



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

Warszawa, dnia 28 września 2015 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Zastępca przewodniczącego</i>	<b>Wojciech Robaczyński</b>
	<i>GKO:</i>	
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Gryśka</b>
Protokolant:		<b><i>Paweł Matusiak</i></b>

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2015 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 24 kwietnia 2015 r. sygn. akt: DB-0965/1/15, w którym uznano Obwinionego (...)- pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora w (...) Zarządzie Melioracji i Urządzeń Wodnych (...), odpowiedzialnym za naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone:

1. w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 168), polegające na błędnym opisaniu wzoru dotyczącego oceny ofert w zakresie kryterium gwarancji, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji (a jednocześnie droższej od oferty z najniższą ceną), co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.). Powyższe dotyczyło postępowania na realizację zadania pn. (...),

2. w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 168), polegające na udzieleniu zamówienia publicznego w dniu 29.04.2013 r., na realizację zadania pn. (...) Wykonawcy Konsorcjum: (...)– oferta z ceną 7.196.364,16 zł oraz okresem gwarancji 5 lat mimo, że oferta firmy (...) była o cenie niższej (6.661.926,00 zł) i dłuższym okresie gwarancji tj. 7 lat. Powyższe działanie było sprzeczne z przepisami art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywista wada zapisów SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert wg kryterium gwarancja uniemożliwiała zawarcia umowy bez naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.). Zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania było sprzeczne z przepisami art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

oraz wymierzono Obwinionemu karę nagany i obciążono kosztami postępowania,

1. **na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 uniewinnia Obwinionego (...) od przypisanego mu zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych,**
2. **na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, 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**

Orzeczeniem z dnia 24 kwietnia 2015 r., sygn. akt: DB-0965/1/15, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, zwana dalej „RKO” lub „Komisją I instancji”, uznała Obwinionego (...)– pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora w (...) Zarządzie Melioracji i Urządzeń Wodnych (...), winnym popełnienia czynu, o którym mowa w:

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2015

1) art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), zwanej dalej „ustawą”, cyt.: „polegającego na błędnym opisanu w postępowaniu na realizację zadania pn: (...) wzoru, dotyczącego oceny ofert w zakresie kryterium gwarancji, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji (a jednocześnie droższej od oferty z najniższą ceną), co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy” z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”;

2) art. 17 ust. 1c ustawy, cyt.: „polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego w dniu 29.04.2013 r., na realizację wymienionego zadania Konsorcjum: (...) oferta z ceną 7.196.364,16 zł oraz okresem gwarancji 5 lat pomimo, że oferta firmy (...) była o cenie niższej (6.661.926,00 zł) i dłuższym okresie gwarancji tj. 7 lat”. Powyższe działanie było sprzeczne z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i która to wada SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert wg kryterium gwarancja, uniemożliwiała zawarcia umowy bez naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania było także sprzeczne z przepisami art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 ustawy, za powyższe naruszenia RKO wymierzyła Obwinionemu karę nagany i na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy, obciążyła kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

W uzasadnieniu, powołując się na ustalenia i żądania z wniosku o ukaranie (wniosek z dnia 16 stycznia 2015 r. znak:RD-92/14) Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu zwanego dalej „Zastępcą Rzecznika”, oraz ustalenia z rozprawy, w szczególności oświadczenia składane w toku rozprawy przez Obwinionego i jego obrońcę, oraz argumentację Zastępcy Rzecznika, Komisja I instancji wskazała na następujący stan faktyczny tej sprawy:

W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn: (...), w pkt 13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, Zamawiający podał, iż wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie następujących kryteriów oceny ofert: cena - 70% oraz okres gwarancji - 30%. Zamawiający opisał sposób oceny ofert wg wzorów. Wzór w odniesieniu do kryterium „cena” został ustalony w prawidłowy sposób. Natomiast wzór w odniesieniu do kryterium „okres gwarancji” został określony błędnie, w sposób następujący:

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2015

$G_n = (G_{min}/G_n * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * \text{lek}$  gdzie:

- $G_n$  - okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę -  $n$  /liczony w latach/;
- $G_{max}$  - max okres gwarancji wśród złożonych ofert;
- $G_n$  - okres gwarancji zaproponowany przez wykonawcę -  $n$ ;
- $waga_{xxx}$  - % kryterium oceny;
- lek - liczba członków komisji.

W konsekwencji zastosowania przyjętego wzoru w zakresie kryterium „okres gwarancji” Zamawiający dokonał wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji, przyznając jej w tym kryterium wyższą liczbę punktów. Tym samym wybrana została oferta droższa od oferty z najniższą ceną o kwotę 534.438,16 zł. RKO wskazała na art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym „najkorzystniejsza oferta” w rozumieniu ustawy oznacza ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną. Podkreśliła, że Zamawiający, co do zasady, posiadał swobodę w zakresie podjęcia decyzji, czy w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako jedyne kryterium oceny ofert będzie stosował kryterium ceny, czy też oprócz ceny będą brane pod uwagę także inne kryteria oceny ofert. RKO podniosła, że swoboda w zakresie określania i stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert znajdowała ograniczenie jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl której postępowanie przygotowuje się i przeprowadza w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający przeprowadzając postępowanie, oprócz kryterium ceny mógł posłużyć się też innym kryterium, w tym takim, które zastosował, tj. kryterium okresu gwarancji. W takim przypadku oczywistym jest, że ocena gwarancji powinna być dokonywana poprzez porównanie danych zawartych (odnośnie tego kryterium) w ofertach do najdłuższego okresu gwarancji wśród zaproponowanych. RKO uznała, że jedynie wzór zapisany, jako:  $(N./G_{max} * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * \text{lek}$ , gdzie:  $G_n$  - okres gwarancji zaproponowany przez Wykonawcę -  $n$ ; oraz  $Max$  - max okres gwarancji wśród złożonych ofert: waga - % kryterium oceny; lek - liczba członków komisji (tj. w kontrolowanym postępowaniu: 3), dawał możliwość prawidłowej oceny ofert w tym kryterium. RKO podkreśliła, że nie można przyjąć innego założenia niż to, że oferta z dłuższym okresem gwarancji winna uzyskać wyższą ilość punktów od tej z niższym okresem gwarancji. Punktacja obliczona wg tego wzoru w kryterium „okres gwarancji” pozwalałaby, aby Konsorcjum (...) (wybrany Wykonawca) uzyskało 64,29 pkt, a (...) - 90

pkt. Łącznie w obydwu kryteriach poszczególni oferenci uzyskaliby odpowiednio 258,69 pkt. i 300 pkt. Biorąc pod uwagę te ustalenia RKO stwierdziła, że oczywistym jest, że Zamawiający błędnie opisując wzór, dotyczący oceny ofert w zakresie kryterium „okres gwarancji”, doprowadził do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji, a jednocześnie droższej od oferty z najniższą ceną, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp i, które to działanie wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy. Komisja I instancji wskazała, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Aby dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest wystarczające, że stosowane kryteria będą wynikały ze SIWZ i będą niezmiennie stosowane przy ocenie każdej oferty w tym samym postępowaniu. Konieczne jest również, aby kryteria były tak skonstruowane, aby umożliwiały dokonanie obiektywnej oceny ofert, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej. Osiągnąć to można w szczególności wówczas, gdy jednoznaczność i rzetelność (prawidłowość) opisu kryteriów oceny ofert umożliwia dokonanie właściwej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla zamawiającego. RKO zwróciła uwagę na art. 15 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, że postępowanie przygotowuje i przeprowadza zamawiający, co oznacza, że przygotowując dokumentację danego postępowania przetargowego w pełni odpowiada za jej postanowienia, m.in. za sporządzenie wzoru w celu obliczenia punktacji określonego kryterium oceny ofert, tj. w rozpatrywanym przypadku „okresu gwarancji”. RKO podniosła, że w toku postępowania przed Komisją I instancji, Obwiniony oświadczył, że jego rutynowe podejście do przygotowania dokumentacji spowodowało, że zamiast przygotować odpowiedni wzór dla warunku gwarancji zastosowano automatycznie wzór cenowy, który był wadliwy. Powyższe prowadziło do wyboru oferty mniej korzystnej, co narusza wskazane przepisy prawa. Komisja I instancji wskazała także, że fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które to zasady pozwalają na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego, zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania, znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich

właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. W prowadzonym postępowaniu zamawiający naruszył te zasady i to w sposób rażący. RKO podzieliła w tym zakresie argumentację przyjętą przez Zastępcę Rzecznika, albowiem wykazano, że na skutek dokonanej oceny ofert w dniu 29 kwietnia 2013 r. doszło do udzielenia zamówienia publicznego na realizację zadania pn. (...) Konsorcjum: (...), z ceną 7.196.364,16 zł oraz okresem gwarancji 5 lat pomimo, że oferta Firmy (...) była o cenie niższej - 6.661.926 zł i dłuższym okresem gwarancji - 7 lat. Działanie to było sprzeczne z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. RKO stwierdziła, że oczywista wada zapisów SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert wg kryterium „okres gwarancji” uniemożliwiała zawarcie umowy bez naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający zatem powinien unieważnić postępowanie, czego nie uczynił. Zaniechanie to stanowi naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1c ustawy. RKO podniosła, że przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp występuje w sytuacji, gdy postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wady w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zostały w zasadzie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże zdaniem RKO, słusznie zauważył Zastępca Rzecznika, że wskazany art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie odwołuje się jednak wyłącznie do art. 146, a tym samym przesłanki określone w art. 146 ust. 1 nie stanowią wyłącznej podstawy do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i odniesienie niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie do przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłoby do niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady w sposób oczywisty mającej wpływ na wynik postępowania, ale niewymienionej w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwi zamawiającemu unieważnienie postępowania, nakładając tym samym na niego obowiązek zawarcia umowy. Zdaniem RKO, zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, wynikających z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jak i powinien brać pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszenia zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia

wadą mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającą poza dyspozycje art. 146 ust. 1 pkt 1 - 6 ustawy Pzp. RKO wskazała na wyrok z dnia 19 września 2012 r., KIO 1900/12, w którym zwrócono uwagę, że „zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy p.z.p. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy p.z.p. (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeżeli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy p.z.p. W konsekwencji stanowiloby to przyzwolenie na zawarcie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania.” Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Komisja I instancji uznała, że w zaistniałej sytuacji Zamawiający miał nie tylko możliwość, ale i obowiązek unieważnić postępowanie. RKO, wskazując na art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy, stwierdziła, że odpowiedzialności na naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Zatem, Obwiniony (...)- Dyrektor (...) Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych (...), jako kierownik zamawiającego, który akceptował SIWZ zawierającą błędnie opisany wzór dotyczący oceny ofert w zakresie kryterium „okres gwarancji” oraz, który zaniechał unieważnienia przedmiotowego postępowania, które było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego jest, odpowiedzialny za wskazane naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony nie powierzył określonych czynności w postępowaniu pracownikom zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Komisji I instancji nie można uznać, że rolą kierownika jednostki sektora finansów publicznych jest tylko akceptowanie (bądź nie) przedłożonych mu dokumentów. Kierownik jednostki, jako osoba odpowiedzialna za gospodarkę finansową jednostki, a także za przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek sprawdzania, weryfikowania, analizowania przedłożonych mu dokumentów, przed podjęciem decyzji w sprawie. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy nie powierzył skutecznie określonych obowiązków, a zatem i odpowiedzialności pracownikom jednostki. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest niebagatelna, oraz fakt zastosowania w postępowaniu po raz pierwszy w jednostce pozacenowego kryterium oceny ofert wymagała większej wnikliwości i szczególnej aktywności kierownika jednostki, co powinno mieć miejsce nie tylko do momentu zatwierdzenia SIWZ, ale też na dalszych etapach, co pozwoliłoby na uniknięcie zaistniałych naruszeń. Zdaniem RKO, nawet pobieżne

zapoznanie się z ofertami pozwoliłoby (bez stosowania wzorów) stwierdzić, która oferta jest korzystniejsza. RKO, powtórzyła za Zastępcą Rzecznika, że z racji pełnionej funkcji oraz powierzonych obowiązków Obwiniony powinien znać zasady gospodarki finansowej oraz konsekwencje ich naruszenia, a w razie wątpliwości interpretacyjnych powinni dokładnie przeanalizować sytuację i przepisy przed podjęciem decyzji, nie ograniczając się do dania wiary jednej opinii lub tej opinii, która zgodna była z jego oczekiwaniami. Kierownik jednostki odpowiada też za dobór kadry, a zatem nie może skutecznie uwolnić się od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sytuacji, gdy propozycje określonych rozstrzygnięć w sposób niewłaściwy przygotowali mu mało kompetentni pracownicy. Odnosząc się do argumentacji obrońcy, że umorzenie postępowania karnego w sprawie o przestępstwo z art. 231 par. 1 k.k. - niedopełnienia przez dyrektora obowiązków służbowych (w zakresie tożsamym, jak w rozpatrywanej sprawie) - powinno stanowić swoistą wskazówkę dla Komisji I instancji, RKO wskazała na art. 25 ust 1 ustawy, który stanowi, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest niezależna od odpowiedzialności określonych innymi przepisami prawa. Wyjątek od tej zasady dotyczy jedynie prawomocnego skazania za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie albo wykroczenie skarbowe. Tylko w przypadku wystąpienia jednego ze zdarzeń określonych powyżej, postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlega umorzeniu (art. 25 ust. 3 ustawy). Komisja I instancji stwierdziła także, że nie zasługuje również na uwzględnienie podnoszony przez obrońcę zarzut, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zauważyli błędu oferenci, a w postępowaniu przed KIO w wydanym wyroku nie odniesiono się w żaden sposób do kwestii wadliwości zapisów SIWZ w zakresie poprawności wzoru (odnośnie kryterium „okres gwarancji”), albowiem zadaniem oferenta nie jest sprawdzanie poprawności wzorów, a w odwołaniu wniesionym do KIO w dniu 4 marca 2013 r. nie był zgłaszany zarzut błędnego sporządzenia wzoru, co do kryterium okresu gwarancji, a z kolei odwołanie z dnia 12 kwietnia 2013 r., w którym podniesiono zarzut błędnego sporządzenia wzoru zostało zwrócone bez rozpoznania z uwagi na fakt, iż odwołujący nie przedłożył dowodu wpisu i pełnomocnictwa. RKO podkreśliła, że KIO nie może orzekać, co do kwestii, które nie były zawarte w odwołaniu oraz, że nie można usprawiedliwiać błędów w działaniu obwinionego tym, że inne osoby, czy instytucje, nie zwracały mu uwagi, że postępuje niewłaściwie. Obwiniony, jako osoba odpowiedzialna za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien zadbać, aby wykonać to należycie. Co do podnoszonego przez obrońcę argumentu, że firma (...) podała nieprawdziwe informacje w zakresie referencji, których nie



## Sygn. akt BDF1.4800.95.2015

można było zweryfikować w racjonalnym terminie, a które rzekomo potwierdziły się po zakończeniu postępowania i, co powinno skutkować ponownym wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty, RKO stwierdziła, że nie zostały przedstawione żadne dokumenty potwierdzające te informacje. Podkreśliła, że jeżeli zamawiający powziął wątpliwość, co do treści informacji zawartych w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach, to w toku prowadzonego postępowania powinien zweryfikować ich treść, bez względu na czas, jaki temu zostanie poświęcony. Argumentacja, że zamawiający działał pod presją czasu nie może być usprawiedliwieniem dla działania niezgodnego z prawem. Dodatkowo RKO uznała, że faktycznie taka presja nie miała miejsca. Znajdujące się w aktach sprawy notatki i ekspertyzy (sporządzone w latach 2010, 2011) wskazywały na niezadawalający stan Przepompowni, ale nie na stan zagrożenia, powodujący jej wyłączenie z eksploatacji. Pozyskane środki na realizację zadania musiały ostatecznie zostać wydatkowane do maja 2014 r. (a środki kwalifikowalne do lutego 2014 r.). Nie było zatem groźby ich niewykorzystania. Procedury przetargowe mogły i powinny zostać wykonane w sposób właściwy, z poszanowaniem obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. W ocenie Komisji I instancji niedopuszczalny był przyjęty przez Obwinionego sposób działania, polegający na takim prowadzeniu postępowania, w którym nie dano szans podmiotowi, który przedłożył najkorzystniejszą ofertę, uznając - bez udowodnienia tego - że jest on nieuczciwy, bowiem przedłożył nieprawdziwe dane w zakresie referencji. Podkreśliła, że zamawiający w takich przypadkach nie może kierować się własnymi, subiektywnymi odczuciami. Jego postępowanie winno być prowadzone w sposób przewidziany przepisami prawa i opierać się na dokumentach. Rolą zamawiającego nie jest ocena ustawy Pzp, która w konsekwencji prowadzi do tego, że stosuje tylko te przepisy, które uznaje za słuszne, a te, które w subiektywnej ocenie uznaje za nieracjonalne, czy nawet krzywdzące, pomija. Konieczność stosowania przepisów o zamówieniach publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, przez stworzenie warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne.

Odnosząc się do stopnia szkodliwości czynu, Komisja I instancji wskazała, że w rozpatrywanej sprawie nie zaistniały przesłanki do zastosowania umorzenia postępowania na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy, albowiem przepis ten definiuje instytucję szkodliwości naruszenia dyscypliny dla finansów publicznych oraz formułuje kryteria oceny stopnia tej szkodliwości. Do przesłanek uwzględnianych przy tej ocenie należą: waga naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki ich naruszenia. RKO

podkreśliła, że czyny określone ustawą posiadają przymiot szkodliwości, co do zasady i z tego powodu są właśnie penalizowane. Wszystkie czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych są szkodliwe. Stopień szkodliwości konkretnego czynu trzeba w każdym przypadku rozważyć, przy czym nie należy utożsamiać pojęcia szkodliwości i szkody. Szkodliwość jest bowiem pojęciem szerszym, w którym obok aspektu szkody w rozumieniu materialnym, bierze się pod uwagę także inne elementy, takie jak np. waga naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonych w art. 17 ustawy, także sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W omawianym przypadku doszło do naruszenia podstawowych reguł udzielania zamówień publicznych, co w żaden sposób nie pozwala RKO uznać, że szkodliwość czynu była znikoma. W ocenie Komisji I instancji brak również podstaw, aby w rozpatrywanej sprawie zastosować nadzwyczajne złagodzenia kary, czy odstąpić od jej wymierzenia. Przesłanką zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia jest „przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie”. W ocenie RKO, okoliczności popełnienia czynu, jak i zachowanie sprawcy nie pozwalają uznać, że mamy do czynienia z przypadkiem zasługującym na szczególne uwzględnienie, oraz, że w rozpatrywanym przypadku doszło do rażącego naruszenia prawa. W konkluzji Komisja I instancji podała również, że o kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy.

**Odwołanie od powyższego orzeczenia zostało wniesione przez Obwinionego (...),** reprezentowanego przez obrońcę, który zarzucił orzeczeniu naruszenie art. 17 ust. 1c ustawy, z uwagi na błędną wykładnię przepisu i przyjęcie, że działanie Obwinionego było sprzeczne z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzucono także naruszenie art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na błędne uznanie, iż zachodziła obawa nieważności umowy i błędne przyjęcie, że Obwiniony miał obowiązek unieważnić postępowanie przetargowe. Podniesiono także naruszenie art. 28 ust. 1 i 2 ustawy z uwagi na niezasadne przyjęcie, że szkodliwość czynów Obwinionego dla finansów publicznych jest więcej niż znikoma i zasługuje na wymierzenie Obwinionemu kary nagany, a nie zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Wskazując na powyższe Obwiniony wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia, uchylenie kary nagany i odstąpienie od jej wymierzenia, lub zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, oraz ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy

do ponownego rozpoznania organowi I instancji. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, przedstawiając - analogicznie jak ustaliła Komisja I instancji - stan faktyczny sprawy stwierdzono, że zdaniem skarżącego orzeczenie jest wadliwe i nie powinno się ostać. Podniesiono, że bezspornym w sprawie jest, że wybór najkorzystniejszej oferty przez komisję przetargową i zatwierdzony przez Obwinionego został dokonany w oparciu o zatwierdzoną SIWZ, w szczególności na podstawie postanowienia o zastosowanych kryteriach oceny ofert: cena - 70% oraz okres gwarancji - 30%, a także po wydaniu przez KIO wyroku z dnia 13 marca 2013 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 384/13, w którym Izba uwzględniła odwołanie złożone przez firmę (...) i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania przetargowego, a także powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy. Wskazano również, że na skutek presji czasu zamawiający nie wniósł skargi do Sądu Okręgowego, wykonał wyrok w całości, aby jak najszybciej podjąć roboty remontowe na przepompowni i zgodnie z wyrokiem unieważnił czynność wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) oraz powtórzył czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dokonał badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, wybierając, zgodnie z ustalonymi kryteriami (na podstawie wyliczeń matematycznych, przy użyciu wzorów zamieszczonych w SIWZ), ofertę konsorcjum (...). Zdaniem Obwinionego, nie bez znaczenia dla prawidłowej oceny podjętych przez zamawiającego czynności był również fakt, że zastosowany wzór (błędny), co do gwarancji nie został zakwestionowany przez żadnego z uczestników postępowania, a także w postępowaniu przed KIO, co utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu o poprawności zapisu SIWZ i konieczności dokonania ponownego badania ofert, a nie unieważniania postępowania. Obwiniony, jako osoba odpowiedzialna za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie kwestionując faktu wystąpienia oczywistego błędu stwierdził, że powyższe okoliczności powinny być brane pod uwagę przy określeniu stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny dla finansów publicznych. Wskazał także, że RKO w tej sprawie przyjęła błędne rozumowanie, iż: „W omawianym przypadku doszło do naruszenia podstawowych reguł udzielania zamówień publicznych, co w żaden sposób nie pozwala Komisji uznać, że szkodliwość czynu była znikoma”, chociaż oczywistym jest, że wina Obwinionego ma charakter nieumyślności i wynika przede wszystkim z zaufania do prawidłowości do podległych mu pracowników. Skarżący podtrzymał także argumentację zawartą w pismach procesowych i podnoszoną na rozprawie,

a która nie została, jego zdaniem, w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia w należyty sposób „obalona”. Zdaniem skarżącego nie istniały podstawy prawne, pomimo błędnego postanowienia SIWZ do unieważnienia całego postępowania, albowiem zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i zdaniem skarżącego, wadliwość musi dotyczyć samego postępowania i wywierać wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz, że katalog przesłanek z art. 93 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Dalej stwierdził, że w tej sprawie nie zachodziły przesłanki, które by mogły być podstawą do unieważnienia umowy, albowiem na zamawiającym ciąży obowiązek oceny postępowania w kontekście art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, określającego przesłanki nieważności umowy. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest naruszenie przepisów, które w przypadku zawarcia umowy wywołuje skutek prawny w postaci jej nieważności. Wada ta musi być nieusuwalna, wywierać taki wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, który powoduje jej bezwzględną nieważność. Skarżący zauważył także, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust 3 ustawy i jego zdaniem, zastosowanie błędnego wzoru nie mieści się w indeksie przesłanek zawartych w art. 146 ust 1 ustawy Pzp, a tym samym nie skutkuje bezwzględną nieważnością umowy, co znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 14 grudnia 2009 r. BDF/4900/80/81/09/2785. Zdaniem skarżącego, gdyby Obwiniony unieważnił postępowanie z powodu wadliwości wzoru, naruszyłby art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 146 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 29 stycznia 2010 r. w razie zaistnienia jednego z przypadków określonych w tym przepisie, umowa była nieważna. Przepis ten przesądzał zatem, iż w przypadkach w nim wymienionych mieliśmy do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej umowy, tj. nieważności z mocy samego prawa. Wyrok sądu powszechnego stwierdzającego nieważność takiej umowy (art. 189 k.p.c.) miał walor deklaratoryjny, tj. jedynie potwierdzający, że umowa jest nieważna z mocy samego prawa. Podobnie kwestię tę, do dnia 29 stycznia 2010 r., regulował przepis art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa była bezwzględnie nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Również zmiana

umowy dokonana z naruszeniem przesłanek dopuszczających jej zmianę (art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) była dotknięta sankcją nieważności bezwzględnej (art. 144 ust. 2 ustawy Pzp). Duża nowelizacja wprowadziła w tym zakresie istotną zmianę stanu prawnego. Zrezygnowano bowiem - w każdym z tych przypadków - z konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej, ustalonej w drodze konstytucyjnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu (unieważnialność). Doniosłość powyższej zmiany wyraża się w tym, iż odmiennie niż we wcześniejszym stanie prawnym, umowa obarczona kwalifikowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp), jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia. Skarżący podkreślił, że w celu unieważnienia umowy konieczne jest podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa. Odejście od konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej prowadzi z jednej strony - na co wskazuje się w uzasadnieniu projektu dużej nowelizacji - do zwiększenia pewności obrotu prawnego, a z drugiej strony stwarza możliwość zastosowania instytucji odstąpienia od unieważnienia umowy i umożliwienia dalszego wykonywania zamówienia w okolicznościach przewidzianych w ustawie. Przyjęcie tego ostatniego mechanizmu - zgodnego z postanowieniami dyrektywy odwoławczej - nie byłoby możliwe przy zachowaniu konstrukcji bezwzględnej nieważności umowy, która ze swej istoty oznacza zawsze bezskuteczność umowy od samego początku. Wyrok sądu stwierdzającego nieważność umowy ma w takich przypadkach jedynie charakter deklaratoryjny, potwierdzający, iż umowa jest nieważna z mocy samego prawa.

Wskazując na powyższe skarżący stwierdził, że samo naruszenie przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niekwalifikowane, jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp - nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy. Skarżący przyznał, że nie ustrzegł się błędu i wad, jednakże jego zdaniem w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie naruszył zasady równego traktowania wszystkich wykonawców, oraz uczciwej konkurencji, a jedynie dążył w sposób mniej lub bardziej udolny do wyboru najkorzystniejszej oferty i tym samym najlepszego wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować ważną dla ochrony przeciwpowodziowej inwestycję w wymaganym terminie. Podkreślił, że słuszność i prawidłowość tego wyboru znajduje potwierdzenie w fakcie, iż wybrany wykonawca wykonał przedmiot zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną, w wymaganym terminie z zadeklarowanym okresem gwarancji, który dodatkowo z własnej inicjatywy wydłużył jednostronnie o 2 lata tj. na okres 7 lat. Zamawiający prowadząc postępowanie przetargowe

po ogłoszeniu wyroku KIO, mając na względzie uwarunkowania obiektywne planowanej inwestycji, w szczególności względy społeczne i wymogi ekonomiczne nie rozważał i nie dążył do unieważnienia postępowania z uwagi na wcześniej opisane wątpliwości prawne, a jedynie do możliwie szybkiego i trafnego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród prawidłowo i ważne złożonych. Dodatkowo podkreślił, że prawidłowość postępowania Obwinionego badana była również przez organy ścigania w ramach toczącego się przed Prokuraturą Rejonową w Koninie postępowania karnego, które jednak zostało umorzone względem niego, co świadczy dobitnie, że organy ścigania uznały, że szkodliwość społeczna czynu Obwinionego nie była duża, zaś naruszenie prawa nie było rażące, co odmiennie i błędnie oceniła Komisja I instancji, która w lakonicznym uzasadnieniu stanowiska stwierdziła, że w jej ocenie brak podstaw, aby w rozpatrywanej sprawie zastosować nadzwyczajne złagodzenia kary, czy odstąpić od jej wymierzenia, albowiem przesłanką zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia jest „przypadek, zasługujący na szczególne uwzględnienie”, których to okoliczności Komisja I instancji nie dostrzegła. Skarżący stwierdził, że mając na względzie stronę podmiotową i przedmiotową niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości fakt, że „błąd we wzorze obliczeniowym” w SIWZ był odosobnionym przypadkiem dotychczasowej działalności Obwinionego w zakresie wieloletniego prowadzenia postępowań przetargowych i powinien być oceniany jedynie w kategoriach nieumyślnego błędu pisarskiego, a nie jak przyjęła Komisja I instancji w kategoriach rażącego łamania prawa w celu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej, gdy weźmie się pod uwagę, że udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ. Jego zdaniem, w tej sprawie znajduje zastosowanie art. 701§ 4 kc, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków przetargu, a oferenci od chwili złożenia oferty, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunkami przetargu. Skarżący podkreślił, że sam proces udzielenia zamówienia został przeprowadzony zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zaś nieprawidłowość dotyczyła jedynie dokumentacji SIWZ w zakresie pomyłki pisarskiej polegającej na powieleniu omyłkowo wzoru obliczeniowego i dlatego też zgodnie z art. 93 ustawy Pzp wątpliwym jest w niniejszej sprawie obowiązek unieważnienia przetargu na podstawie przywołanych przez Komisję I instancji przepisów ustawy Pzp.

W konkluzji skarżący stwierdził, że w zakresie wymierzenia sankcji nie można było uznać czynów Obwinionego za przypadki niezasługujące na szczególne uwzględnienie i

Obwiniony swoją dotychczasową niekaralnością zasługiwał na zastosowanie dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary, lub odstąpienia od jej wymierzenia.

**Rozpatrując odwołanie Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, na podstawie art. 78 ust.1 pkt 1 ustawy.

RKO w zaskarżonym orzeczeniu przypisane Obwinionemu naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, uzasadniła opisaniem wzoru, dotyczącego oceny ofert w kryterium gwarancji, z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu na realizację zadania (...), co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji, a jednocześnie droższej od oferty z najniższą ceną. Także drugie przypisane naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy, oparto na naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując ponadto na art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp i argumentując również przypisanie odpowiedzialności udzieleniem zamówienia publicznego na rzecz wykonawcy z wyższą ceną i krótszym okresem gwarancji, z uwagi na błąd wzoru w kryterium „gwarancja”, co z kolei uniemożliwiło zawarcie umowy bez naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Pierwsze z przypisanych Obwinionemu naruszeń - z art. 17 ust.1 pkt 4 ustawy - dotyczy niezgodnego z przepisami o zamówieniach publicznych określenia kryteriów oceny ofert. W myśl powołanego przez RKO art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Z kolei wskazany art. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie należy przez to rozumieć, co do zasady, ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo ofertę z najniższą ceną. Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi z kolei o obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Drugie z kolei przypisane Obwinionemu naruszenie - z art. 17 ust. 1c ustawy - dotyczy naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy doszło do udzielenia zamówienia.

GKO, mając na uwadze, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia składane przez Obwinionego i jego obrońcę także w postępowaniu odwoławczym przed Główną Komisją Orzekającą uznała, że Komisja I instancji niewątpliwie prawidłowo ustaliła, że w niniejszej sprawie zastosowano do oceny ofert w kryterium gwarancji wzór, który był wadliwy, a także niezgodny z intencjami zamawiającego, z uwagi na to, że jego zastosowanie powodowało, że oferta z krótszym terminem gwarancji uzyskała w tym kryterium wyższą liczbę punktów, aniżeli oferta wykonawcy deklarującego dłuższy okres gwarancji. Powyższe, przyznane zostało bezspornie w odwołaniu przez Obwinionego i jego obrońcę. W konsekwencji wada wzoru powodowała nieuzasadniony wybór oferty z ceną wyższą o kwotę 534.438,16 zł.

GKO nie podzieliła stanowiska Obwinionego i jego obrońcy, że na gruncie ustawy Pzp ciążył na zamawiającym – w okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy - obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na brak możliwości zastosowania, jako podstawy unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na regulację art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem GKO, zamawiający miał taką możliwość, albowiem przyjęty wadliwy sposób oceny ofert niewątpliwie miał ujemny wpływ na wynik tego postępowania, gdyż dokonana ocena prowadziła do udzielenia zamówienia temu wykonawcy, który oferował obiektywnie mniej korzystne warunki realizacji zamówienia zarówno, co do ceny jak i okresu gwarancji. Ponadto Obwiniony także przed GKO nie udowodnił twierdzeń o podstawach wykluczenia konkurencyjnego wykonawcy, który w ofercie proponował niewątpliwie korzystniejsze warunki realizacji zamówienia w obu kryteriach. GKO podkreśla, że konstrukcja art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie odsyła do art. 146 ust. 1 ustawy Pzp i nie tworzy zamkniętego katalogu wad uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. GKO, odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyroku z dnia 19 września 2012 r. sygn. akt: KIO 1900/12 stwierdza, że art. 146 ust. 1 ustawy Pzp w pkt od 1 do 6 określa bardzo wąski i konkretny katalog kwalifikowanych wad postępowania (naruszeń), stanowiących podstawę unieważnienia umowy (bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *stand still*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), jednakże podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi nie tylko przesłanka z ust. 1 art. 146 ustawy Pzp. Przy ocenie podstaw do unieważnienia postępowania należy mieć również na uwadze treść art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, a uprawnienie przyznane Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu



o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, nie wyłącza obowiązku zamawiającego unieważnienia postępowania, w sytuacji, gdy przed zawarciem umowy dostrzega nieusuwalną wadę postępowania, prowadzącą do wyboru nie najkorzystniejszej oferty w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych. Przeciwny pogląd stanowiłoby w istocie przyzwolenie na zawieranie umów z wykonawcami z naruszeniem przepisów prawa. Tym samym zamawiający miał obowiązek przeanalizowania prowadzonej procedury nie tylko pod kątem wad wymienionych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale także tych, mieszczących się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przepis ten należy bowiem uznać za dodatkową przesłankę nieważności umowy, na którą zamawiający ma prawo powołać się przy unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania, na grunt przedmiotowego postępowania należy stwierdzić, że zastosowanie wadliwego wzoru dla oceny ofert w kryterium gwarancji nie pozwalało na wybór obiektywnie najkorzystniejszej oferty, a wybór tylko takiej oferty niewątpliwie także w tym postępowaniu był zamiarem zamawiającego.

GKO jednakże, pomimo przedstawionego powyżej stanowiska, mając na uwadze argumentację Komisji I instancji, musiała uznać, że nie można Obwinionemu przypisać w niniejszej sprawie wskazanych przez RKO naruszeń dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust.1 pkt 4 oraz art. 17 ust. 1c ustawy, opartych na naruszeniu przepisu art. 91 ust. 1 oraz 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. GKO w pierwszej kolejności podkreśla, że postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest postępowaniem quasi karnym, w którym to postępowaniu zasadnicze znaczenie ma zasada *in dubio pro reo*, w myśl której niedające się usunąć wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść obwinionego. Ta reguła dotyczy nie tylko dokonanych ustaleń faktycznych w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale może odnosić się także do wątpliwości natury prawnej. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert. W niniejszej sprawie – w oparciu o wskazane przepisy - określono dwa kryteria oceny ofert: cenę i gwarancję i takie kryteria zastosowano przy ich ocenie. Tym samym Obwinionemu nie można było przypisanego naruszenia z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy opierać na naruszeniach z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy, albowiem dokonując oceny ofert zastosował się do reżimu wynikającego z wymienionych przepisów stosując te,

## Sygn. akt BDF1.4800.95.2015

a nie inne kryteria, aczkolwiek w oparciu o wadliwy wzór dla kryterium gwarancja. Zdaniem GKO, błędnie opisanego wzoru w kryterium gwarancja nie można kwalifikować, jako czynu penalizowanego art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy.

GKO zwraca uwagę, że przepisy Pzp rozdzielnie traktują w art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp określenie kryteriów oceny ofert – ich opis – od znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert według tych kryteriów. GKO zwraca uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r. sygn. akt: IIICZP 110/09 oraz z dnia 12 stycznia 2010 r. sygn. akt: III CZP 119/09, w których Sąd Najwyższy rozstrzygając zagadnienie prawne przedstawione przez sądy okręgowe oraz interpretując przesłanki z art. 36 ust.1 ustawy Pzp, w tym przypadku pkt 5, zwrócił uwagę, że „opis sposobu oceny” dotyczy określenia sposobu (metodologii, wzoru) według którego zamawiający dokonuje oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (w niniejszej sprawie wzoru ustalonego kryterium). Także w tych sprawach podkreślano, że w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni, priorytet ma powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej oraz zwrócono uwagę na subsydiarność wykładni systemowej i funkcjonalnej. W uzasadnieniu tych uchwał podkreślono również, że ustawa Pzp w wielu miejscach wyraźnie wyróżnia obie czynności, pierwszą związaną z określeniem warunku (kryterium) i drugą – z określeniem metodologii oceny. W tych uchwałach odwołano się także do uchwały siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r. sygn. akt: III CZP 94/07, w której Sąd Najwyższy wyraził m.in. pogląd, że „Zastosowanie wykładni, w której interpretator odchodzi od sensu językowego przepisu, może być uzasadnione tylko w wyjątkowych okolicznościach, ponieważ adresaci nom prawnych mają prawo polegać na tym, co ustawodawca w przepisie rzeczywiście wyraził, a nie na tym, co chciał uczynić lub, co uczyniłby, gdyby znał nowe lub inne okoliczności”. Sąd Najwyższy stwierdził także w tej uchwale, że „odejście od jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem reguł powoduje dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni *contra legem*”. Obowiązek zastosowania w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazywanej w art. 76 ust. 3 ustawy zasada *in dubio pro reo* skutkuje tym, że w tym stanie faktycznym, ewentualne niejasności (wątpliwości) prawne, co do zastosowania, jako podstawy odpowiedzialności obwinionego przesłanki z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, mogły być rozstrzygnięte - w myśl wskazanej zasady tylko na korzyść Obwinionego. Nie inaczej GKO musiała także rozstrzygnąć w odniesieniu do zarzucanego Obwinionemu naruszenia z art. 17 ust. 1c ustawy, który to czyn również został oparty na naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy

Pzp, podczas gdy Obwiniony dokonując oceny ofert stosował wyłącznie kryteria określone w SIWZ. RKO, wskazując w sentencji orzeczenia na brak możliwości zawarcia umowy bez naruszenia przepisów ustawy Pzp, z powołaniem na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ponownie odwołała się do wadliwych postanowień SIWZ w zakresie sposobu oceny ofert w kryterium gwarancji, a nie, co do wadliwości prawnej tego kryterium. GKO, docenia motyw, którymi – w okolicznościach faktycznych sprawy - kierowała się Komisja I instancji, dokonując takiej wykładni, w szczególności przesłanki z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, albowiem wadliwość wzoru (sposobu oceny ofert) powodowała znaczący obiektywnie nieuzasadniony wydatek (powyżej 500 tys. zł), który na gruncie ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (jej art. 33 ust. 1) jest kwalifikowany, co do zasady, jako nieuzasadniony skutek finansowy, szkodliwy dla ładu finansów publicznych. Jednakże wykładnia gramatyczna przepisów nie pozwala na przyjętą przez RKO interpretację art. 17 ust. 1 pkt 4 oraz art. 17 ust. 1c ustawy, albowiem zgodnie z regułami tej wykładni w przepisach tych penalizowane są tylko określone zachowania kwalifikowane, jako naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a wykładnia celowościowa przesłanek odpowiedzialności nie może być stosowana z naruszeniem wskazanej zasady *in dubio pro reo*, nakazującej rozstrzygać wątpliwości także prawne na korzyść obwinionego. Podobny pogląd prezentował w postępowaniu przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika, wnosząc o uniewinnienie Obwinionego. GKO dostrzega niewątpliwie złożoność tej sprawy, chociażby z uwagi na obowiązującą w polskim prawodawstwie teorią racjonalnego ustawodawcy, jednakże w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych organ orzekający nie może dokonywać interpretacji prawa na niekorzyść obwinionego, kwalifikując niewyrażone wprost w przepisie zachowanie obwinionego, jako bezprawne.

W konkluzji GKO stwierdza, że w niniejszej sprawie, na gruncie zasad obowiązujących w postępowaniu w sprawach o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych miał zastosowanie art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy. Tak jak GKO wskazała nie można przypisać Obwinionemu czynów z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 1c ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 oraz w związku z art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem Obwiniony dokonując oceny ofert stosował kryteria określone w SIWZ a przypisane obwinionemu w argumentacji naruszenie normy prawnej, dotyczącej opisu sposobu oceny według kryterium, w tym przypadku gwarancji, nie jest penalizowane na gruncie ustawy. Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji orzeczenia.

GKO nie uwzględniła wniosku obrońcy o zasądzenie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W myśl art. 167 ust.2 ustawy

**Sygn. akt BDF1.4800.95.2015**

w razie uniewinnienia obwinionego od zarzucanego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub umorzenia postępowania koszty postępowania ponosi Skarb Państwa. Przepis ten podobnie, jak inne przepis ustawy, nie obejmuje zwrotu kosztów postępowania, w tym obrony formalnej związanej z korzystaniem przez obwinionego z pomocy profesjonalnego obrońcy.