



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 11 października 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Anna Packo
	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Adam Trojan (spr.)
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2018 r. odwołania wniesionego przez obrońcę w imieniu Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt: RKO.WR.711.8.2018, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję członka Zarządu (...) oraz przewodniczącego komisji przetargowej - odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na opisanu w dniu 1 sierpnia 2015 roku przedmiotu zamówienia na dostawę antybiotyków w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez sformułowanie zasad realizacji przedmiotu zamówienia w sposób nie związany z tym przedmiotem oraz nie znajdujący uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego, w związku z ustanowieniem obowiązku zawarcia przez wybranego w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcę umowy o współpracy z pełnomocnikiem zamawiających, tj. (...), co stanowi naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

Sygn. akt BDF1.4800.79.2018

oraz odstąpiono od wymierzenia kary Obwinionemu i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu (dalej RKO), orzeczeniem z dnia 26.06.2018 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt RKO.WR.711.8.2018 przy udziale Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 26.06.2018 r. uznała Pana (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.) - zwanej dalej „uondfp”, przy udzieleniu zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Dostawa antybiotyków”, polegającego na opisanu w dniu 1 sierpnia 2015 roku przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez sformułowanie zasad realizacji przedmiotu zamówienia w sposób niezwiązany z tym przedmiotem oraz nieznanymi uzasadnieniami w obiektywnych potrzebach zamawiającego, w związku z ustanowieniem obowiązku zawarcia przez wybranego w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcę umowy o współpracy z pełnomocnikiem zamawiających, tj. (...), co stanowi naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”.

RKO na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu.

W orzeczeniu z dnia 26.06.2018 r. Regionalna Komisja Orzekająca dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Stan faktyczny – ustalenia RKO

Postępowanie przed Komisją przeciwko Obwinionemu - (...), pełniącemu w czasie zarzucanego czynu funkcję członka Zarządu (...), oraz przewodniczącego komisji przetargowej, zostało wszczęte na podstawie złożonego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniosku o ukaranie z dnia 31 stycznia 2018 r., nr RDFP.WR.701.96.2017. Wniosek został sporządzony w związku z zawiadomieniem Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 września 2017 r. o okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ustalono następujący stan faktyczny.

Postępowanie na dostawę leków (ogłoszenie o zamówieniu: Dz. Urz. UE z dnia 15 lipca 2015 r. nr 2015/S 147-270529) prowadził pełnomocnik w imieniu grupy zamawiających (6 podmiotów). Na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ustanowili lidera postępowania (Szpital Specjalistyczny im. (...)), który następnie przekazał swoje kompetencje pełnomocnikowi – (...) (zmiana nazwy od 23 czerwca 2016 r. na (...)) Pełnomocnictwo z dnia 15 lipca 2015 r. obejmowało przygotowanie i przeprowadzenie przedmiotowego postępowania. Zarządzeniem pełnomocnika w dniu 15 lipca 2015 r. powołano komisję przetargową, której przewodniczącym został Obwiniony.

Przedmiotem zamówienia, które zostało podzielone na 5 części - pakietów, była dostawa antybiotyków, a jego szacunkową wartość ustalono w wysokości 2.950.771,37 zł.

W pkt XVIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) „Wynagrodzenie dla pełnomocnika zamawiającego” wskazano, że „wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest, nie później niż z chwilą zawarcia umowy z każdym z Zamawiających (...), do zawarcia umowy o współpracy z pełnomocnikiem Zamawiających – (...), który przygotował i prowadzi niniejsze postępowanie oraz będzie świadczyć usługi na rzecz Wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia”. W dalszej części SIWZ określono wymagane wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3% wartości zamówienia brutto + VAT oraz terminy jego zapłaty. Do SIWZ dołączono również wzór umowy o współpracy z wykonawcą, z której treści wynika, że rola pełnomocnika miała polegać na wspieraniu stron umowy we wzajemnych rozliczeniach w zakresie ich prawidłowości i terminowości oraz na pośredniczeniu w ewentualnych negocjacjach między wykonawcą a zamawiającym. W toku

Sygn. akt BDF1.4800.79.2018

prowadzonego postępowania wykonawcy zwracali się do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp o wykreślenie wymogów dotyczących zawarcia umowy z pełnomocnikiem.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zostało objęte kontrolą doraźną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku której stwierdzono, że ustanowienie w SIWZ obowiązku zawarcia przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, odrębnej umowy o współpracy z pełnomocnikiem Zamawiających – (...), który przygotował i prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a także obowiązku uiszczania przez wykonawcę na rzecz pełnomocnika wynagrodzenia, stanowiło naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

Kontrolujący wskazał m.in., że zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, zatem jest to świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług, dostaw lub robót budowlanych za wynagrodzeniem. Definicja ta nie obejmuje swoim zakresem stosunków prawnych zawieranych pomiędzy wykonawcą a innymi podmiotami niż zamawiający. Relacja prawna pomiędzy wykonawcą a pełnomocnikiem ustanowionym przez zamawiającego nie miała w tym przypadku charakteru zamówienia publicznego, bowiem nie polegała na świadczeniu dostaw, usług czy robót budowlanych przez wykonawcę na rzecz zamawiającego. Doprowadziło to do sytuacji, w której doszło do połączenia stosunku prawnego łączącego wykonawcę i zamawiającego (szpital) wynikającego z udzielanego zamówienia publicznego z wymogiem nawiązania innego stosunku prawnego łączącego wykonawcę i podmiot trzeci (pełnomocnika). W ocenie kontrolującego połączenie to w znaczący sposób oddziaływało na aspekt związany z samym zamówieniem, w tym decydowało o zainteresowaniu złożeniem oferty i sposobie kalkulacji ceny oraz w konsekwencji eliminowało podmioty niezainteresowane ponoszeniem dodatkowych kosztów realizacji zamówienia, a tym samym ograniczało konkurencję na rynku dostawców leków. Kontrolujący zwrócił również uwagę, że zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia winien być sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający posiada uprawnienie do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami, jednak nie oznacza to prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań, w

szczegółności w zakresie, który mógłby prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego oraz poza cel udzielania danego zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia nie może bowiem powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców takiej realizacji zamówienia, w tym obowiązków dodatkowych mu towarzyszących, które nie są związane z celem, któremu ma służyć samo zamówienie, a których określenie powoduje ograniczenie lub wręcz eliminuje konkurencję na rynku.

Od wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli Zamawiający wniósł zastrzeżenia, w których podniósł m.in., że istotą wspólnego prowadzenia postępowania i jego głównym celem było skumulowanie w jednym przetargu stosunkowo dużego wolumenu, a w konsekwencji planowane znaczne obniżenie cen leków, więc przyjęty przez zamawiającego (6 szpitali) sposób prowadzenia postępowania znajdował uzasadnienie ekonomiczne. Przepisy ustawy Pzp umożliwiały zamawiającemu prowadzenie postępowania przez pełnomocnika będącego osobą trzecią, zaś model takiego działania przy zakupach grupowych od lat funkcjonuje w innych krajach UE. Pełnomocnik grupy zakupowej otrzymuje wynagrodzenie za doprowadzenie do zawarcia umowy oraz zarządzanie i administrowanie całym procesem zakupów. Z przepisów ustawy Pzp nie można wnioskować, aby koszty ustanowienia pełnomocnika ponosić miał tylko i wyłącznie zamawiający. Ustawa w ogóle nie reguluje tej kwestii, pozwalając jednocześnie, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, sięgnąć po przepisy kodeksu cywilnego. W tym stanie rzeczy, w ocenie Zamawiającego, wnioski Prezesa UZP dotyczące samego faktu powołania przez zamawiających pełnomocnika, jak i zasad jego wynagrodzenia stanowiły nadinterpretację obowiązujących przepisów. Wykonawcy zostali poinformowani o zasadach udziału w postępowaniu i mieli prawo swobodnie podjąć decyzję o swoim udziale. Składając ofertę w postępowaniu, wyrazili akceptację jego warunków. Trudno więc w tej sytuacji mówić o ograniczaniu konkurencji.

Wniesione zastrzeżenia nie zostały przez Prezesa UZP uwzględnione, w związku z czym – zgodnie z trybem określonym w art. 167 ustawy Pzp – opinię w sprawie złożonych zastrzeżeń, wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza.

W uchwale z 11 sierpnia 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD/17) Izba uznała, iż wniesione zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, iż sformułowane w przedmiotowym postępowaniu zasady realizacji zamówienia z udziałem spółki (...) nie były związane z przedmiotem zamówienia, bowiem przedmiot ten stanowiła

dostawa leków. Określone przez Zamawiającego wymagania wymuszały na wykonawcy przystępującym do przetargu zgodę na zawarcie z ustanowionym pełnomocnikiem dodatkowej umowy, która pozostawała bez związku z przedmiotem zamówienia, a jej treść została narzucona w specyfikacji opracowanej przez Spółkę. W ocenie Izby, takie wymaganie nie znajdowało uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego oraz niewątpliwie mogło skutkować w tym postępowaniu ograniczeniem konkurencji wśród potencjalnych wykonawców, którzy mogli chociażby, jako profesjonalni dostawcy, nie być zainteresowani ponoszeniem dodatkowych kosztów (prowizji) na rzecz podmiotu trzeciego.

Formułując wniosek o ukaranie Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, swoje stanowisko oparł na ustaleniach i ocenach dokonanych przez Prezesa UZP oraz Krajową Izbę Odwoławczą. W ocenie Zastępcy Rzecznika rozwiązanie organizacyjne zastosowane przez zamawiających nie miało związku z przedmiotem zamówienia, a tym samym nie mogło skutkować dodatkowymi obciążeniami dla wykonawców w zakresie związanym z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowane połączenie dostawy leków z obowiązkiem zawarcia umowy z pełnomocnikiem zamawiającego niewątpliwie miało wpływ na sposób kalkulowania ceny przedmiotu zamówienia, jak również na stopień zainteresowania złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu. Mogło ono eliminować podmioty niezainteresowane ponoszeniem dodatkowych kosztów realizacji zamówienia a tym samym ograniczać konkurencję na rynku dostawców leków. Pełnomocnik zamawiających wymusił na wykonawcach zawarcie dodatkowej umowy (pakietowe), bowiem wykonawca zainteresowany złożeniem oferty był zmuszony zaakceptować odrębną umowę z pełnomocnikiem zamawiającego. Powyższe działanie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Powołane przepisy stanowią, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Naruszenie obowiązujących zasad zachodzi między innymi właśnie w sytuacji, gdy zamawiający opisze wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia w sposób nie związany z samym jego przedmiotem oraz z celem, który nie znajduje uzasadnienia w

obiektywnych potrzebach zamawiającego. Przepisy art. 2 pkt 13 ustawy Pzp stanowią, że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Stronami umowy, zawieranej w wyniku postępowania o zamówienie publiczne, są zamawiający i wykonawca. Definicja ta nie obejmuje swoim zakresem stosunków prawnych zawieranych pomiędzy wykonawcą a innymi podmiotami niż zamawiający. Działania pełnomocnika zamawiających, reprezentowanego przez Obwinionego, wypełniają znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp. Przepisy w nim zawarte stanowią, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z przepisami art. 19 ust. 1 i ust. 2 uondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia i osobie tej można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp ponosi Obwiniony, któremu można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia, obowiązki w zakresie wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę antybiotyków zostały mu powierzone w sposób prawidłowy i jednoznaczny. Biorąc powyższe pod uwagę Zastępca Rzecznika zawnioskował o wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia.

Na rozprawę w dniu 12 kwietnia 2018 r. Obwiniony stawił się osobiście wraz z obrońcą, będąc prawidłowo powiadomionym o jej terminie.

Obrońca Obwinionego zwrócił uwagę na podstawową w jego ocenie kwestię, tj. cel jaki przyświecał Obwinionemu przy realizacji tego zamówienia. Zamówienia grupowe i organizacja tego procesu służyć ma bowiem wyłącznie jednemu celowi - ograniczeniu wydatków finansów publicznych. Podstawa sformułowanego zarzutu - ograniczenie konkurencji, powinno skutkować wzrostem cen. Skoro zaś działania Obwinionego spowodowały w efekcie zmniejszenie ceny, to można mówić o zwiększeniu a nie ograniczeniu konkurencji.

Kolejną kwestią, jaką w ocenie obrońcy należałoby wziąć pod uwagę, to brzmienie art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp: „Ten przepis inkryminuje pewne zachowanie (pewne działanie). W związku z tym nakłada to obowiązek na osoby, które dokonują wykładni tego przepisu, aby stosować wykładnię zawężającą. Szczególnie musi być zawężany ze względu na to, żeby

mogłyby być podstawy jakiegokolwiek odpowiedzialności, to musimy wiedzieć jakie konkretne działania mają być przedmiotem tej inkryminacji. To jest podstawa, bo inaczej nie mamy jasności, jakie działanie jest w ogóle uznane przez ustawodawcę za naganne. W tym przypadku mówimy o kwestii przedmiotu zamówienia. Skupiając się na tym co jest przedmiotem zamówienia i co jest sposobem realizacji przedmiotu zamówienia. Kwestia pełnomocnika nie jest przedmiotem zamówienia, tylko sposobem realizacji zamówienia. Co przesądza o tym, że ten przepis nie ma tutaj zastosowania, bo przedmiot zamówienia został określony precyzyjnie i właściwie. A to w jaki sposób jest realizowane zamówienie, to już bez względu na to, czy on narusza, czy nie narusza ustawy o zamówieniach publicznych, to na pewno nie jest przedmiotem inkryminacji tego przepisu. Ten przepis mówi wyraźnie o przedmiocie zamówienia. Tu przedmiotem zamówienia były antybiotyki, a nie kwestia realizacji tego zamówienia, która jest jak najbardziej chwalebna, z naszego punktu widzenia i każdego, kto ma dobro finansów publicznych na względzie.”

Obwiniony poinformował, że przez wiele lat pełnił funkcję dyrektora szpitala i przekonał się, jakie oszczędności przynosi formuła zakupów grupowych. Naświetlił również specyfikę realizacji takich zakupów: „(...) funkcjonowanie zakładów podmiotów leczniczych charakteryzuje się tym, że nie ma tam wysokich wynagrodzeń. Pozyskanie dobrego fachowca do zamówień publicznych graniczy z cudem. Będąc dyrektorem szpitala widziałem, że jest nierównowaga pomiędzy wykonawcami a nami jako zamawiającymi. Wiedza, poziom wykształcenia i doświadczenie jakie mieli wykonawcy w wielu przypadkach górowało nad moimi pracownikami. Jak najbardziej logiczne i zasadne było, aby taką czynność powierzyć komuś, kto się w tym specjalizuje. On to zrobi zdecydowanie lepiej i taniej. (...) Zaoszczędzenie finansów publicznych jest jak najbardziej do udowodnienia, do pokazania jakie to były kwoty, które poszczególne zakłady zaoszczędziły. Jeżeli nie ma się swoich pracowników, albo nie ma się na takim poziomie wykwalfikowania, żeby stanowili rzeczywiście partnera dla wykonawcy, to stara się to zlecić podmiotowi zewnętrznemu.”

Obwiniony podkreślił również istotę aspektu ekonomicznego zastosowanej formuły: „(...) jeżeli mimo tego, co tutaj Pani Rzecznik podnosi, że podmiot, który chciał startować w tym zamówieniu musiał sobie wkalkulować w cenę oferty tą prowizję, która była wymuszona, a mimo wszystko uzyskiwaliśmy niższe ceny i szpitale uzyskiwały efekt, to znaczy, że mimo wszystko to się opłacało. Nawet po wkalkulowaniu tej prowizji, która była zawarta w tej dokumentacji.”

Sygn. akt BDF1.4800.79.2018

W trakcie rozprawy obrońca złożył wniosek dowodowy – o wezwanie i przesłuchanie świadka – osoby pełniącej obecnie funkcję prezesa (...) (obecnie: (...)), w związku z czym rozprawę odroczone.

Na rozprawie w dniu 26 czerwca 2018 roku przesłuchano świadka – Panią (...) – Prezes Zarządu Spółki (...). W złożonych wyjaśnieniach świadek przedstawiła istotę zakupów grupowych dla szpitali oraz oszczędności jakie przynosi stosowanie tej formy: od 14 do 152% w stosunku do wartości z analogicznych zamówień (umów) realizowanych w poprzednich postępowaniach przetargowych. (...) obsługuje ok. 100 podmiotów, w których formuła zastosowana w przedmiotowym zamówieniu jest z powodzeniem również stosowana.

Po wysłuchaniu złożonych wyjaśnień Zastępca Rzecznika podtrzymała swój wniosek o ukaranie.

Regionalna Komisja Orzekająca w ramach uzasadnienia prawnego orzeczenia z dnia 26 czerwca 2018 r. zważyła, co następuje.

Po analizie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie RKO stwierdziła, co następuje.

W związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 roku ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) w pierwszej kolejności, uwzględniając przepisy art. 24 uoondfp, RKO dokonała analizy reżimów prawnych z dnia orzekania i z dnia popełnienia zarzucanego czynu. Przepisy art. 24 uoondfp stanowią bowiem, że jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Jak wskazała RKO powołaną wyżej ustawą, w związku ze zmianą przepisów Prawa zamówień publicznych, dokonano zmian w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych m. in w zakresie art. 17, zawierającego katalog czynów naruszających dyscyplinę finansów publicznych, związanych z niewłaściwym stosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. Zdaniem RKO nie uległo jednak zmianie określenie czynu zawarte w art. 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp Podobnie nie uległy zmianie przepisy art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, w zakresie w jakim znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie. Komisja I instancji postanowiła zatem, że zastosowanie w niniejszej

Sygn. akt BDF1.4800.79.2018

sprawie mają przepisy ustaw obowiązujące w czasie orzekania, bowiem stan prawny obowiązujący w czasie popełnienia czynu nie był dla Obwinionego względniejszy.

RKO uznała, że fakt popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 uodfp. jest należycie udokumentowany a osobista odpowiedzialność Obwinionego nie budzi wątpliwości. Komisja I instancji w pełni podzieliła w tym zakresie zarówno stanowisko Zastępcy Rzecznika zaprezentowane we wniosku o ukaranie, jak i stanowiska: Prezesa UZP zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 27 czerwca 2017 r. oraz Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale KIO/KD 42/17 z dnia 11 sierpnia 2017 r., przyjmując przedstawioną w nich argumentację jako własną.

RKO wskazała, że opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji SIWZ, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Jednocześnie opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien zapewniać przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stosownie zaś do art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać także istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy jakie zostaną wprowadzone do treści składanej oferty.

Tym samym RKO nie podzieliła wątpliwości Obrońcy co do naruszenia w przedmiotowej sprawie art. 17 ust 1 pkt 1 uodfp, a sprowadzających się do bezzasadnego – w ocenie Obrońcy – zakwalifikowania określenia przez zamawiającego w SIWZ wymogu zawarcia przez wykonawcę umowy z pełnomocnikiem do czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Komisja I instancji pokreśliła, że w art. 29 ustawy Pzp, w którym sformułowano „Zasady opisywania przedmiotu zamówienia” ustawodawca poza określeniem sposobu opisywania przedmiotu zamówienia sensu stricto, do „opisu przedmiotu zamówienia” zaliczył również określenie wymagań związanych z realizacją zamówienia:

obligatoryjnych (ust. 3a) i fakultatywnych (ust. 3b i ust.4). Określony katalog możliwych do określenia przez zamawiającego wymagań jest jednak katalogiem zamkniętym, w którym bez wątplenia nie mieści się określone w pkt XVIII SIWZ zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy z pełnomocnikiem, z obowiązkiem zapłaty określonego wynagrodzenia. Wymóg ten, w ocenie RKO, prowadził do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego oraz poza cel udzielania danego zamówienia, a w konsekwencji mógł wpłynąć na ograniczenie konkurencji na rynku. Wymóg ten mógł chociażby eliminować potencjalnych wykonawców, którzy nie byli zainteresowani ponoszeniem dodatkowych kosztów (prowizji) na rzecz podmiotu trzeciego. Utrudnianie uczciwej konkurencji poprzez niewłaściwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia wielokrotnie było przedmiotem orzecznictwa sądowno-administracyjnego: „Po stronie wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (zob. wyroki KIO: z 24.04.2009 r., KIO/UZP 466/09, KIO/UZP 486/09, LEX nr 497522; z 26.08.2011 r., KIO 1734/11, LEX nr 960445); „Zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 zostały naruszone (zob. wyrok KIO z 26.04.2011 r., KIO 752/11, LEX nr 795170).

Następnie RKO wskazała, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) Sąd Okręgowy w Lublinie stwierdził m.in.: *„Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot »mógłby utrudniać uczciwą konkurencję« wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.”*

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają legalnej definicji „uczciwej konkurencji” stąd też w każdej sprawie, indywidualnie i na użytek danego postępowania trzeba oceniać, czy warunki udziału

Sygn. akt BDF1.4800.79.2018

w postępowaniu zostały określone w sposób mogący naruszać obiektywnie rozumianą konkurencję. RKO wskazała, że nie ma wątpliwości, że taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie. RKO zwróciła również uwagę na fakt, że zachowania naruszające konkurencję zostały określone w innych przepisach, np. w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2018 r., poz. 798 ze zm.). W tej drugiej, ustawodawca w art. 6 ust. 1 pkt 5 wprost zakazał działania polegającego na „uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy”, bowiem jego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

RKO wskazała następnie, że brak jest wątpliwości, że opisanie w dniu 1 sierpnia 2015 roku przedmiotu zamówienia na dostawę antybiotyków poprzez ustanowienie obowiązku zawarcia przez wybranego w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcę umowy o współpracy z pełnomocnikiem zamawiających tj. (...), stanowiło naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp i wypełniło znamiona naruszenia dyscypliny w rozumieniu art 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp.

W ocenie RKO winę za powyższy stan rzeczy ponosi Obwiniony, bowiem postępowanie o zamówienie publiczne na dostawę antybiotyków prowadzone było przez (...) jako pełnomocnika zamawiającego. Obwiniony jako członek Zarządu (...) powołał komisję przetargową, której został przewodniczącym oraz zatwierdził SIWZ, w której określono obowiązek zawarcia przez wykonawcę umowy o współpracy z pełnomocnikiem.

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nakazuje oceniać stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, uwzględniając wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia.

Odstępując od wymierzenia kary RKO uwzględniła następujące okoliczności. Obwiniony nie był dotychczas karany w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Kolejną przesłanką decydującą o takim rozstrzygnięciu był fakt, że jakkolwiek – na co zwracano uwagę w trakcie prowadzonego postępowania, w tym także na rozprawie – kwestionowana była konstrukcja, sprowadzająca się do wprowadzenia obowiązku zawierania

przez wykonawców umów z podmiotem trzecim, a nie z samym zamawiającym bezpośrednio i ponoszenia z tego tytułu kosztów, to w żaden sposób nie kwestionowano celowości, czy efektów dokonywania zakupów grupowych, jak też celowości powierzania przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykwalifikowanym podmiotom. Tym samym RKO dostrzegła pozytywne efekty takiego działania, także w tej konkretnej sprawie.

W ocenie RKO, sam fakt prowadzenia postępowania w niniejszej sprawie spełnił już wobec Obwinionego podstawowy cel postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jakim – według Komisji I instancji – jest osiągnięcie celu zapobiegawczego i dyscyplinującego.

W zakresie kosztów postępowania, jakimi obciążono Obwinionego, RKO wskazała, że ustalono je na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp, który stanowi, iż każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zwraca – na rzecz Skarbu Państwa – koszty postępowania. Koszty te określa się ryczałtowo w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia.

Odwołanie Obwinionego

Obrońca Obwinionego złożył odwołanie pismem z dnia 7.08.2018 r. Wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie od przypisanego mu zarzutu.

Orzeczenie zostało zaskarżone w całości ze względu na fakt, że :

1. sprawie nie wystąpiła szkoda dla finansów publicznych na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 28 ust. 1 uondfp,
2. błędnie przyjęto jakoby opisanie przedmiotu zamówienia było niezgodne z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych i mogło utrudniać uczciwą konkurencję, co czyni Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że dla właściwej oceny zastosowania lub niezastosowania określonej normy prawnej opisanej w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, konieczne jest ustalenie *ratio legis* tych przepisów. Zdaniem Skarżącego jeśli działanie zamawiającego jest nakierowane na

oszczędności środków publicznych i czynienie tego w wielu płaszczyznach, to nie można mówić o hipotetycznym ryzyku utrudnienia uczciwej konkurencji w sytuacji gdy jedynym i znanym powszechnie celem przeprowadzania zamówień wspólnych jest jej zwiększenie poprzez kumulacje zamówienia i zainteresowanie nimi dostawców, którzy sprzedają dużo przy małej marży. Mając na uwadze powyższe organ orzekający, według Obrońcy, powinien ocenić zasadność podjętego rozstrzygnięcia w świetle powołanego przez Skarżącego zarzutu naruszenia art. 28 uoondfp poprzez jego niezastosowanie. Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia odwołania zgodnie z tym przepisem nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. Obrońca wskazał ponadto, że przy ocenie stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonego obowiązku, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia, biorąc pod uwagę w szczególności: wysokość uszczuplonych środków publicznych: kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych: kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem: wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem: kwotę odsetek, kar i opłat zapłaconych wskutek zwłoki w opłaceniu należności. Oceny zasadności orzeczenia wobec skarżącego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja powinna, zdaniem Skarżącego, dokonać poprzez zbadanie, czy w rozpoznawanej sprawie powołany przepis art. 28 uoondfp może znaleźć zastosowanie. W jego ocenie jedynym skutkiem dla środków publicznych jaki wywołało działanie pełnomocnika zamawiających była ich oszczędność a cel nie mógł i nie może zniweczony skutkiem tego, że koszty przeprowadzenia zamówienia wspólnego ponoszone są przez dostawców.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej zwana GKO), zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO, zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uoondfp, dokonała porównania stanu prawnego w czasie popełnienia czynu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 uoondfp: jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów

publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. W ślad za ustaleniami poczynionymi przez Komisję I instancji GKO po przeprowadzonej analizie uznała, że sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu wydania niniejszego orzeczenia, gdyż nie uległo zmianie określenie czynu zawarte w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, podobnie jak zmianie nie uległy przepisy ustawy Pzp w postaci art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 2 pkt 13.

Na gruncie niniejszej sprawy, jak wynika z prawidłowo dokonanych przez RKO ustaleń faktycznych, nie budzi wątpliwości fakt popełnienia przez Obwinionego czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp podobnie jak osobista odpowiedzialność Obwinionego.

Jak wynika z treści zaskarżonego orzeczenia RKO w sposób prawidłowy dokonała również ustaleń odnoszących się do strony podmiotowej odpowiedzialności. Pan (...) pozostaje bowiem w kręgu osób podlegających odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 3 uondfp, według którego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają *pracownicy jednostek sektora finansów publicznych (...), którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych (...)*. Pełnił on bowiem funkcję członka Zarządu (...) oraz funkcje przewodniczącego komisji przetargowej powołanej zarządzeniem nr 47/2015 z dnia 15.07.2015 r.

GKO zauważa także, że RKO w sposób całościowy i kompleksowy dokonała oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Tym samym GKO podzieliła w całej rozciągłości ustalenia faktyczne dokonane przez Komisję I instancji, dokonaną w tym zakresie ocenę zgromadzonego materiału dowodowego oraz kwalifikację prawną naruszenia przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych, stopień jego zawinienia i okoliczności towarzyszące popełnieniu czynu.

Regionalna Komisja Orzekająca w uzasadnieniu wydanego w dniu 26.06.2018 r. orzeczenia w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt RKO.WR.711.8.2018 oceniła, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych czynu przypisanego Obwinionemu jest wyższy niż znikomy (art. 28 ust. 1 uondfp), którą to ocenę GKO podzieliła w całej rozciągłości. Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych opisanych wyżej naruszeń

dyscypliny finansów publicznych Regionalna Komisja Orzekająca uwzględniła przede wszystkim wagę naruszonych obowiązków, a także sposób i okoliczności ich naruszenia (art. 28 ust. 1a uondfp).

Oceniając zawinienie Obwinionego (...), mając na względzie treść art. 19 ust. 2 uondfp (według którego *odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia*), Regionalna Komisja Orzekająca rozważyła, czy Obwiniony miał możliwość innego zachowania, które pozwoliłoby uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Doszła w tym zakresie do przekonania, że obiektywnie taka możliwość istniała, w szczególności nie wystąpiły przeszkody uniemożliwiające precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, w tym wyeliminowanie postanowień mogących wpływać na naruszenie uczciwej konkurencji.

Powyższe stanowisko Regionalnej Komisji Orzekającej, Główna Komisja Orzekająca podziela w alej rozciągłości. Dodatkowo, analizując zarzuty zawarte we wniesionym odwołaniu, wskazać należy, że zasadniczym elementem odwołania jest próba wykazania naruszenia art. 28 uondfp. Według Obwinionego sięgnąć należy do *ratio legis* przywołanej normy, co przy uwzględnieniu faktu, że działanie Obwinionego było nakierowane na oszczędzenie środków publicznych i czynienie tego na wielu płaszczyznach, to Jego zdaniem, nie można mówić o hipotetycznym ryzyku utrudniania uczciwej konkurencji. Obwiniony powyższe wywiódł z faktu, że jedynym znanym powszechnie celem prowadzenia zamówień wspólnych jest zwiększenie konkurencji przez kumulację zamówień i zainteresowanie nimi dostawców, którzy sprzedają dużo przy małej marży.

W ocenie GKO okoliczność ta nie stanowiła podstawy przypisania Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, gdyż okoliczność skumulowania w jednym postępowaniu wielu podmiotów zamawiających nie były kwestionowane przez Komisję I instancji, ani uprzednio przez organy kontrolne (Prezesa UZP) oraz orzekające (Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznającą zastrzeżenia od wyniku kontroli). Okoliczność ta nie była też elementem zawiadomienia Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych i leżała poza faktami stojącymi u podstaw wszczęcia wobec Obwinionego postępowania. Z jednej strony bowiem w prowadzonym postępowaniu doszło do skumulowania po stronie zamawiającego wielu podmiotów celem uzyskania niższej ceny za nabywane leki, z drugiej zaś sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia niwelowało (w mniejszym lub większym stopniu) zyski uzyskane z takiego sposobu procedowania, na skutek możliwego wpływu opisu przedmiotu zamówienia na uczciwą

konkurencję. Wszakże samo kumulowanie kilku zamówień w jednym postępowaniu nie stanowi samoistnie o zwiększeniu konkurencji, jeżeli do jej ograniczenia dochodzi w innych obszarach. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp posługuje się zwrotem „(...) mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, co oznacza, że dla naruszenia tego przepisu wystarczający jest już potencjalny wpływ na konkurencję w danym postępowaniu. Okoliczność ta (kumulacja postępowania) nie mogła również stanowić, w ocenie GKO, podstawy do ekskulpacji działań Obwinionego, gdyż nie wpisuje się ona w treść przywołanego art. 28 uoondfp. Oszczędność wydatkowania środków publicznych jest obowiązkiem ich dysponentów. Takie postępowanie stanowi jedną z naczelných zasad finansów publicznych, zaraz obok racjonalności i celowości wydatków. Nie sposób zatem przyjąć, iż nakierowania działań dysponentów środków publicznych na ich oszczędne wydatkowanie usprawiedliwia każde działania, w tym naruszające inne dyrektywy związane z finansami publicznymi – w tym przypadku regulacji odnoszących się do procesu udzielania zamówień publicznych.

W ocenie GKO działania Obwinionego, polegające na zobligowaniu każdego wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie, do zawarcia umowy ze spółką (...) na bliżej niesprecyzowane usługi pośrednictwa, których wartość stanowiła 3% wartości kontraktu dostawy godzą w ten element postępowania, który odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia, jak również są sprzeczne z samą definicją zamówienia publicznego. Niewątpliwie czynność ta, obejmująca zobowiązanie wykonawców do zawarcia umowy cywilnoprawnej z podmiotem trzecim, stanowiła czynność o charakterze niekonwencjonalnym. Trudno jest bowiem doszukać się w tym wypadku jakiegokolwiek pozytywnego organizacyjnego, logistycznego, czy ekonomicznego znaczenia tej czynności dla przebiegu samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy w zakresie oszczędności dla samych finansów publicznych. Co do zasady prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem zamawiającego (vide art. 15 ust. 1 ustawy Pzp) i sam fakt powierzenia jego przeprowadzenia podmiotowi trzeciemu nie jest równoznaczny z koniecznością ponoszenia z tego tytułu jakichkolwiek opłat. W przypadku wspólnego prowadzenia postępowania przez wiele podmiotów zamawiających, zamawiający stosownie do treści art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp może powierzyć pomocnicze działania zakupowe (podkreślenie GKO) własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej, które to podmioty wówczas działają jako pełnomocnicy zamawiającego. Jednakże stosownie do treści art. 15 ust. 4 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, pomocnicze działania zakupowe obejmują swym zakresem czynności przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a nie czynności po zakończeniu tego postępowania. Analogiczny zakres działań

podmiotu reprezentującego wielu zamawiających został określony w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszym stanie faktycznym czynności przewidziane do realizacji przez (...) są czynnościami wpisującymi się w etap realizacji zamówienia, a więc czynnościami nie związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia, które stosownie do definicji zawartej w art. 2 pkt 7a kończy się z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej, a ściślej z momentem podpisania umowy (z momentem udzielenia zamówienia). Tym samym fakt powierzenia (...) odrębną umową czynności związanych z etapem realizacji zamówienia i nałożenie na wykonawców, którym zamówienie zostanie udzielone, obowiązku podpisania z tym podmiotem umowy cywilnoprawnej z narzuconym z góry wynagrodzeniem nie wpisuje się w zakres obowiązków wykonawców, które mogą na nich zostać nałożone w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Swego rodzaju „transakcja wiązana”, której stroną stali się wykonawcy przez sam fakt udziału w postępowaniu na dostawę antybiotyków, nie wpisuje się w definicję zamówienia ujętą w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, jak również nie wpisuje się w konsekwencji w przedmiotowy zakres elementów opisu przedmiotu zamówienia, których nie można rozpatrywać w oderwaniu od definicji zawartej we wspomnianym wyżej art. 2 pkt 13. Zgodnie z zawartą tam definicją „zamówienia publicznego” jego przedmiotem są jedynie usługi, dostawy lub roboty budowlane – świadczone przez wykonawców.

Dodatkowo za fakt notoryjny uznać należy okoliczność, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienia na dostawę farmaceutyków, mając na uwadze cel prowadzenia działalności gospodarczej, doliczył tę kwotę do ceny ofertowej – a zatem kwota ta stała się *de facto* kosztem związanym z dostawą farmaceutyków. Ponadto zakres zadań przypisany (...) obejmował obowiązki, które są zwyczajowo przypisane zamawiającemu i są realizowane nieodpłatnie. Jak wynika z ustaleń faktycznych poczynionych przez RKO do SIWZ dołączono również wzór umowy o współpracy z wykonawcą, z której treści wynika, że rola pełnomocnika miała polegać na wspieraniu stron umowy we wzajemnych rozliczeniach w zakresie ich prawidłowości i terminowości oraz na pośredniczeniu w ewentualnych negocjacjach między wykonawcą a zamawiającym. Zdaniem GKO zakres tych zadań jest niedoprecyzowany i nie jest w żaden sposób związany z wynagrodzeniem przypisanym dla (...) (3% wartości zamówienia brutto + VAT).

Tym samym, odnosząc się do sformułowanych w odwołaniu zarzutów w kontekście art. 28 uoondfp, transfer tych środków do podmiotu trzeciego nie może zostać uznany za wpisujący się w zasadę racjonalności i oszczędności wydatkowania środków publicznych, gdyż odbywa się on na

rzecz podmiotu trzeciego, tj. spółki kapitałowej stanowiącej odrębny byt gospodarczy od zamawiających.

Doszło w tym wypadku do pośredniej płatności na rzecz podmiotu trzeciego, za pośrednictwem (z wykorzystaniem) jako pośredników wykonawców realizujących dostawy. Transfer ten dotyczył czynności, które co do zasady wpisują się w obowiązki podmiotów zamawiających jako element ich normalnej działalności i realizowane są nieodpłatnie przez personel każdego zamawiającego (dział zaopatrzenia, dział księgowości, czy obsługę prawną w przypadku sporów). Podważa to argumentację Obwinionego o poczynionych z tego tytułu oszczędnościach finansowych.

Przechodząc do kwestii prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z którym bezpośrednio wiąże się zarzut naruszenia przez Obwinionego art. 17 ust. 1 pkt 1 uooudfp, to należy podkreślić, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogli zidentyfikować zakresu działań realizowanych przez (...), jak również byli zmuszeni, jak wskazano wyżej, na doliczenie do ceny ofertowej wartości tych bliżej niesprecyzowanych czynności. Zgodzić się również należy w tym miejscu z wnioskami kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP, w ramach której wskazano, że: *Doprowadziło to do sytuacji, w której doszło do połączenia stosunku prawnego łączącego wykonawcę i zamawiającego (szpital) wynikającego z udzielanego zamówienia publicznego z wymogiem nawiązania innego stosunku prawnego łączącego wykonawcę i podmiot trzeci (pełnomocnika). W ocenie kontrolującego połączenie to w znaczący sposób oddziaływało na aspekt związany z samym zamówieniem, w tym decydowało o zainteresowaniu złożeniem oferty i sposobie kalkulacji ceny oraz w konsekwencji eliminowało podmioty niezainteresowane ponoszeniem dodatkowych kosztów realizacji zamówienia, a tym samym ograniczało konkurencję na rynku dostawców leków.*

Tym samym GKO, w ślad za ustaleniami poczynionymi przez RKO, uznała, że realizacja zamówienia z udziałem spółki (...) nie było związane z przedmiotem zamówienia, bowiem przedmiot ten stanowiła dostawa leków (analogicznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 sierpnia 2017 r. KIO/KD 42/17).

Mając na uwadze powyższe GKO w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę w całości podzieliła ustalenia faktyczne oraz kwalifikację prawną naruszenia dokonaną przez RKO i tym samym stwierdza, że złożone przez Obwinionego odwołanie nie może być uwzględnione.

Sygn. akt BDF1.4800.79.2018

GKO w niniejszym składzie, w ślad za Komisją I instancji oceniła, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych czynów przypisanych Obwinionemu jest wyższy niż znikomy (art. 28 ust. 1 uondfp). Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych opisanych wyżej naruszeń dyscypliny finansów publicznych GKO, za Komisja I instancji, uwzględniła przede wszystkim wagę naruszonych obowiązków, a także sposób i okoliczności ich naruszenia (art. 28 ust. 1a uondfp).

Jedynie na marginesie GKO zwraca uwagę, iż Komisja I instancji, mając na względzie dotychczasowe postępowanie Obwinionego (brak karalności) i fakt braku kwestionowania celowości i efektów zakupów grupowych, odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu uznając, że sam fakt prowadzenia postępowania związanego z dyscypliną finansów publicznych spełnił już cel tego postępowania – którego to argumentu GKO nie może podważyć na obecnym etapie postępowania.

Reasumując, zdaniem GKO, wskazane przez RKO przepisy prawa materialnego (źródłowego) zostały naruszone, a tym samym zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych i należało oddalić odwołanie Pana (...) i utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie.

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