



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 11 marca 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Leszek Paweł Biedka (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Leszek Bielecki
Protokolant:		Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter,
po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 11 marca 2019 r., odwołań wniesionych przez
Obwinionych:

1. **(A)** – zam. (...),
2. **(B)** - (...),

od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej z dnia 21 listopada 2018 r. sygn. akt: BMO-361-1-8/2018, którym Komisja uznała **(A)** - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...)i **(B)** - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Dyrektora (...), odpowiedzialnymi za naruszenie w dniu 5 sierpnia 2014 r. dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.), zwanej uondfp, polegające na tym, że przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w drodze przetargu nieograniczonego na usługi zimowego utrzymania dróg (nr (...)) Obwinieni zawarli w dniu 5 sierpnia 2014 r. z firmą (...) umowę na usługi zimowego utrzymania drogi krajowej nr (...) w zakresie zadania nr 2 i nr 3, pomimo tego, że oferta ta miała podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji w stosunku do każdego z Obwinionych, odstąpiła od wymierzenia kary i obciążyła każdego z nich obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości po 316,18 zł.

orzeka

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp, w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uondfp uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i uniewinnia Obwinionych od stawianych im zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych,**
- 2. na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

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

Do Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej zwanej dalej „MKO”, wpłynęły wnioski z dnia 2 stycznia i 15 lutego 2018 r Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, zwanego dalej takżę „Zastępcą Rzecznika”, o ukaranie:

- (B), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Dyrektora (...), obwinionego o naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwanej dalej uondfp, polegające na tym, że przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w drodze przetargu nieograniczonego na usługi zimowego utrzymania dróg zawarł w dniu (...) sierpnia 2014 r. umowę ze (...) na usługi zimowego utrzymania drogi krajowej nr (...) w zakresie zadania nr

2 i nr 3, pomimo tego, że oferta ta miała podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” oraz - (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...), obwinionego o naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uoondfp, polegające na tym, że przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w drodze przetargu nieograniczonego na usługi zimowego utrzymania dróg zawarł w dniu 5 sierpnia 2014 r. umowę ze (...) na usługi zimowego utrzymania drogi krajowej nr (...) w zakresie zadania nr 2 i nr 3, pomimo tego, że oferta ta miała podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zastępca Rzecznika wnosił o wymierzenie Obwinionym kary upomnienia.

Podstawą do złożenia ww. wniosków o ukaranie były następujące okoliczności faktyczne.

W dniu 20 sierpnia 2015 r. Najwyższa Izba Kontroli Delegatura (...)zwana dalej „NIK”, wystosowała do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych przez (A) oraz (B). Zamawiający przeprowadził przetarg nieograniczony na wykonywanie usług zimowego utrzymania dróg krajowych udzielił m.in. zamówienia na wykonanie zadań nr 2 i nr 3 (...). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej „SIWZ”, Oddział wymagał do realizacji ww. zamówienia sprzętu o określonych parametrach technicznych, w tym m.in. dwóch ciągników o mocy silnika co najmniej 150 KM (po jednym na każde zadanie). W trakcie kontroli NIK stwierdził, że oferty (...) na zadania nr 2 i 3 zawierały nieprawdziwe informacje co do mocy silników oferowanych ciągników. (...) w ofertach zadeklarował, że zamówienie - zgodnie z wymogami SIWZ - będzie realizował ciągnikami o mocy silników co najmniej 150 KM i jako ciągniki spełniające ten wymóg do realizacji ww. zadań zaoferował ciągniki „New Holland T6030 Delta” (zadanie nr 2) oraz „New Holland T6020” (zadanie nr 3). Kontrolerzy NIK, na podstawie danych ze stron internetowych producenta ww. ciągników ustalili, że moce silników, zadeklarowanych do realizacji zadań ciągników, miały odpowiednio 112 i 117 KM. W dniu 16 października 2015 r. Rzecznik wszczął postępowania wyjaśniające wobec obwinionych, a następnie umorzył z uwagi na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 17 grudnia 2015 r. Dyrektor Delegatury Najwyższej Izby Kontroli (...) wniósł zażalenie do Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na postanowienia Rzecznika umarzające postępowania wyjaśniające.

Główny Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, postanowieniami z dnia 4 grudnia 2017 r. uchylił zaskarżone postanowienia i - na podstawie art. 108 ust. 2 pkt 1 uondfp - nakazał Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwemu w sprawach rozpatrywanych przez Międzyresortową Komisję Orzekającą wystąpienie z wnioskiem o ukaranie (B) oraz (A) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uondfp.

Wobec powyższego rzecznik złożył wnioski o których mowa na wstępie niniejszego uzasadnienia.

Międzyresortowa Komisja Orzekająca rozpoznała sprawę i ustaliła co następuje.

W dniu 5 sierpnia 2014 r. Obwinieni zawarli umowę ze (...) na usługi zimowego utrzymania drogi krajowej nr (...) w zakresie zadania nr 2 i nr 3, pomimo tego, że oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z przepisami Pzp w zakresie uczciwej konkurencji. Oferty spółki (...) były niezgodne z Pzp, ponieważ zawierały nieprawdziwe informacje w zakresie dotyczącym zobowiązania wykonawcy, co do zamiaru realizacji zamówienia ciągnikami o mocach wymaganych w SIWZ. (...)oferując ciągniki o niższych parametrach od wymaganych, mógł również zaoferować niższą cenę. Tym samym oferta tego wykonawcy uderzała w interes pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i naruszała zasadę uczciwej konkurencji. Celem tej zasady jest ochrona prawidłowego funkcjonowania wolnego rynku poprzez zapewnienie konkurencji między działającymi na tym rynku wykonawcami oraz odpowiedniej jakości ich usług, a tym samym doprowadzenie do udzielenia zamówienia na możliwie najkorzystniejszych dla zamawiającego zasadach m.in. poprzez zapewnienie realizacji zamówień sprzętem specjalistycznym posiadającym parametry pożądaną przez zamawiającego.

Ponieważ warunkiem realizacji zadań nr 2 i 3, polegających na zimowym utrzymaniu dróg, było wykonanie ich przy użyciu ciągników mechanicznych o mocy co najmniej 150 KM, zamawiający powinien sprawdzić złożone oferty przynajmniej w tym zakresie. Prawidłowo złożona w przetargu oferta miała obejmować, poza wypełnionym formularzem ofertowym,

także formularz cenowy dla danego zadania. W formularzu tym wyszczególniono m.in. pozycję dotyczącą deklarowanego sprzętu w postaci „ciągnika o mocy co najmniej 150 KM”, czyli takiego jakiego wymagał zamawiający w SIWZ. Tak więc zobowiązanie dostarczenia sprzętu zgodnego z wymogami SIWZ wynikało nie z treści dodatkowych oświadczeń, lecz z samej oferty. Natomiast uszczegółowienie oferty w zakresie deklarowanego sprzętu stanowił wymagany przez zamawiającego formularz pn. „*Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia i dostępnych wykonawcy jednostek sprzętowych*”.

Wykaz ten wymagał podania przez wykonawców nie tylko marki i symbolu pojazdu, ale również oznaczeń go identyfikujących i powinien podlegać weryfikacji na etapie badania i oceny ofert, w tym pod kątem zgodności z SIWZ i prawdziwości informacji.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Głównej Komisji Orzekającej i sądów powszechnych przyjęto tezę, że żaden przepis nie nakłada na zamawiającego obowiązku przeprowadzenia takiego właśnie szczegółowego badania oferty, co nie oznacza, że Zamawiający nie ma obowiązku - zwłaszcza jeśli postawił wysokie wymagania - sprawdzenia oferty, choćby w minimalnym stopniu. Pełnomocnik Obwinionych podnosił, że zamawiający dokonuje weryfikacji ofert tzn. sprawdza czy wykaz sprzętu jest załączony do oferty, czy są wszystkie wymagane jednostki sprzętu, czy wykonawca przedstawił zgodnie z wymogami nazwę, model, typ oraz czy została wskazana informacja o podstawie dysponowania tymi środkami. Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że weryfikacja ofert jest dokonywana pod względem formalnym, natomiast pod względem merytorycznym nie jest dokonywana.

MKO zgodziła się również ze stwierdzeniem NIK, że „*nie sposób też uznać, aby zamawiający jako profesjonalista w dziedzinie utrzymania dróg, znający specyfikę wykonywania usług zimowego utrzymania stawiał wymogi techniczne, których nie byłby w stanie zweryfikować w ramach przetargu. Zdaniem NIK, takiej weryfikacji miał służyć powyższy wykaz jednostek niezbędnych do wykonywania zamówienia. W przeciwnym przypadku należałoby uznać, że zamawiający w istocie sformułował nieproporcjonalny wymóg wobec wykonawców i naruszył przepisy Pzp zobowiązujące go do przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji*”. Mając powyższe na uwadze, zamawiający był zobligowany do odrzucenia ww. ofert.

MKO uznała (B) i (A) odpowiedzialnymi za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uoandfp, polegające na tym, że po przeprowadzaniu postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego na usługi zimowego utrzymania dróg zawarli w dniu 5 sierpnia 2014 r. umowę na usługi zimowego utrzymania drogi krajowej nr (...) w zakresie zadania nr 2 i nr 3, pomimo tego, że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i odstąpiła od wymierzenia kary.

Od powyższego orzeczenia odwołania wnieśli obaj Obwinieni, zarzucając błędną interpretację stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że doszło do wyboru oferty, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i w konsekwencji błędne przyjęcie, że popełniono czyn, o którym mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp.

Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie stan faktyczny nie jest sporny, a ustalenia poczynione przez MKO w toku wcześniejszego postępowania Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych zwana dalej „GKO”, uznaje za własne.

Pierwszym obowiązkiem GKO jest ustalenie, czy w sprawie znajduje zastosowanie art. 24 ust. 1 uoondfp, zgodnie z którym jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy.

Stosownie do art. 21 uoondfp naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za dokonane w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, przy czym za czas, w którym sprawca zaniechał działania uważa się dzień następujący po upływie, terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić.

W niniejszej sprawie zawarcie umowy nastąpiło 5 sierpnia 2014 r., a więc ten dzień, w świetle przywołanego wyżej przepisu należy uznać za datę popełnienia naruszenia. W tym dniu art. 17 ust. 1c uoondfp stanowił, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. W dniu orzekania przez GKO, zgodnie z tym przepisem naruszeniem dyscypliny finansów publicznych było naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ

odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego lub umowy ramowej. Zważywszy, że wcześniejsze brzmienie przepisu nie jest względniejsze dla sprawy aktualizuje się przepis o treści obowiązującej w dniu orzekania.

Drugi z przepisów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp) nie uległ zmianie, a więc rozważania o zastosowaniu przepisu intertemporalnego są bezprzedmiotowe.

Z treści dokumentów złożonych przez (...) wynika, że wykonawca zamieścił w swojej ofercie informacje, które były zgodne z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego, ale nie były zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający wymagał, aby ciągniki, przy pomocy których wykonywane byłoby zamówienia miały moc 150 KM, wykonawca zadeklarował, że ciągniki będą miały moc wymaganą przez zamawiającego, a w rzeczywistości ciągniki te miały moc 112 i 117 KM. Oferta złożona przez (...) zawierała informacje nieprawdziwe co do okoliczności stanowiącej przesłankę mogącą być podstawą uznania, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wobec faktu, że wykonawca złożył ofertę z informacjami nieprawdziwymi, wskazując zawyżone parametry mocy ciągników mogło dojść do sytuacji, w której (...) naruszył zasadę uczciwej konkurencji mogąc przedstawić ofertę skalkulowaną w oparciu o zaniżoną wartość sprzętu, przy pomocy którego miałyby być realizowane zamówienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Co do zasady nie budzi wątpliwość GKO okoliczność, że jeśli oferta wybranego wykonawcy zawiera informacje nieprawdziwe winna podlegać odrzuceniu. Jednakże kluczowe z punktu widzenia GKO w realiach niniejszej sprawy, mając na uwadze brzmienie art. 19 uoondfp, jest ustalenie, czy Obwiniony w czasie popełniania czynu mógł przyjąć, że oferta wykonawcy zawiera informacje nieprawdziwe tj. czy w oczekiwanym wzorcu zachowania Obwinionego było poddanie w wątpliwość treść złożonych dokumentów przez wykonawcę i dodatkowe potwierdzenie informacji tam zawartych (np. weryfikacja mocy ciągników na stronie producenta).

Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo zakładać, że wykonawca jest podmiotem profesjonalnym, a więc zobowiązany do dochowania należytej staranności w stopniu

wyższym niż przeciętny uczestnik obrotu gospodarczego, a w konsekwencji wszystkie informacje znajdujące się w ofercie i załącznikach są zgodne ze stanem rzeczywistym. Zamawiający nie ma żadnych przesłanek, ażeby z góry zakładać, że informacje te nie są prawdziwe i w każdym przypadku sprawdzać rzetelność przedstawionych przez wykonawcę danych. Ewentualne uruchomienie procedur weryfikacyjnych może mieć miejsce w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wiarygodną informację – na podstawie wiedzy własnej lub podanej przez innego wykonawcę - o tym, że złożone wraz z ofertą dokumenty mogą zawierać informacje nieprawdziwe.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa powyższą wykładnię za uzasadnioną, przyjmując że wykonawca jest podmiotem profesjonalnym i nie ma potrzeby sprawdzania każdej okoliczności faktycznej i prawnej. Wykonawca przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego składa wraz z ofertą oświadczenia wiedzy w sposób celowy i o domniemaniu prawdziwości tych oświadczeń decyduje wspomniana wyżej należyta staranność oceniana z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. W konsekwencji po stronie zamawiającego obowiązek weryfikacji podanych przez wykonawcę danych powstaje dopiero w przypadku, gdy będzie miał on uzasadnione podejrzenie co do rzetelności złożonych dokumentów. Nie wyklucza to oczywiście sprawdzenia autentyczności dokumentów oraz ich wiarygodności ale w świetle przepisów Pzp takich działań nie sposób uznać za wzorzec starannego postępowania, którego niedopełnienie skutkowałoby odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W niniejszej sprawie zamawiający wzywał wykonawców do uzupełnienia dokumentów, co do których miał wątpliwości, nie zastosował tej procedury wobec oferty (...) albowiem nie miał w tym zakresie żadnych podstaw do zastrzeżeń, zaniechaniu temu wobec powyżej wskazanych okoliczności nie można zarzucić braku należytej staranności i w konsekwencji zawinionego charakteru.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.