



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

Warszawa, dnia 27 czerwca 2019 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	<b>Wojciech Robaczyński</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Klaudia Stelmaszczyk</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Elżbieta Gnatowska (spr.)</b>
<b>Protokolant:</b>		<b>Paweł Matusiak</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 27 czerwca 2019 r., odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny na niekorzyść Obwinionego, jak i odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Rzeszowie z dnia 28 marca 2019 r. sygn. akt: 4010/1/2019, którym Komisja uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Gminy (...), odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 3 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 nieuprawnionym unieważnieniu 15 marca 2017 r. postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wymianę lamp oświetlenia wraz z zapewnieniem finansowania w oparciu o model ESCO oraz usługę serwisu/konserwacji na terenie (...)” o wartości zamówienia 1.951.219 zł (467.369,03 euro)

(znak postępowania (...)), podając jako powody okoliczności, które nie stanowiły przesłanki do unieważnienia postępowania, przez co naruszono art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 z późn. zm.).

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 327,81 zł,  
**orzeka**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, uchyla orzeczenie pierwszej instancji i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Rzeszowie.**

**Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

**Uzasadnienie**

Orzeczeniem z dnia 28 marca 2019 r. Regionalna Komisja Orzekając w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Rzeszowie (RKO) uznała Obwinionego (...) w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu Burmistrza Gminy (...), winnym popełnienia czynu polegającego na nieuprawnionym unieważnieniu w dniu 15 marca 2017 r. postępowania - prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego - na „Wymianę lamp oświetlenia wraz z zapewnieniem finansowania w oparciu o model ESCO oraz usługą serwisu/konserwacji na terenie (...)” o wartości zamówienia 1.951.219 zł. (tj. 467.369,03 euro) – znak postępowania (...) – z podaniem jako powodów okoliczności, które nie stanowiły przesłanki do unieważnienia postępowania, przez co naruszył przepisy art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 3 uondfp. Jednocześnie na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp RKO odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary.

RKO rozpatrywała sprawę na skutek wniosku o ukaranie z dnia 2 stycznia 2019 r. (pismo znak RD/431/37/2018) skierowanego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych

właściwego w sprawach rozpoznawanych przez RKO (Rzecznik DFP), w którym wniósł on o:

- 1) uznanie, że Obwiniony (...) popełnił czyn, o którym mowa w art. 17 ust. 3 uondfp, polegający na nieuprawnionym unieważnieniu w dniu 15 marca 2017 r. postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wymianę lamp oświetlenia wraz z zapewnieniem finansowania w oparciu o model ESCO oraz usługą serwisu/konserwacji na terenie (...)” o wartości zamówienia 1.951.219 zł. (tj. 467.369,03 euro), na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, w sytuacji gdy powody podane w decyzji o unieważnieniu postępowania nie wyczerpywały przesłanek takiego unieważnienia;
- 2) wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia.

Wniosek o ukaranie został sporządzony przez Rzecznika DFP po przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym wszczętym na skutek „Zawiadomienia o stwierdzonym naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przy udzieleniu zamówienia publicznego”, sporządzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i podpisanego z jego upoważnienia przez Wiceprezesa UZP (pismo z dnia 28.08.2018 r., Upoważnienie nr (...) z dnia 5 kwietnia 2017 r.).

Kierując „Zawiadomienie o stwierdzonym naruszeniu przepisów ustawy (...)” Prezes UZP wskazał, że działa na podstawie art. 168a ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: ustawą Pzp, oraz art. 93 ust. 1 pkt uondfp. Jednocześnie w uzasadnieniu zawiadomienia wskazane zostało, że do ujawnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych doszło w wyniku wszczęcia na wniosek postępowania wyjaśniającego (art. 161 ust. 4 ustawy Pzp) w przedmiocie przeprowadzonego przez Gminę (...) postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, na „Wymianę lamp oświetlenia wraz z zapewnieniem finansowania w oparciu o model ESCO oraz usługą serwisu/konserwacji na terenie (...)”.

W ustaleniach postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego przez Prezesa UZP, szczególnie istotne dla sprawy są następujące okoliczności:

- 1) Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień

Publicznych z dnia 14 lutego 2017 r. oraz – ze względu na wartość zamówienia – przekazując ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Mamy więc do czynienia z zamówieniem podlegającym tzw. „dyrektywom zamówieniowym” UE.

- 2) Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) określił terminy realizacji zamówienia w następujący sposób :
  - Etap I – wymiana lamp; do 4 miesięcy od daty zawarcia umowy,
  - Etap II – osiągnięcie efektu ekologicznego, ekonomicznego, energetycznego oraz utrzymanie w sprawności technicznej (...); 48 miesięcy od daty zrealizowania etapu I, a w przypadku gdy okres udzielonej gwarancji będzie dłuższy – termin realizacji etapu II równy będzie okresowi udzielonej przez Wykonawcę gwarancji.
- 3) W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający określił czas trwania zamówienia na 4 miesiące od udzielenia zamówienia.
- 4) Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 1.951.219 zł. i wskazał ją w ogłoszeniu o zamówieniu, a przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2.400.000 zł.
- 5) 15 marca 2017 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i wskazując w uzasadnieniu, że w postępowaniu tym wystąpiły:
  - niezgodność w ustaleniu i opublikowaniu wartości zamówienia (Zamawiający określając i upubliczniając wartość zamówienia nie uwzględnił w niej kwoty przeznaczonej na realizację II etapu),
  - niezgodność informacji zawartych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu o okresie na jaki ma być zawarta umowa.
- 6) Ponadto Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania wskazał że zaniechał wykonania obowiązku określonego w art. 142 ust. 3 ustawy Pzp, tj. zawiadomienia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (czyli w postępowaniach objętych regulacjami dyrektyw UE).

7) W postępowaniu wyjaśniającym Zamawiający poinformował ponadto Prezesa UZP, że:

- prawidłowe kwoty dotyczące wartości zamówienia oraz kwoty przeznaczonej na jego sfinansowanie powinny wynosić odpowiednio 3.416.231,02 zł i 4.610.000 zł,
- oferta jednego z wykonawców powinna podlegać procedurze wyjaśniania rażąco niskiej ceny, co nie było realizowane ze względu na istniejące zdaniem Zamawiającego podstawy do unieważnienia postępowania z powodu nieusuwalnych wad formalnych, wskazanych w uzasadnieniu unieważnienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym, o którym mowa w art. 161 ust. 4 ustawy Pzp (nie wszczynając kontroli postępowania zgodnie z przepisami art.165 i nast. tej ustawy) uznał niezasadność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzając w zawiadomieniu do Rzecznika DFP, kierowanym na podstawie art. 168a ustawy Pzp, co następuje:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania gdyż odsyła do przesłanek unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp i chociaż art. 146 ust. 6 ustawy Pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne, obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od zasady, że postępowania prowadzi się w celu wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy i jako taki nie może być interpretowany rozszerzająco. Stąd przyczyna unieważnienia wykraczająca poza katalog określony w art. 146 ust. 1 pkt 1-7 ustawy Pzp musi być sprecyzowana na tyle dokładnie aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty, jest nieusuwalna i na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy – a tym samym mieści się w zakresie zastosowania klauzuli generalnej zawartej w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp;
- 2) w ocenie Prezesa UZP rozbieżności między zapisami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie stanowiły wady w rozumieniu art. 83 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a niezawiadomienie Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata było uchybieniem, które w danym stanie faktycznym nie może być poczytane za naruszenie przepisów, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Tym samym Prezes UZP uznał, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania na „Wymianę lamp oświetlenia wraz z zapewnieniem finansowania w oparciu o model ESCO oraz usługą serwisu/konserwacji na terenie (...)” naruszające przepisy ustawy, wypełniło przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 3 uodnfp .

W zawiadomieniu Prezes UZP poinformował także, że „nie prowadził kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, a naruszenie dyscypliny finansów publicznych zostało stwierdzone w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego”.

We wniosku o ukaranie, Rzecznik DFP podzielił stanowisko Prezesa UZP, zawarte w „Zawiadomieniu o stwierdzonym naruszeniu przepisów ustawy (...)”. Wniosek Rzecznika DFP powiela i cytuje w sposób obszerny argumentację Prezesa UZP odnośnie do opisu i kwalifikacji prawnej czynu. Tym samym Rzecznik DFP nie wziął pod uwagę pisemnych wyjaśnień Obwinionego zawartych w jego piśmie z dnia 18.10.2018 r. (odwołujących się m.in. do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej) oraz wyjaśnień wraz z wnioskami dowodowymi z dnia 3 stycznia 2019 r., które wpłynęły do Rzecznika DFP już po sporządzeniu przez niego wniosku o ukaranie [Postanowieniem nr 2 z 4 stycznia 2019 r. wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka, został oddalony]. Odnośnie do przypisania odpowiedzialności Rzecznik DFP wskazał, że to Obwiniony podpisał decyzję o unieważnieniu postępowania więc ponosi odpowiedzialność za działanie wyczerpujące znamiona czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. Natomiast wnioskowana kara upomnienia jest adekwatna do sposobu popełnienia czynu gdyż „realizując swoją funkcję prewencyjną oraz dyscyplinującą, stanowić będzie czynnik przeciwdziałający niepożądanym zachowaniom w przyszłości i tym samym osiągnie zamierzony przez ustawodawcę skutek”. Rzecznik DFP ustalił, że Obwiniony nie był wcześniej karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ustalenia Regionalnej Komisji Orzekającej co do zaistniałych okoliczności sprawy dokonane zostały na rozprawie w dniu 28 marca 2019 r. oraz na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO wskazane zostało, że podczas rozprawy Obwiniony podkreślił, że „podstawą unieważnienia przedmiotowego postępowania nie były rozbieżności między treścią SIWZ a treścią ogłoszenia o zamówieniu lecz zamieszczenie ogłoszenia o

zamówieniu zawierającego nieprecyzyjne zapisy niezgodne z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 pzp, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 pzp”. Obwiniony powołał się na wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2010 r. (KIO/UZP/ 939/10) z którego wynika, że ustawa nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów SIWZ nad treścią ogłoszenia i że dokumenty te powinny być ze sobą spójne. W ocenie Obwinionego przekazanie błędnego ogłoszenia o zamówieniu do publikatora jest równoznaczne w skutkach z nieprzekazaniem tego ogłoszenia w ogóle. Dlatego Obwiniony w sposób ostrożny zastosował przepisy art. 146 ustawy Pzp, mając na względzie stan niepewności prawnej, w której zawierając umowę po przeprowadzeniu postępowania obciążonego poważnymi i nieusuwalnymi wadami, zmuszony byłby oczekiwać na to czy Prezes UZP wystąpi do sądu o unieważnienie umowy.

Zeznająca na rozprawie w dniu 28 marca 2019 r. świadek (...) przedstawiła okoliczności stwierdzenia nieusuwalnych wad postępowania. Doszło do tego po otwarciu ofert. Jako przewodnicząca komisji przetargowej wniosowała o unieważnienie postępowania.

Rzecznik DFP podtrzymał stanowisko zawarte we wniosku o ukaranie Obwinionego.

W rozważaniach przyjętych za podstawę wydania orzeczenia RKO w całej rozciągłości podzieliła interpretacje faktyczno-prawne przyjęte przez Prezesa UZP i w ślad za nim Rzecznika DFP. RKO uznała w szczególności, że:

- w myśl art. 17 ust. 3 uondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania;
- zasadą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno się zakończyć wyłonieniem wykonawcy i zawarciem z nim umowy o udzielenie zamówienia, a unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej zasady;
- aby można było unieważnić postępowanie musi wystąpić rzeczywista wada tego postępowania, która musi mieć charakter trwały, niemożliwy do usunięcia i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy (Wyrok KIO z 4 stycznia 2018 sygn. KIO 2700/17);

- w sprawie bezsporne jest, że ogłoszenie o zamówieniu zawierało wady w zakresie wskazania terminu realizacji zamówienia (z pominięciem II etapu) oraz określenia wartości przedmiotu zamówienia (z pominięciem II etapu), co jest wadą postępowania w postaci niezgodności ogłoszenia z danymi wynikającymi z SIWZ; sporne natomiast jest czy taka wada skutkowałą niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy;
- przyjmuje za swoje stanowisko Rzecznika DFP oraz Prezesa UZP, że w danym stanie faktycznym występujące w treści ogłoszenia o zamówieniu błędy w zakresie terminu realizacji zamówienia oraz określenia wartości zamówienia – z pominięciem w obu przypadkach drugiego etapu realizacji zamówienia - nie stanowiły wad skutkujących niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego;
- odnośnie wady dotyczącej nieprawidłowego wskazania terminu realizacji zamówienia, nie uniemożliwiła ona oferentom złożenia prawidłowych ofert;
- wadliwe określenie wartości zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu nie jest na tyle istotne aby mogło stanowić podstawę unieważnienia ogłoszenia, m.in. dlatego, że wzór ogłoszenia, określony w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, nie przewiduje obowiązku podania w ogłoszeniu wartości zamówienia (są to dane opcjonalne);
- przekazanie błędnego ogłoszenia o zamówieniu do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej nie może być uznane za nieprzekazanie ogłoszenia w ogóle w rozumieniu art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; w przypadku gdy ogłoszenie zawiera błędy zamawiający jest zatem zobowiązany dokonać oceny w jakim stopniu błędy te mają wpływ na zawarcie umowy – innymi słowy, niezamieszczenie ogłoszenia zobowiązuje do unieważnienia umowy natomiast zamieszczenie ogłoszenia z błędami wpływa na możliwość zawarcia umowy zależnie od rodzaju popełnionych w ogłoszeniu błędów;
- ponieważ w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Obwiniony nie wskazał jako podstawy przesłanki z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lecz art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, powoływanie się na art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest przyjętą



przez Obwinionego, niewłaściwą linią obrony, niezgodną z treścią zawiadomienia o unieważnieniu postępowania;

- ocena wad w ogłoszeniu, jako nie mających wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, została dokonana przez Prezesa UZP czyli przez właściwy podmiot, uprawniony na podstawie art. 146 ust. 6, do występowania do sądu o unieważnienie umowy;
- brak zawiadomienia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres 4 lat był – wg twierdzenia Obwinionego - jedynie informacją dodatkową zawartą w uzasadnieniu do unieważnienia postępowania i nie był powodem unieważnienia postępowania; RKO nie odniosła się więc do tej okoliczności w wydanym orzeczeniu;
- przy dochowaniu należytej staranności popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych można było uniknąć; decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta pochopnie, a Obwiniony nie dokonał rzetelnej oceny wad w ogłoszeniu o zamówieniu pod względem określenia wpływu tych wad na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy i nie wykazał dlaczego uznał te wady za istotne.

Odstępując - na podstawie art. 36 ust. 1 uonfdp - od wymierzenia Obwinionemu kary, RKO uwzględniła w szczególności:

- innowacyjny charakter zamówienia,
- oparcie rozstrzygnięcia (unieważnienia) postępowania na rekomendacji Komisji Przetargowej,
- podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania w sytuacji wymagającej samodzielnego dokonania przez Obwinionego oceny niejednoznacznego stanu faktycznego,
- kierowanie się przez Obwinionego ostrożnością i chęcią uniknięcia w zaistniałych okolicznościach, zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu,
- brak orzecznictwa dotyczącego oceny wad postępowania jakie wystąpiły w unieważnionym postępowaniu o udzielenie zamówienia,

- fakt, że Obwiniony nie był wcześniej karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Od Orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej odwołanie wniósł zarówno Obwiniony (poprzez swojego obrońcę) jak również Rzecznik DFP.

Rzecznik DFP w odwołaniu z dnia 26 kwietnia 2019 r. zakwestionował orzeczenie wydane przez RKO w zakresie odstąpienia od wymierzenia Obwinionemu kary, poddając krytycznej ocenie wszystkie argumenty zawarte na tę okoliczność w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto zarzucił Obwinionemu nadużycie prawa do obrony poprzez korzystanie z dwóch obrońców, co narusza art. 74 ust. 3 uondfp, oraz poprzez fakt, że obrońca w 2018 r. pełnił w ramach Kancelarii również obsługę prawną Urzędu Miejskiego (...),

W odwołaniu z dnia 13 maja 2019 r., wniesionym przez obrońcę Obwinionego postawione zostały zarzuty:

- naruszenia przepisów prawa materialnego, stanowiących podstawę sporządzenia wniosku o ukaranie, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie,
- naruszenia przepisów proceduralnych poprzez uniemożliwienie Obwinionemu realizacji w pełnym zakresie prawa do obrony oraz niezastosowanie przepisów umożliwiających umorzenie postępowania w przypadku występowania przesłanki znikomej szkodliwości dla finansów publicznych.

W uzasadnieniu odwołania na korzyść Obwinionego podniesione zostało, że w przedmiotowej sprawie fakt naruszenia przepisów nie jest jednoznaczny co wskazała sama RKO, pisząc w uzasadnieniu o braku orzecznictwa dotyczącego wad jakie wystąpiły w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Raz jeszcze zwrócona została uwaga na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 czerwca 2010 r. sygn. KIO/UZP 939/10, w którym stwierdzono, że ustawa Pzp nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów SIWZ nad treścią ogłoszenia i że dokumenty te powinny być ze sobą spójne. Przywołany został także wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. KIO 34/11 stanowiący, że: „wykładnia celowościowa przepisu art 93 ust. 1 pkt 7 pzp musi prowadzić do wniosku, że – uwzględniając odpowiednio art. 146 ust. 6 pzp – wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania,

stanowią przesłankę jego unieważnienia. (...) Uznając możliwość zastosowania art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp stwierdza się, że ten przepis, wskazując na wpływ naruszenia na wynik postępowania, stanowi nie tylko o bezpośrednim wpływie tego naruszenia, ale także o potencjalnym zagrożeniu”.

Obrońca podniósł w odwołaniu, że rozbieżności między treścią ogłoszenia i treścią SIWZ były istotne, błędy te mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania bowiem niedoszacowany termin realizacji zamówienia oraz jego wartość – w zestawieniu z opisem przedmiotu zamówienia - mogły zniechęcić potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu. Nie jest też prawdą, że Obwiniony nie dokonał rzetelnej analizy przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania. Ponadto, w ocenie obrońcy, nie było innej, przewidzianej przepisami, możliwości konwalidacji błędów popełnionych na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu,

W zakresie naruszenia prawa do obrony obrońca podniósł, że Rzecznik DFP wyznaczył obwinionemu 15-dniowy termin do złożenia wyjaśnień, który upływał dnia 4 stycznia 2019 r. podczas gdy wniosek o ukaranie został sporządzony już 2 stycznia 2019 r. i wskazano w nim, że obwiniony nie skorzystał z prawa do złożenia wyjaśnień.

Obrońca obwinionego wniosł o uchylenie orzeczenia RKO w całości i:

- uznanie obwinionego niewinnym popełnienia zarzucanego mu czynu ewentualnie
- umorzenie postępowania.

**Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (GKO) zważyła. co następuje:**

I. Należy podzielić stanowisko zawarte w odwołaniu wniesionym przez obrońcę obwinionego, że w przedmiotowej sprawie fakt naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji wyczerpanie znamion czynu określonego w art. 17 ust. 3 uoondfp, nie są jednoznaczne, ani oczywiste. Mamy bowiem tutaj do czynienia z koniecznością dokonania uważnej i wnikliwej oceny stanu faktycznego sprawy zarówno w kontekście obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też – ze względu na wartość przedmiotu zamówienia – regulacji i orzecznictwa Unii Europejskiej.

Ta druga analiza nie została wykonana ani przez Rzecznik DFP ani przez RKO. Opieranie się w tym względzie wyłącznie na stanowisku Prezesa UZP może być uznane za niewystarczające (o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części uzasadnienia).

II. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp nie jest oczywiste, ponieważ w sprawie mamy do czynienia z ewidentnym popełnieniem błędów przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, których nie dało się skorygować (konwalidować) w chwili kiedy zostały one odkryte. Były to błędy odnoszące się do istotnych warunków zamówienia (okres realizacji zamówienia i jego wartość), tj. warunków wpływających zarówno na treść oferty, jak również przyszłej umowy. Słusznie więc wskazuje Obrońca Obwinionego, że oceny trzeba dokonać także z punktu widzenia potencjalnego wpływu takich błędów na konkurencyjność postępowania, a nie tylko z punktu widzenia złożonych ofert. Na marginesie, trudno zgodzić się z twierdzeniem Rzecznika DFP i RKO, że złożone oferty były prawidłowe, GKO wskazuje bowiem, że postępowanie zostało unieważnione przed ich badaniem i oceną formalną oraz merytoryczną. Jak wskazywał Obwiniony, odczytana cena jednej z tych ofert budziła wątpliwości Zamawiającego i gdyby postępowanie nie zostało unieważnione, prawdopodobnie poddana byłaby procedurze wyjaśniania (patrz art. 90 ustawy Pzp). Twierdzenie więc, że oferty były prawidłowe wydaje się być przedwczesne i nie mieć podstaw formalnoprawnych.

III. Jak zostało wspomniane, konieczność sporządzenia ogłoszenia zgodnego z przepisami i zawierającego prawidłowe dane powinna być oceniona nie tylko z punktu widzenia oferentów, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu, ale także z uwzględnieniem analizy czy i jaki wpływ mogły mieć te błędy na konkurencyjność postępowania. Ogłoszenie zawierające błędne informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub wartości czy terminu realizacji, może wprowadzić w błąd potencjalnych wykonawców, którzy nie zdecydowali się na złożenie ofert w tym postępowaniu właśnie z takiego powodu. Dlatego raz jeszcze należy przeanalizować stan faktyczny sprawy i zebrany oraz ew. uzupełniony materiał dowodowy pod kątem tego, czy nieprawidłowe informacje zawarte w ogłoszeniu przekazanym do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE mogły prowadzić do naruszenia zasady wyrażonej w art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (tzw. „dyrektywa klasyczna”), wymagającej od instytucji zamawiających

działania zapewniającego równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców na rynku wspólnotowym. Trzeba podkreślić, że w prawie europejskim ogłoszenie o zamówieniu jest podstawowym dokumentem zawierającym wszystkie istotne informacje o zamówieniu, określone w części C Załącznika nr V do Dyrektywy do którego odsyła art. 49 Dyrektywy. Pozostałe dokumenty zamówienia, otrzymywane od Zamawiającego lub publikacje na poziomie krajowym (patrz art. 52 do Dyrektywy) mają charakter uzupełniający do Ogłoszenia przesyłanego Urzędowi Publikacji UE i z pewnością dane w nich zawarte nie mogą być sprzeczne z danymi zawartymi w tym ogłoszeniu. Taka sprzeczność może bowiem wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców, do których skierowane jest ogłoszenie, a dotyczy to w szczególności wykonawców działających na rynku wspólnotowym, którzy mogą nie orientować się dostatecznie jaki charakter ma w polskim prawie dokument specyfikacji istotnych warunków zamówienia [na ten temat czyt. także komentarz do art. 36 ustawy Pzp w E. Gnatowska, Z. Percić i W. Jarzyński „Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych” Wydanie 1, Must Read Media 2017 r. str. 223-226].

Z drugiej strony przepisy dyrektywy klasycznej są mniej rygorystyczne w zakresie dotyczącym niezawarcia umowy. Art 55 ust 1 oraz art. 84 ust. 1 lit. g) tej dyrektywy wymagają jedynie uzasadnienia faktu nie zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Dlatego bardzo rygorystyczne interpretowanie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, w kontekście bagatelizowania znaczenia błędów w ogłoszeniu o zamówieniu, wydaje się być niezgodne z kontekstem działania zamawiającego w reżimie przepisów podlegających szczególnej regulacji prawa europejskiego. Aczkolwiek przepisów dyrektyw europejskich nie stosuje się wprost, to ich kontekst nie może być całkowicie pominięty przy interpretowaniu przepisów i ocenie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy. Rozpatrując sprawę ponownie RKO, powinna dokładnie przeanalizować ten problem.

IV. Na temat subsydiarnego znaczenia SIWZ w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu wypowiedziała się także Krajowa Izba odwoławcza. W wyroku KIO z 30 listopada 2010 r. (KIO 2534/10) stwierdza się co następuje:

„Nie budzi wątpliwości, że zapisy w zakresie określonych wymogów w obu wskazanych dokumentach, zarówno w ogłoszeniu jaki i w specyfikacji, winny być tożsame. Zapisy

ogłoszenia o zamówieniu mają umożliwić zapoznanie się z warunkami i wymogami postępowania wykonawcom krajowym i zagranicznym. Istotnym jest, że ogłoszenie stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwiać wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne. Umieszczona na stronie internetowej zamawiającego specyfikacja winna jedynie uszczegóławiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast zawierać informacji sprzecznych z treścią ogłoszenia. Identyfikacja treści informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym oraz siwz ma służyć jednakowej informacji dla wszystkich potencjalnych wykonawców o wymogach dotyczących określonego przedmiotu zamówienia publicznego. Oczywistym jest, że należy uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców zawartą w art. 7 Pzp zawieranie wzajemnie wykluczających się zapisów w ogłoszeniu i w siwz”.

Natomiast z uchwały KIO z 8 stycznia 2018 r., (KIO/KD 67/17) wynika, że nie tylko Izba, ale także Prezes UZP wyrażał pogląd, że treść ogłoszenia i SIWZ powinny być bezwzględnie tożsame. Dlatego rozpatrując ponownie sprawę należy sprawdzić i przeanalizować spójność opinii wyrażanej przez Prezesa UZP przy rozpatrywaniu omawianego zagadnienia prawnego, a ew. rozbieżności tych opinii nie powinny obciążać Obwinionego.

V. Główna Komisja Orzekająca zauważa, że w przypadku istnienia rozbieżności pomiędzy treścią (wiodącego jako źródło informacji o postępowaniu) ogłoszenia o zamówieniu z innymi (uzupełniającymi) dokumentami, zamawiający powinien zamieścić sprostowanie treści ogłoszenia o zamówieniu. Takie stanowisko zajmował również Prezes UZP w innych sprawach. Na przykład w związku z kontrolą przeprowadzoną 9 maja 2018 r. ((...)) Prezes UZP stwierdził, że „Zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią SIWZ bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.” [Zródło: Przetargi Publiczne <http://www.przetargipubliczne.pl/archiwum/art,8444,zmiana-a-sprostowanie-tresci-ogloszenia.html>]

VI. Aktualnie ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewiduje, że nieprzekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

ogłoszenia (m.in.) o sprostowaniu lub zmianach, stanowi czyn naruszenia dyscypliny finansów publicznych (patrz art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp). Jest to więc poważne naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych patrząc w kontekście systemowej i celowościowej wykładni prawa. Dlatego – mimo, że nieprzekazanie do publikacji sprostowania lub zmiany ogłoszenia nie zostało wprost ujęte w treści art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawa unieważnienia umowy – sytuacja niedokonania i niezamieszczenia sprostowania/zmian ogłoszenia eliminujących rozbieżność między błędną treścią ogłoszenia i poprawną treścią SIWZ, zawsze może rodzić obawy zamawiającego, że Prezes UZP wystąpi do Sądu o unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy pzp.

Po zmianie treści art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp powstaje też pytanie czy w drodze interpretacji przepisu można pozbawiać zamawiających możliwości wycofania się z popełnionego błędu, a tym samym pozbawiać możliwości uniknięcia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez skorzystanie z dobrodziejstwa art. 17 ust. 1a pkt 2 uondfp. A do tego mogłoby prowadzić przyjęcie oraz utrwalenie rygorystycznej i zawężającej linii interpretacyjnej, zaprezentowanej w niniejszej sprawie przez Prezesa UZP i Rzecznika DFP, następnie podtrzymanej w orzeczeniu RKO.

VII. Kolejna wątpliwość Głównej Komisji Orzekającej dotyczy tego, czy i w jakim stopniu - zarówno Rzecznik DFP jak również RKO - mogły się oprzeć przy rozpatrywaniu sprawy na stanowisku Prezesa UZP, zawartym w „Zawiadomieniu o stwierdzonym naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Kierując zawiadomienie Prezes UZP wskazał, że działa na podstawie art. 168a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 93 ust. 1 pkt 5 uondfp. Jednocześnie w uzasadnieniu zawiadomienia wskazał, że do ujawnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych doszło w wyniku wszczęcia (na wniosek) postępowania wyjaśniającego (art. 161 ust. 4 ustawy Pzp), bez przeprowadzenia kontroli. Należy zauważyć, że nie wszczynając i nie przeprowadzając postępowania kontrolnego, Prezes UZP nie wyczerpał przewidzianej przepisami prawa tj. ustawy Pzp, ścieżki dokonywania wiążących ustaleń, czy w danym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych.

Kontrola udzielenia zamówień publicznych przez Prezesa UZP została uregulowana w Dziale V, Rozdziale 3 ustawy Pzp. W myśl art. 161 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Prezes UZP przeprowadza kontrolę udzielenia zamówień, której celem jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Art. 161 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje, że w celu ustalenia czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, wszczęcie kontroli może poprzedzić postępowanie wyjaśniające. Innymi słowy postępowanie wyjaśniające jest fakultatywnym działaniem przygotowawczym, poprzedzającym wszczęcie właściwej kontroli.

Ramy prowadzenia kontroli doraźnej (bo taka byłaby właściwa w przedmiotowej sprawie), w wyniku której może dojść do ustaleń w zakresie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp, określone zostały w Oddziale 2, Rozdziału 3, Działu V, w przepisach art. 165-168a. Jak wynika z tych przepisów, Prezes UZP kończąc kontrolę zobowiązany jest doręczyć zamawiającemu informację o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1), a zamawiający ma prawo zgłoszenia od wyniku kontroli umotywowanych zastrzeżeń (art. 167 ust.1). W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Prezes UZP ma obowiązek przekazać je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą i jest opinią KIO związany (art. 167 ust. 2 i 4).

Regulację o kontroli doraźnej zamyka (zamieszczony w tym samym Oddziale 3) przepis art. 168a, w myśl którego, w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy, stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, Prezes UZP zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. W świetle takiej systematyki przepisów, można rozważyć jako pewien problem prawny, czy zawiadomienie rzecznika dyscypliny finansów publicznych nie powinno następować dopiero po wyczerpaniu całej ścieżki dokonywania wiążących ustaleń kontrolnych, tj, po „prawomocnym” stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy Pzp, które jednocześnie ujawnia fakt naruszenia (tym samym działaniem) dyscypliny finansów publicznych. Oczywiście, organy właściwe w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie są właściwe do oceny działań kontrolnych przeprowadzanych przez Prezesa UZP, jednak na marginesie niniejszej sprawy można wskazać, że bez przeprowadzenia postępowania kontrolnego zamawiający nie może zrealizować prawa do skorzystania z ustawowej ścieżki obrony przed zarzutami naruszenia przepisów ustawy



Pzp, sprawa nie może też stać się przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Mimo powyższych uwag, brak jest podstaw do kwestionowania skuteczności zawiadomienia skierowanego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 5 uondfp, niezależnie od ewentualnej wątpliwości, czy wyłącznie na podstawie czynności wyjaśniających, bez przeprowadzenia kontroli i wyczerpania prawnej ścieżki rozstrzygania zastrzeżeń do ustaleń tej kontroli, można powołać się na dokonanie ustalenia w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. . Uwagi te nie mają jednak wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, gdyż nie ulega wątpliwości, że Prezes UZP należy do podmiotów uprawnionych do złożenia zawiadomienia w rozumieniu art. 93 uondfp, zaś organy orzekające w prawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych dokonują własnej oceny stanu faktycznego i nie są związane ustaleniami wynikającymi z procedur kontrolnych przewidzianych w ustawie – Prawo zamówień publicznych.

VIII. Jak wynika z powyższego, twierdzenie Obrońcy, że Obwinionego pozbawiono przysługującego mu prawa do obrony może być o tyle zasadne, że miało to miejsce na etapie jeszcze przed skierowaniem zawiadomienia do Rzecznika DFP poprzez pozbawienie Obwinionego możliwości uzyskania korzystnego stanowiska wydanego przez właściwy organ (czyli KIO) – jednakże okoliczność ta nie jest istotna z punktu widzenia praw do obrony w postępowaniu w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Natomiast GKO nie podziela poglądu, że Obwinionego pozbawiono prawa do obrony. Umożliwienie złożenia wyjaśnień przez Obwinionego przed Rzecznikiem DFP, jest wadliwe, jednakże wada ta została konwalidowana w postępowaniu dowodowym przed RKO.

IX. W ocenie GKO uzasadnienie RKO w zakresie odstąpienia od wymierzenia kary jest staranne i przekonywujące. Bierze ono pod uwagę wszystkie istotne okoliczności sprawy, intencje Obwinionego zasługujące na uwzględnienie oraz fakt, że Obwiniony nie był dotąd karany. Jednakże wobec omówionych wcześniej licznych wątpliwości prawnych dotyczących samego faktu wypełnienia przesłanek czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych – należało orzeczenie RKO uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania.

X. GKO nie podziela natomiast zarzutu Rzecznika DFP w przedmiocie, naruszenia prawa do obrony przez Obwinionego, wyrażające się w korzystaniu przez niego z dwóch obrońców. Zdaniem GKO wykładnia art. 74 ust. 3 uondfp, nie może prowadzić do wniosku, że obwiniony w sprawie nie może upoważnić do obrony więcej niż jedną osobę - wykładnia tak była nadmiernie rygorystyczna. W niniejszej sprawie w żadnej fazie postępowania Obwiniony nie korzystała z pomocy dwóch obrońców jednocześnie, a w szczególności na rozprawę nie stawiało się dwóch obrońców. Nie miała też miejsca sytuacja, że w tym samym czasie dwóch niezależnych obrońców przedstawiało wyjaśnienia, składało pisma lub wnioski dowodowe. A to właśnie takich działań, które utrudniałyby postępowania poprzez występowanie wielu obrońców w danej sprawie, uniemożliwia regulacja art. 74 ust. 3 uondfp. (zob. także orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 22 stycznia 2009 r., sygn. akt. BDF/4900/86/73/08/757).

Mając powyższe na uwadze GKO rozstrzygnęła jak w sentencji.