskazują, że w przedmiotowej sprawie wystąpiły okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Świadcowie potwierdzili, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi typowa rynkowa wyłączność (monopol) wybranego wykonawcy, ale to względy organizacyjne, terminowe i związane z dochodzeniem odpowiedzialności za ewentualne wady spowodowały, że zastosowano tryb z wolnej ręki. RKO zaznaczyła, że brak jest również podstaw do uznania, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z wyjątkową nieprzewidywalną sytuacją powodującą konieczność natychmiastowego działania wskutek zaistnienia szczególnych okoliczności gospodarczych, społecznych lub losowych wskazujących na konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia.

Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że przyczyną udzielenia zamówienia z wolnej ręki była zmiana koncepcji realizacji inwestycji podjęta przez Zamawiającego w toku jej wykonywania (m.in. podwyższenie standardu wykończenia obiektu oraz zmiany wewnętrznego układu funkcjonalnego). Z protokołu konieczności nr 2 sporządzonego w dniu 14 czerwca 2019 r. wynika, że: „W związku z zamiarem Inwestora dostosowania obiektu do jego aktualnych potrzeb funkcjonalno-użytkowych oraz podwyższenia standardu wykończenia obiektu mającego bezpośredni wpływ na jego trwałość i niezawodność, w celu uzyskania obiektu użyteczności publicznej o reprezentacyjnym charakterze i ponadprzeciętnych walorach estetyczno-użytkowych korespondujących ze szczególną lokalizacją budynku, zaśła konieczność przeprowadzenia szczegółowej wielopłaszczyznowej analizy, w tym opracowania ekspertyzy w zakresie ochrony przeciwpożarowej obiektu i terenu oraz uzyskania na jej podstawie zgody Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej we Wrocławiu na zastosowanie rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych przepisami techniczno-budowlanymi. Zaplanowane zmiany dotyczą

zmian: wewnętrznego układu funkcjonalnego, przeznaczenia części pomieszczeń, zwiększonej liczby użytkowników obiektu oraz sposobu jego użytkowania, eksploatacji i administrowania. Konsekwencją zaplanowanych zmian stała się konieczność dostosowania wszystkich wewnętrznych instalacji do nowych potrzeb. Ponadto dla sprecyzowania wymagań inwestora w zakresie standardu wykończenia obiektu został opracowany projekt aranżacji wnętrz budynku. W ślad za powyższymi działaniami, na zlecenie inwestora, opracowany został projekt budowlany na roboty budowlane zamienne, na podstawie którego uzyskano zmianę decyzji pozwolenia na budowę, w konsekwencji której stało się konieczne przeprowadzenie w/w robót budowlanych". W pkt 2 ww. protokołu jako uzasadnienie przyczyny zmiany zakresu robót wskazano, że: „Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w dokumentacji projektowej, w przedmiarach dostarczonych wykonawcy na etapie postępowania na udzielenie zamówienia podstawowego, nie przewidział powyższego zakresu robót". W toku postępowania wyjaśniającego nie wyjaśniono, dlaczego prace objęte zamówieniem z wolnej ręki nie zostały uwzględnione w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: Rewitalizacja przestrzenno – społeczna Miasta Świdnica – przebudowa ul. Siostrzanej oraz Śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana – Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40". Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (nr 500128539-N-2018 z dnia 7 czerwca 2018 r.) wynika, że postępowanie o udzielenie ww. zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym zostało zakończone zawarciem umowy z firmą „SIRBUD-MINARI" S.A. w dniu 30 maja 2018 r., a zakończenie realizacji zadania miało nastąpić w dniu 25 maja 2019 r.

RKO uznają, że przywołana przez świadków okoliczność istnienia gwarancji/rękojmi, na którą Obwiniona wskazywała również w wyjaśnieniach, mająca swoje źródło w czynności Zamawiającego jaką było zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego o określonej treści, nie może być uznana za uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w okolicznościach niniejszej sprawy. Zauważyć należy bowiem, że działanie Zamawiającego nie może w żaden sposób powodować okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, zaś umowna (kontraktowa) ochrona interesów Zamawiającego, w żadnym przypadku nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odnosząc się do pozostałych podnoszonych w toku postępowania argumentów dot. trudności organizacyjnych i chaosu na placu budowy stwierdzić należy, że standardem na budowach, zarówno przy prowadzeniu robót budowlanych, czy też prac remontowych jest równoczesny udział wielu firm, które przy właściwym nadzorze ze strony kierownika budowy i inwestora realizują przedmiot zamówienia.

W ocenie RKO sam fakt, że roboty budowlane objęte zamówieniem są realizowane w tym samym miejscu i czasie oraz są powiązane z innym zamówieniem nie jest wystarczający do zastosowania trybu z wolnej ręki. Analiza rodzaju i zakresu prac oraz stopnia ich skomplikowania nie wskazuje by jedynym podmiotem zdolnym do ich wykonania był dotychczasowy wykonawca. Ponadto w niniejszej sprawie zamówieniem z wolnej ręki objęto zadania, które mogły być wykonane niezależnie od innych prac, jak przykładowo niektóre roboty budowlane w branży elektrycznej, system sygnalizacji włamania i napadu, system monitoringu, czy też uzbrojenie drzwi zewnętrznych w zasuwnicę ryglującą. Tym samym choćby już w tym zakresie naruszono zasadę wyjątkowego stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Podkreślono, że dobrowolne opublikowanie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zapewniające możliwość weryfikacji działań Zamawiającego, a w dalszej kolejności skorzystanie ze środków ochrony prawnej nie może prowadzić do wniosku, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Reasumując RKO uznała, że przedmiotowe zamówienie publiczne zostało udzielone bez zaistnienia ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co wypełnia znamiona czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp.

Określając datę popełnienia czynu RKO wzięła pod uwagę art. 21 uondfp, w myśl którego naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Momentem popełnienia czynu w przedmiotowej sprawie było działanie polegające na udzieleniu zamówienia publicznego z chwilą podpisania umowy o roboty budowlane z firmą „SIRBUD-MINARI” S.A. przez Obwinioną, tj. dzień 25 czerwca 2019 r.

Rozpatrując kwestie winy RKO przywołała art. 19 ust. 1 i 2 uondfp, w myśl którego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, i której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

W konsekwencji odpowiedzialność za popełnienie wyżej opisanego czynu przypisano Obwinionej. Wynika ona bezpośrednio z przepisów art. 52 ust. 1 Pzp (art. 18 ust. 1 Pzp2004), zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie

zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego oraz 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. To kierujący jednostką ostatecznie odpowiada za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wina Obwinionej nie budzi wątpliwości, wynika bowiem z tego, że nie dołożyła ona należytej staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za przygotowanie i przeprowadzenie zamówienia publicznego, czego konsekwencją było podpisanie przez Obwinioną umowy o roboty budowlane w dniu 25 czerwca 2019 r. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawowych.

Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych stwierdzonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, w kontekście regulacji art. 28 ust. 1 uondfp, zgodnie z którym nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy, RKO wzięła pod uwagę wagę naruszonych obowiązków przez Obwinioną, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia i uznała, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych stwierdzonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest większy niż znikomy. Zgodnie z art. 28 ust. 3 uondfp przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a tej ustawy konieczne jest uwzględnienie sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Zastosowanie trybu z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji w stopniu znacznym. Zamawiający, który nie stosuje zasad i trybów Prawa zamówień publicznych, pozbawia się możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie RKO w sprawie nie wystąpiły okoliczności uzasadniające zastosowanie nadzwyczajnej instytucji odstąpienia od wymierzenia kary. Obwiniona nie działała ze szczególnych pobudek, czy w szczególnych warunkach, a zamierzone cele mogła realizować zgodnie z prawem. Ustalając wymiar kary RKO uwzględniła wniosek Zastępcy Rzecznika w tym zakresie, ale również dotychczasową niekaralność Obwinionej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wnioskowaną przez Zastępcę Rzecznika karę upomnienia, będącą najłagodniejszą z kar przewidzianych w art. 31 ust. 1 uondfp, RKO uznała za odpowiednią do stopnia szkodliwości popełnionego czynu.

Z zaprezentowanym rozstrzygnięciem nie zgodziła się Obwiniona, której Obróńca pismem z 25 lipca 2022 roku wniósł odwołanie zaskarżając orzeczenie RKO w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- 1) art. 19 ust. 2 uondfp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy Obwinionej można przypisać winę, pomimo

faktu dołożenia przez nią należytej staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za przygotowanie i przeprowadzenie zamówienia publicznego;

- 2) art. 214 ust. 1, pkt 1 a Pzp - poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodziły przesłanki przemawiające za zastosowaniem przez Obwinioną trybu zamówienia z wolnej ręki, pomimo faktu, że roboty budowlane, objęte zamówieniem, mogły być świadczone tylko przez wykonawcę „SIRBUD-MINARI” S.A. z siedzibą w Wałbrzychu, ze względu na uwarunkowania techniczne o obiektywnym charakterze;
- 3) art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, pomimo faktu, że w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
- 4) art. 76 ust. 3 uondfp - poprzez jego niezastosowanie w okolicznościach niniejszej sprawy i nieuwzględnienie faktu, że niemożliwe do usunięcia wątpliwości, występujące w przedstawionym stanie faktycznym, winny być rozstrzygnięte na korzyść Obwinionej;
- 5) ewentualnie
- 6) art. 28 ust. 1 i 3 uondfp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych stwierdzonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest większy niż znikomy, choć nie wskazuje nato podany stan faktyczny.

Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp wniesiono o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionej i zasądzenie na rzecz Obwinionej kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, ewentualnie, na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

Uzasadniając odwołanie wskazano, co następuje:

W treści uzasadnienia orzeczenia RKO wskazała, że:

1. analiza rodzaju i zakresu prac, a także stopnia ich skomplikowania nie wskazywała, by jedynym podmiotem zdolnym do ich wykonania był dotychczasowy wykonawca, a udzielenie zamówienie innemu podmiotowi było co do zasady możliwe;
2. dowody zgromadzone w toku postępowania nie wykazały, że w przedmiotowej sprawie wystąpiły przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki;

3. działanie zamawiającego nie może w żaden sposób powodować okoliczności, od których ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, a umowna (kontraktowa) ochrona interesów zamawiającego, w żadnym wypadku nie uzasadnia zastosowania tego trybu;
4. вина Obwinionej nie budzi wątpliwości, ponieważ wynika z tego, że nie dołożyła ona należytej staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za przygotowanie i przeprowadzenie zamówienia publicznego;
5. w podanym stanie faktycznym stopień szkodliwości dla finansów publicznych stwierdzonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest większy niż znikomy.

Tymczasem zdaniem obrońcy Obwinionej z orzeczeniem nie można się zgodzić.

Ad. 1. Brak możliwości udzielenia zamówienia innemu podmiotowi niż dotychczasowy wykonawca

Wbrew założeniom przyjętym przez RKO, obrońca wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie było możliwości udzielenia zamówienia innemu podmiotowi niż dotychczasowy wykonawca.

„SIRBUD-MINARI” S.A. wykonywała roboty budowlane w celu realizacji zadania pod nazwą: „Przebudowa budynku przy ul. Rynek 39-40 w Świdnicy wraz z jego wyposażeniem w ramach zadania: Rewitalizacja przestrzenno-społeczna Miasta Świdnica - przebudowa ul. Siostrzanej oraz śródmiejskiej przestrzeni wewnątrz kwartałów ul. Siostrzana - Rynek wraz z przebudową i wyposażeniem budynku Rynek 39-40”. W trakcie ich wykonywania ujawniła się potrzeba dostosowania obiektu do aktualnych potrzeb funkcjonalno-użytkowych Zamawiającego oraz podwyższenia standardu wykończenia obiektu.

Do realizacji tego celu konieczne było wykonanie prac budowlanych, które nie były przewidziane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Pociągało to za sobą również potrzebę sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej, a w konsekwencji dostosowania wykonywanych robót budowlanych do nowej dokumentacji - co zostało wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, opublikowanym w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 6 czerwca 2019 r., jak i w toku postępowania kontrolnego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zakres robót, który miał być zrealizowany w związku ze sporządzeniem dokumentacji projektowej zamiennej, był nierozdzielnie związany z dotychczas realizowanymi robotami - miały one w zamierzeniu stanowić jeden układ techniczno-użytkowy. Powodowało to niemożność wyodrębnienia robót budowlanych, które stanowiłyby samodzielną całość techniczno-użytkową, możliwą do zlecenia innemu wykonawcy.

Uwarunkowania faktyczne, w których przedmiotowe roboty były realizowane, determinowały, że wykonanie robót mogło być powierzone wyłącznie temu wykonawcy, który odpowiedzialny był za realizowane dotychczas prace w budynku Rynek 39-40.

Sporne zamówienie obejmowało roboty stanowiące de facto prace komplementarne wobec zakresu robót wykonywanego przez „SIRBUD-MINARI” S.A. Prace te dotyczyły na przykład zmian w instalacjach wewnętrznych budynku i musiały być wykonane w tym samym miejscu i czasie co roboty wykonywane przez „SIRBUD-MINARI” S.A. Względę techniczne o charakterze obiektywnym opisane w protokole konieczności nr 2 z dnia 14 czerwca 2019 r. przemawiały za tym, żeby roboty te wykonał „SIRBUD-MINARI” S.A. W przeciwnym wypadku, wykonawca ten musiałby wstrzymać prace na swoich zakresach, oczekując na wybór i dokończenie prac komplementarnych przez innego wykonawcę. Oczywistym jest przy tym, że wstrzymanie prac np. w zakresie instalacji wewnętrznych skutkowałoby przestojem kolejnych robót, których fronty otworzyłyby się dopiero po zakończeniu prac instalacyjnych.

Ad. 2. Wystąpienie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1. pkt 1 a Pzp było usprawiedliwione, a Zamawiający był do tego uprawniony, ponieważ obiektywnie istniejące uwarunkowania techniczne uniemożliwiały wykonanie robót budowlanych, będących przedmiotem zamówienia, przez innego wykonawcę niż „SIRBUD-MINARI” S.A. z siedzibą w Wałbrzychu.

Obronca zaznaczył, że nie można z góry określić zamkniętego katalogu okoliczności dających się zakwalifikować jako przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp2004 (aktualnie art. 214 ust. 1. pkt 1 a Pzp). Na gruncie tego przepisu przyjmuje się w orzecznictwie, że „przesłanka w nim sformułowana jest nieostra, a zatem podlega ocenie ad casu, zaś świadomość, że chodzi o wyjątek od zasady konkurencyjnego trybu postępowania, nie może skutkować również interpretacją zawężającą” (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 r., I ACa 1201/14; podobnie uchwała KIO z dnia 29 października 2015 r., KIO/KD 56/15).

Co więcej, zdaniem Obroncy „Pojęcia „przyczyn technicznych” w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. (aktualnie art. 214 ust. 1. pkt 1 a) p.z.p.) a ustawy Prawe zamówień publicznych nie należy utożsamiać z pojęciem „przyczyn technologicznych”, nie chodzi tu wyłącznie o umiejętności i możliwości specjalistyczne, lecz również względy logistyczne i organizacyjne pozwalające na ich wykorzystanie w określony sposób, a więc także dająca się przewidzieć i oszacować sprawność wykonawcy/dostawcy w realizacji zamówienia” (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 r., I ACa 1201/14 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2016 r., I CSK 335/15; stanowisko to jest akceptowane też

przez doktrynę - A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2020, komentarz do art. 67, nb 3.1.) Szersze rozumienie tej przesłanki akceptowane jest także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r., C-20/01).

O otwartym charakterze przesłanek zastosowania niekonkurencyjnych trybów świadczy również brzmienie motywu 50 do 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 z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.): „Gdy sytuacja wyłączności spowodowana jest względami technicznymi, powinny one być rygorystycznie określone i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku. Mogą one obejmować na przykład techniczną niemożliwość osiągnięcia przez innego wykonawcę wymaganej wydajności lub konieczność skorzystania ze specjalistycznej wiedzy, narzędzi lub środków, którymi dysponuje wyłącznie jeden wykonawca. Względy techniczne mogą być także spowodowane szczególnymi wymogami z zakresu interoperacyjności, które należy spełnić, by zapewnić funkcjonowanie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.” Użyte sformułowania wyraźnie wskazują na przykładowy charakter okoliczności składających się na „względy techniczne” i konieczność indywidualnej oceny każdego przypadku. Tym samym nie ma podstaw do tego, by sprowadzać „względy techniczne” wyłącznie do swolstego monopolu technologicznego jednego z podmiotów występujących na rynku.

Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że uwarunkowania faktyczne, w których roboty były realizowane, należy uwzględnić przy ocenie zaistnienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze w rozumieniu art. 214 ust. 1. pkt 1 a Pzp.

Jeżeli natomiast wystąpiły wątpliwości dotyczące możliwości zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy art. 214 ust. 1. pkt 1 a Pzp. z uwagi na nieostry charakter przesłanki „przyczyn technicznych”, którą w szerszym zakresie można interpretować również jako względy logistyczne i organizacyjne, na co wskazuje podane wyżej orzecznictwo, to w myśl zasady *in dubio pro reo*, zgodnie z art. 76 ust. 3 *uondfp.*, winny być one rozstrzygnięte na korzyść Obwinionej.

Ad. 3. Uzasadnienie zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przy uwzględnieniu umownej (kontraktowej) ochrony interesów zamawiającego

Na decyzję Zamawiającego o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, zdaniem Obrońcy, wpływ miały także dodatkowe okoliczności wynikające z sytuacji faktycznej, w której realizowane były zadania.

Po pierwsze, ze względu na uwarunkowania techniczne wykonywanych robót i ich ścisłe wzajemne powiązanie, wyegzekwowanie w przyszłości warunków gwarancyjnych byłoby

możliwe tylko w razie wykonania całości robót przez jednego wykonawcę. Nierealne jest oczekiwanie, żeby wykonawca udzielił gwarancji na roboty niedające się oddzielić od robót wykonanych przez innego wykonawcę. Analogicznie, wprowadzenie drugiego wykonawcy na plac budowy rodziłoby problemy z przypisaniem ewentualnej odpowiedzialności za wady wykonawcy „SIRBUD-MINARI” S.A.

Po drugie, sama próba zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia - która byłaby niemożliwa z omówionych wcześniej przyczyn technicznych - zagrażałaby realizacji już zawartej i wykonywanej umowy z „SIRBUD-MINARI” S.A., a także niewątpliwie doprowadziłaby do znaczącego wydłużenia procesu inwestycyjnego, skutkując też poniesieniem przez Zamawiającego dodatkowych, nieuzasadnionych kosztów.

Hipotetyczna sytuacja, w której dwóch wykonawców wykonuje nakładające się zakresy prac jest niepożądana i daleka od normalnej. Faktem jest, że w realiach obrotu gospodarczego na placu budowy roboty wykonuje wielu podwykonawców, których prace należy skoordynować. Różnica polega jednak na tym, że standardem jest, że każdy z tych podwykonawców wykonuje inny zakres prac, z pojedynczymi punktami styku z zakresami innych podwykonawców. W niniejszej sprawie byłoby jednak inaczej. Zakresy prac dotychczasowego i nowego wykonawcy pokrywałyby się nieustannie, często bez możliwości wyznaczenia konkretnej granicy.

Powyższe potwierdziły również zeznania świadków, w których wskazano, że w rzeczonych okolicznościach sprawy, ze względu na warunki organizacyjne i zakresy prac, które pokrywały się ze sobą na wielu płaszczyznach, bez możliwości wydzielenia konkretnych robót, a także ze względu na możliwość ewentualnego dochodzenia praw z tytułu gwarancji w przyszłości, dotychczasowy wykonawca jako jedyny mógł sprostać wymaganiom związanym z prawidłowym wykonaniem zleconego zadania.

Ad. 4. Możliwość przypisania winy Obwinionej

Zgodnie z art. 19 ust. 2 uondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć, pomimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie można zarzucić Obwinionej niedochowania należytej staranności przy realizacji obowiązków. Podjęła ona wszystkie możliwe działania, aby zrealizować zamówienie w najlepszy możliwy sposób - w tym posłukiwała się opiniami ekspertów, na podstawie których podejmowała decyzje. Pozostawała ona w uzasadnionym

przekonaniu, że jedynie dotychczasowy wykonawca był w stanie należycie wykonać prace budowlane, które nie były przewidziane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, a także sporządzić dokumentację projektową zamienną oraz dostosować wykonywane roboty budowlane do nowej dokumentacji.

Działając z należytą starannością, mając na uwadze wszelkie aspekty realizowanego zamówienia, w wyniku czego obrała ona jedyny możliwy, a zarazem najbardziej efektywny sposób realizacji zadania, którego wykonanie przebiegło sprawnie i bez zakłóceń.

Nadto podkreślić należy, że wszelkie wątpliwości występujące w okolicznościach niniejszej sprawy, z uwagi na nieostry charakter przesłanki „przyczyn technicznych”, którą można rozpatrywać w szerszym zakresie jako względy logistyczne i organizacyjne, a nie jedynie monopol technologiczny jednego z podmiotów występujących na rynku, winny być rozstrzygane - w myśl zasady in dubio pro reo, zawartej w art. 76 ust. 3 u.o.n.d.f.p. - na korzyść Obwinionej.

Zgodnie z orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej („GKO”) z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. akt BDF1/4900/20/25/RN-8/13/RWPD-13571: „[...] nie można uznać, że doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, bowiem istota odpowiedzialności w tej sytuacji jest obowiązek i możliwość przewidywania sprzecznych z prawem skutków działania lub zaniechania. Obwiniony podjął szereg działań, które każdy zobowiązany do stosowania prawa powinien był podjąć. Działania te były adekwatne do wartości i rodzaju postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W opinii GKO, tylko przy zachowaniu szczególnie nadzwyczajnych środków - najwyższej możliwej staranności - prawdopodobne byłoby uniknięcie naruszenia. Należy zaznaczyć, że art. 19 ust. 2 zdanie 2. u.o.n.d.f.p. nie wymaga od obwinionego dołożenia najwyższej staranności, wymaganej od osób odpowiedzialnych za dobro finansów publicznych, jaka była wymagana w art. 141 ust. 1 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych.”

Powyższe orzeczenie można odnieść również do okoliczności niniejszej sprawy. Z uwagi na działania podjęte przez Obwinioną, mające na celu prawidłowe i terminowe wykonanie zadania, a także nieostry charakter przesłanki zawartej w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 1a Pzp., pomimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, naruszenia nie można było uniknąć.

Z związku z powyższym Obwinionej nie można zdaniem Odwołującego przypisać winy.

Ad. 5. Stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Powołana wyżej argumentacja w opinii Obrońcy wskazuje, że nawet jeśli przyjąć, że doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to jego stopień szkodliwości jest znikomy. Obwiniona udzieliła zamówienia z wolnej ręki, ponieważ miała na względzie terminową

i sprawną realizację zamówienia, a dotychczasowy wykonawca dawał gwarancję spełnienia założonego planu. Finalnie wszelkie prace zostały wykonane zgodnie z harmonogramem, a zadanie zostało ukończone w prawidłowy sposób.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej „GKO”), po przeprowadzeniu rozprawy 12 czerwca 2023 roku ustaliła i zważyła, co następuje:

Ponowna analiza stanu faktycznego sprawy, jak i oceny prawnej, w szczególności w świetle postawionych w odwołaniu Obrońcy Obwinionej zarzutów, nie dały podstaw do zmiany rozstrzygnięcia RKO.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że RKO w sposób prawidłowy ustaliła stan faktyczny sprawy i GKO przyjmuje zapatrywanie RKO za własne.

Zasadnie przyjęto na podstawie art. 24 ust. 1 uondfp, że należy stosować nowy stan prawny. Można dodać, że także zmiany uondfp, w szczególności redakcyjne zmiany art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, nie pozwalają na przyjęcie, że stan prawny obowiązujący w czasie czynu był względniejszy dla Obwinionej.

W realiach sprawy jako podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki powołano art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp2004 (aktualnie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp). W myśl powołanego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:
 - a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów
- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na charakterystykę trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 213 ust. 1 Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Jest to zatem procedura wyłączająca jakąkolwiek konkurencję o zamówienie.

Pzp wyróżnia szereg okoliczności uprawniających zamawiającego do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 214 i 305 Pzp), przy czym katalog ten stanowi wyczerpujące wyliczenie przypadków, w których zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne. Zatem jedynie wystąpienie jednej z okoliczności wyspecyfikowanych w ww. przepisie stanowić może podstawę do udzielenia danego zamówienia w omawianym trybie.

Zaprezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w doktrynie i orzecznictwie. Wskazuje się przykładowo, że „(...) Ustawodawca (...) określił katalog przesłanek, z których wystąpienie co najmniej jednej umożliwia zamawiającemu zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Stosowanie trybu z wolnej ręki powinno mieć charakter wyjątkowy (tak m.in. wyr. SN z 6.7.2002 r., III RN 16/01 OSNAPiUS 2002, Nr 22, poz. 675; wyr. KIO z 31.10.2019 r., KIO 1833/19, Legalis; wyr. KIO z 16.7.2013 r., KIO 1560/13, Legalis). Wyliczenie dokonane przez ustawodawcę w art. 214 PrZamPub stanowi zatem tzw. katalog zamknięty”.

Konsekwencją przyjęcia, że tryb zamówienia z wolnej ręki ma charakter wyjątku od zasady udzielania zamówień w procedurach konkurencyjnych i jest dozwolony wyłącznie w przypadkach przewidzianych w Pzp jest także reguła ścisłej wykładni przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Takie podejście jest przyjęte także na gruncie prawa Unii Europejskiej, gdzie w Dyrektywie Klasycznej w motywie 50 preambuły stwierdza się, że „(...) Procedury negocjacyjne bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, ze względu na ich niekorzystny wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnie wyjątkowych okolicznościach”. Podobnie orzecznictwo TSUE akcentuje wyjątkowy charakter negocjacji bez uprzedniego zaproszenia.

Następnie trzeba podkreślić, że ciężar udowodnienia, że w realiach danej sprawy, określona przesłanka uprawniająca do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zaktualizowała się, spoczywa na zamawiającym.

Przechodząc do wykładni zastosowanej w realiach sprawy przez Zamawiającego podstawy prawnej udzielenia zamówienia z wolnej ręki konieczne jest, aby możliwe było jej wykorzystanie, łączne spełnienie następujących przesłanek:

- a) możliwość wykonania świadczenia tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z przepisów prawa,
- b) brak rozsądnego rozwiązania alternatywnego i brak rozwiązania zastępczego,
- c) brak celowego zawężania parametrów zamówienia prowadzącego do braku konkurencji.

Zatem w pierwszej kolejności konieczne jest wykazanie, że świadczenie może być realizowane wyłącznie przez jednego wykonawcę. Innymi słowy obiektywnie powinien występować brak możliwości świadczenia przez podmiot inny, niż dany wykonawca. Zachodzić tu powinna sytuacja obejmująca monopol lub zbliżona do monopolu, w której wyłącznie jeden wykonawca zdolny jest do faktycznego wykonania świadczenia w określonym miejscu i czasie, mimo braku statusu monopolisty na danym rynku. Subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego podmiot daje gwarancję najlepszego wykonania danego zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem omawianej przesłanki. Względę takie jak zaufanie zamawiającego

do konkretnego wykonawcy, zgromadzona przez niego wiedza czy doświadczenie, sytuacja finansowa, czy pozycja na rynku nie mogą przesądzać o ustaleniu możliwości świadczenia przez jednego wykonawcę. Możliwość świadczenia przez jednego wykonawcę nie zachodzi także w sytuacji gdy wyłącznie jeden podmiot jest zainteresowany realizacją danego zamówienia, a także gdy zaistniały monopol ma charakter sztuczny – wynika z wcześniej zawartych przez zamawiającego umów.

Zatem zamawiający przed podjęciem decyzji o zastosowaniu omawianego trybu powinien każdorazowo przeprowadzić badanie zmierzające do ustalenia, czy w odniesieniu do konkretnego zamówienia nie istnieje więcej niż jeden wykonawca, który mógłby potencjalnie zrealizować zamówienie. Jeśli na danym rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie to wówczas uznać należy, że brak jest możliwości zastosowania wskazanego trybu. Co istotne – jak już zaznaczono – ciężar wykazania, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie wykonać określone zamówienie spoczywa na zamawiającym jako podmiocie, który jest odpowiedzialny za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania.

Dalej ustawodawca precyzuje, że możliwość wykonania świadczenia przez jednego wykonawcę musi wynikać z przyczyn technicznych. W omawianej regulacji chodzi – jak słusznie wskazał Obrońca Obwinionej w odwołaniu – nie tylko o aspekt techniczny, rozumiany jako odnoszący się do techniki, lecz szerzej – także o inne, obiektywne okoliczności, niezależne od zamawiającego, np. organizacyjne, logistyczne i inne, mające znaczenie dla wykonania zamówienia. Pojęcia tego nie należy zatem utożsamiać z przyczynami wyłącznie o charakterze technologicznym. Jednocześnie, jak już zaznaczono, przyczyny powinny mieć charakter obiektywny. Jak wyjaśnia Sąd Najwyższy przyczyny techniczne „uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określonemu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć jednak zasadniczy charakter. Zamawiający, podejmując taką decyzję, musi móc wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Niemożliwość ta musi mieć charakter trwały oraz nieprzezwycięzalny”. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w innej sprawie wyjaśniając, że przyczyn techniczne muszą mieć „zasadniczy jednak charakter, tak aby można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione i że ta niemożliwość ma charakter trwały oraz nieprzezwycięzalny, zaś możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie jest wynikiem wcześniejszych działań czy ewentualnie zaniechań zamawiającego”.

Kolejno, w celu zweryfikowania, czy aktualizuje się podstawa do zastosowania zamówienia z wolnej ręki, należy zbadać, czy na rynku nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest zatem do wykazania, że nie istnieją rozwiązania równoważne, a opisane przez niego parametry (wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia) nie doprowadziły do celowego zawężenia rynku. W tym zakresie pomocna może być interpretacja przyjęta przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wyjaśnia, że „(...) jako punkt wyjścia wskazać należy rozumienie słowa „rozsądny”. Termin ten w Internetowym Wielkim Słowniku Języka Polskiego zdefiniowany został jako „nieprzesadny, niewygórowany i świadczący o czymś umiarkowaniu”. Co za tym idzie jako rozsądną alternatywę w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp rozumieć należy rozwiązanie równoważne do przedmiotu zamówienia spełniające przesłanki wskazane w lit. a i b tego przepisu, możliwe do wdrożenia bez nadmiernego nakładu sił i środków oraz w porównywalnym czasie”.

Wskazuje się, że rozwiązania „rozsądne” to takie, które „nie generują po stronie zamawiającego dodatkowych kosztów ani zabiegów organizacyjnych”. Rozwiązanie alternatywne zgodnie z definicją Słownika języka polskiego oznacza „dający możliwość wyboru między dwiema możliwościami”, zatem powinno to być rozwiązanie możliwe do zastosowania obok rozwiązania rozpatrywanego w kontekście udzielenia zamówienia z wolnej ręki (jako bazowego). Alternatywa polega na występowaniu równoważnych rozwiązań realizujących założony przez zamawiającego cel. Natomiast rozwiązanie zastępcze należy rozumieć jako „zastępujący kogoś albo coś”, zatem rozwiązanie zastępcze oznacza realizację celu w sposób odmienny. Brane będzie pod uwagę nie na równi (obok rozwiązania bazowego), lecz zamiast niego (jako środek zastępczy). Jak wskazuje się w doktrynie „(...) zgodnie z art. 355 KC, zamawiający ma obowiązek dochować należytej staranności w przygotowaniu postępowania. Tak więc, jeżeli zamawiający dokona opisu i oszacowania wartości zamówienia w wyniku czego, stwierdzi, że na rynku nie istnieją rozwiązania alternatywne, a w szczególności rozsądne w tym zakresie, lub rozwiązania zastępcze, ma prawo do skorzystania z trybu zamówienia „z wolnej ręki”.

Pomocne dla prawidłowej wykładni omawianej podstawy stosowania zamówienia z wolnej ręki może być także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wyjaśniono, że „podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a [aktualnie 214 Pzp – przyp. autora] ustawy jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Dla jej zastosowania niezbędne jest wykazanie, że dany produkt może być wytworzony [lub

dostarczony] tylko przez określonego wykonawcę oraz, że na rynku [szeroko rozumianym – krajowym i zagranicznym] nie istnieją rozwiązania, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne - odpowiadające potrzebom zamawiającego - oferowane przez danego wykonawcę. Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania zamówienia od innego wykonawcy [innych wykonawców] nie można powoływać się na ten przepis, albowiem takie zachowanie prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. Izba podkreśla, że udzielając zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp nie można powoływać się na renomę danej firmy lub zaufanie, jakim jest darzona przez zamawiającego, albowiem taka subiektywna ocena wykonawcy nie ma znaczenia dla dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki na wskazanej podstawie prawnej. Rzeczywisty monopol danego wykonawcy musi mieć charakter trwały i nieprzezwyciężalny oraz podlegać obiektywnej ocenie". Co istotne, KIO w cytowanym orzeczeniu zwróciła uwagę, że nie można tracić z pola widzenia, przy ocenie stanu faktycznego danej sprawy, potrzeb zamawiającego, które mają być zaspokojone poprzez nabycie określonej dostaw/usługi/roboty budowlanej.

Brak konkurencji nie może być wynikiem celowego zawężania parametrów zamówienia przez zamawiającego. W doktrynie wskazuje się, że „[...] Zamawiający musi więc wykazać, że nie istnieją produkty równoważne, a opisane przez niego parametry nie doprowadziły do „sztucznego” zawężenia rynku. Zgodnie z motywem 50 preambuły dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalnym robót budowlanych, dostaw i usług”.

Odnosząc powyższe do realiów sprawy GKO podziela także ocenę prawną dokonaną przez RKO.

Zamawiający, jak prawidłowo wskazała RKO, w ślad za Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, nie sprostął w realiach sprawy wykazaniu powołanej podstawy zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W szczególności odnosząc się do zarzutów podnoszonych w odwołaniu zaznaczenia wymaga, że wykładania art. 214 ust. 1 pkt 1 a Pzp dokonana przez RKO jest prawidłowa. W sprawie nie zostało wykazane w pierwszej kolejności, że zamówienie mogło być realizowane tylko przez wykonawcę „SIRBUD-MINARI” S.A. z uwagi na uwarunkowania techniczne o obiektywnym charakterze. Okoliczności powoływane w szczególności w odwołaniu, nawiązujące do przebiegu procesu budowlanego, wskazujące na konieczność sporządzenia w pewnym zakresie dokumentacji zamiennej, czy konieczność zachowania gwarancji, nie przesądzają, że tylko wskazany przez Zamawiającego wykonawca mógł wykonać zamówienie. Zamawiający nie przeprowadził w tym zakresie

żadnej weryfikacji rynkowej (k. 13 Protokołu kontroli doraźnej), nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność. Oparł się na swoim subiektywnym przekonaniu, że tylko dotychczasowy wykonawcy może wykonać zamówienie. Zaznaczenia jednocześnie wymaga, że treść odwołania zdaje się potwierdzać poprawność rozstrzygnięcia RKO, bowiem Obrońca Obwinionej wskazał, że powierzenie prac innemu wykonawcy musiałoby się wiązać ze wstrzymaniem prac przez wykonawcę dotychczas realizującego zamówienie (k. 5 odwołania) oraz łączyłoby się z problemami dotyczącymi kwestii gwarancyjnych, co oznacza, że możliwe jest pod względem technicznym wykonanie prac przez inny podmiot (k. 6 odwołania).

Obrońca Obwinionej pomija w swojej argumentacji, że owe przyczyny techniczne (szeroko rozumiane) muszą mieć charakter obiektywny, nieprzewidywalny, niezależny od zamawiającego. Tym czasem w przedmiotowej sprawie konieczność zmian wynikała (jak wskazuje protokół konieczności nr 2) z decyzji Zamawiającego podyktowanej zmianami w zakresie związanym z funkcjonowaniem obiektu i jego standardem wykończenia. Zamawiający wyjaśnił, że w toku realizacji umowy uznał za zasadne dokonanie „zmiany sposobu funkcjonowania obiektu ze względu na zwiększenie ilości organizacji pozarządowych, zmiany sposobu zarządzania obiektem, zmiany przeznaczenia niektórych pomieszczeń, zwiększeniu liczby użytkowników mogących jednocześnie przebywać w budynku, zmiany aranżacji wnętrz uwzględniającej wprowadzone zmiany techniczno-użytkowe i podwyższenie standardu wykończenia obiektu” i dalej „w związku z zamiarem inwestora dostosowania obiektu do jego aktualnych potrzeb funkcjonalno-użytkowych oraz podwyższenia standardu wykończenia obiektu mającego bezpośredni wpływ na jego trwałość i niezawodność, w celu uzyskania obiektu użyteczności publicznej o reprezentacyjnym charakterze i ponadprzeciętnych walorach estetyczno- użytkowych korespondujących ze szczególną lokalizacją budynku, zaszła konieczność wykonania wyspecjalizowanych robót budowlanych (...)”. (k. 6 i 7 Protokołu kontroli doraźnej). Zatem Zamawiający w realiach sprawy nie wykazał, aby wykonanie zamówienia przez jednego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione w szczególności względami organizacyjnymi czy logistycznymi. Zaznaczenia przy tym wymaga, że możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie może być wynikiem wcześniejszych działań/zaniechań zamawiającego. Przyczyny techniczne powinny mieć charakter obiektywny, co oznacza, że powinny mieć swe źródło w przedmiocie zamówienia, nie zaś z uprzednich działań zamawiającego, który dopiero po udzieleniu zamówienia zrewidował swoje stanowisko co do m.in. standardu wykończenia obiektu.

W realiach sprawy nie zostały wykazane także pozostałe okoliczności uzasadniające zastosowanie przesłanki opisanej w art. 214 ust. 1 pkt 1a Pzp. W szczególności nie wykazano, że brak jest rozsądnego rozwiązania alternatywnego i brak rozwiązania zastępczego.

W konsekwencji zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia przez RKO art. 17 ust. 1b pkt 2 uodfp. Wobec bezprawnego zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki Obwiniona popełniła opisany powołanym przepisem czyn wypełniający znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Przechodząc do kwestii winy, wbrew twierdzeniom odwołania, Obwinionej można przypisać winę w rozumieniu art. 19 ust. 2 uodfp. Obwiniona miała możliwość zachowania się zgodnie z obowiązującymi przepisami tj. zlecenia zamówienia objętego protokołem konieczności nr 2 zgodnie z Prawem zamówień publicznych. Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało żadnych okoliczności, które unieemożliwiałyby Obwinionej takie prawidłowe działanie. W tym zakresie GKO także zatem podziela stanowisko RKO.

Nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia art. 76 ust. 3 uodfp nakazujący niemożliwe do usunięcia wątpliwości rozstrzygać na korzyść Obwinionej. obrońca Obwinionej upatruje owych wątpliwości w interpretacji pojęcia „przyczyn technicznych”, które obejmuje także względy logistyczne i organizacyjne. Jak jednak już zostało zaznaczone, owe przyczyny techniczne (rozumiane szeroko, jak wskazuje na to obrońca Obwinionej) muszą mieć charakter obiektywny, niezależny od Zamawiającego. Zatem w realiach sprawy GKO nie identyfikuje wątpliwości, które musiałyby być rozstrzygnięte na korzyść Obwinionej w myśl art. 76 ust. 3 uodfp. Nie stanowi takiej wątpliwości kreowana w odwołaniu wątpliwość co do interpretacji pojęcia „przyczyn technicznych”. GKO zgadza się z wykładnią tego pojęcia wskazaną w odwołaniu. Stan faktyczny sprawy jednak nie pozwala na uznanie, że w realiach sprawy tak rozumiane przyczyny techniczne mają charakter nieprzewidywalny, zasadniczy i obiektywny, co uzasadnia utrzymanie orzeczenia RKO w mocy.

W konsekwencji w realiach sprawy nie sposób przyjąć, że nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinioną. Przechodząc do oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych stwierdzonego naruszenia z całą pewnością należy go ocenić, jako większy niż znikomy. Obwiniona udzielając zamówienia w trybie wyłączającym konkurencję mimo braku ku temu podstaw prawnych naruszyła podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę legalizmu. Troska o terminową i sprawną realizację zamówienia nie usprawiedliwia rażącego naruszenia przepisów o regulujących udzielanie zamówień publicznych. W tym kontekście brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przez RKO art. 28 ust. 1 i 3 uodfp.

Wyjaśnienia wymaga, że przepis art. 76 ust. 3 uondfp przede wszystkim dotyczy okoliczności faktycznych, a nie prawnych sprawy. Wątpliwości w zakresie stanu prawnego bowiem dają się usunąć przy zastosowaniu reguł wykładni przepisów. Następnie wątpliwości muszą mieć taki charakter, że prawidłowo prowadzone postępowanie dowodowe nie może doprowadzić do ich usunięcia. Korzystanie z zasady in dupio pro reo jest zatem sytuacją wyjątkową, spotykaną sporadycznie, gdy brak dalszych możliwości dowodowych, a zgromadzony materiał nie pozwala jednoznacznie ustalić przebiegu wydarzeń związanych z podstawami odpowiedzialności.

GKO wskazuje, że Obwiniona nie podjęła polemiki odwoławczej w zakresie wymierzonej kary. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że kara upomnienia za przypisane czyny - uwzględniając w szczególności stopień możliwości ograniczenia uczciwej konkurencji (wyeliminowanie potencjalnych wykonawców) - nie może być uznana za nadmiernie surową. Jest to bowiem najłagodniejsza z katalogu kar przewidzianych w uondfp, a w sprawie nie wystąpiły, w ocenie GKO, szczególne okoliczności, które mogłyby uzasadniać zastosowanie nadzwyczajnej instytucji - odstąpienia od wymierzenia kary.

GKO uznaje, że wszystkie okoliczności zostały wyjaśnione i nie znalazła żadnych podstaw uznania za zasadny wniosku Obwinionej o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie od zarzucanych mu czynów, czy też o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Komisję I Instancji.

W konsekwencji GKO orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący
Składu Orzekającego GKO

