



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 29 października 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Przewodniczący GKO:</i>	Mariusz Jerzy Golecki
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Sylwester Kuchnio (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Damiana Grzelki, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 29 października 2018 r., odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Pana (...) (zam. ul. (...)), pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Domu Pomocy Społecznej w (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 5 czerwca 2018 r. sygn. akt: RIO.XII.53-11/2018, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...), odpowiedzialnym za naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1458 ze zm.) dalej uondfp, polegające na tym, że:

- a) w dniu 9 grudnia 2015 r. dokonał opisu przedmiotu zamówienia na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...)w postępowaniu o szacunkowej wartości brutto 220

000 zł, niezgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn zm.), w wyniku którego w dniu 29 grudnia 2015 r. zawarto umowę nr 16/2015 z firmą Usługi Remontowo-Konserwatorskie (...), gdyż w przypadku prac dotyczących remontów częściowych i kompleksowych nie określono oczekiwanego rozmiaru (ilościowego zakresu) prac związanych z remontami częściowymi i kompleksowymi, np. poprzez wskazanie: podstawowych parametrów ilościowych robót budowlanych, nakładów pracy i innych składników cenotwórczych lub spodziewanego udziału wartości tych robót w całości wynagrodzenia wykonawcy oraz w przypadku prac dotyczących instalacji elektrycznych i odgromowych nie określono liczby skrzynek rozdzielczych i tablic elektrycznych, które należało utrzymać w ciągłej sprawności i czystości, a w przypadku zadań związanych z zapewnieniem sprawności sprzętu i wyposażenia nie określono ilości sprzętu oraz wyposażenia (np. meble, sprzęt elektryczny, rehabilitacyjny i kuchenny) szeregu pomieszczeń wchodzących w skład DPS, m.in. mieszkalnych, kuchni, łazienek oraz biur, szatni pracowniczych i magazynów – co przesądzało o niejednoznaczności i niekompletności opisu przedmiotu zamówienia;

- b)** dokonał w dniu 7 listopada 2016 r. opisu przedmiotu zamówienia na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...)w postępowaniu o szacunkowej wartości netto 209 691 zł, niezgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn zm.), w wyniku, którego w dniu 28 listopada 2016 r. zawarto umowę nr 7/2016 z firmą Usługi Remontowo-Konserwatorskie (...), gdyż w przypadku prac dotyczących remontów częściowych i kompleksowych nie określono oczekiwanego rozmiaru (ilościowego zakresu) prac związanych z remontami częściowymi i kompleksowymi, np. poprzez wskazanie: podstawowych parametrów ilościowych robót budowlanych, nakładów pracy i innych składników cenotwórczych lub spodziewanego udziału wartości tych robót w całości wynagrodzenia wykonawcy oraz w przypadku prac dotyczących instalacji elektrycznych i odgromowych nie określono liczby skrzynek rozdzielczych i tablic elektrycznych, które należało utrzymać w ciągłej sprawności i czystości, a w przypadku zadań związanych z zapewnieniem sprawności sprzętu i wyposażenia nie określono ilości sprzętu oraz wyposażenia (np. meble, sprzęt elektryczny, rehabilitacyjny i kuchenny) szeregu pomieszczeń wchodzących w skład DPS, m.in.

mieszkalnych, kuchni, łazienek oraz biur, szatni pracowniczych i magazynów – co przesądzało o niejednoznaczności i niekompletności opisu przedmiotu zamówienia;

Regionalna Komisja Orzekająca odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,
orzeka:

- 1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 35 uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie odstąpienia od wymierzenia kary Obwinionemu i wymierza mu karę upomnienia,**
- 2) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp w pozostałym zakresie utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

Pouczenie:

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

UZASADNIENIE

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie (dalej „RKO”), orzeczeniem z dnia 5 czerwca 2018 r., sygn. akt: RIO.XII.53- 11/2018, uznała p. (...), pełniącego funkcję Dyrektora Domu Pomocy Społecznej w (...), odpowiedzialnym za naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1458 ze zm.), zwanej dalej „uondfp”, polegające na tym, że:

- a) w dniu 9 grudnia 2015 r. dokonał opisu przedmiotu zamówienia na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...)w postępowaniu o szacunkowej wartości brutto 220 000 zł, niezgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn zm.), w wyniku którego w

dniu 29 grudnia 2015 r. zawarto umowę nr 16/2015 z firmą Usługi Remontowo-Konserwatorskie (...), gdyż w przypadku prac dotyczących remontów częściowych i kompleksowych nie określono oczekiwanego rozmiaru (ilościowego zakresu) prac związanych z remontami częściowymi i kompleksowymi, np. poprzez wskazanie: podstawowych parametrów ilościowych robót budowlanych, nakładów pracy i innych składników cenotwórczych lub spodziewanego udziału wartości tych robót w całości wynagrodzenia wykonawcy oraz w przypadku prac dotyczących instalacji elektrycznych i odgromowych nie określono liczby skrzynek rozdzielczych i tablic elektrycznych, które należało utrzymać w ciągłej sprawności i czystości, a w przypadku zadań związanych z zapewnieniem sprawności sprzętu i wyposażenia nie określono ilości sprzętu oraz wyposażenia (np. meble, sprzęt elektryczny, rehabilitacyjny i kuchenny) szeregu pomieszczeń wchodzących w skład DPS, m.in. mieszkalnych, kuchni, łazienek oraz biur, szatni pracowniczych i magazynów – co przesądzało o niejednoznaczności i niekompletności opisu przedmiotu zamówienia;

- b) w dniu 7 listopada 2016 r. dokonał opisu przedmiotu zamówienia na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...)w postępowaniu o szacunkowej wartości netto 209 691 zł, niezgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn zm.), w wyniku, którego w dniu 28 listopada 2016 r. zawarto umowę nr (...)z firmą Usługi Remontowo-Konserwatorskie (...), gdyż w przypadku prac dotyczących remontów częściowych i kompleksowych nie określono oczekiwanego rozmiaru (ilościowego zakresu) prac związanych z remontami częściowymi i kompleksowymi, np. poprzez wskazanie: podstawowych parametrów ilościowych robót budowlanych, nakładów pracy i innych składników cenotwórczych lub spodziewanego udziału wartości tych robót w całości wynagrodzenia wykonawcy oraz w przypadku prac dotyczących instalacji elektrycznych i odgromowych nie określono liczby skrzynek rozdzielczych i tablic elektrycznych, które należało utrzymać w ciągłej sprawności i czystości, a w przypadku zadań związanych z zapewnieniem sprawności sprzętu i wyposażenia nie określono ilości sprzętu oraz wyposażenia (np. meble, sprzęt elektryczny, rehabilitacyjny i kuchenny) szeregu pomieszczeń wchodzących w skład DPS, m.in. mieszkalnych,

kuchni, łazienek oraz biur, szatni pracowniczych i magazynów – co przesądzało o niejednoznaczności i niekompletności opisu przedmiotu zamówienia

Na podstawie art. 33 i 36 ust. 1 i 2 uoondfp RKO odstąpiła od wymierzenia kary.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO wskazano, co następuje.

„Pismem z dnia 28.12.2017 r, Dyrektor Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w (...) (dalej Zawiadamiający) zawiadomił Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie o popełnieniu czynu noszącego znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych w Domu Pomocy Społecznej w (...), dotyczącego prawidłowości udzielania zamówień publicznych oraz nadzoru nad ich realizacją. Jako odpowiedzialnym za w/w naruszenie Zawiadamiający wskazał Dyrektora Domu Pomocy Społecznej w (...) (dalej też Dom), (...). W ocenie Zawiadamiającego (...) naruszył dyscyplinę finansów publicznych poprzez dokonanie, w dniu 9.12.2015 r. w (...), opisu przedmiotu zamówienia na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...), niezgodnie z przepisem art. 29 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, czyli w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 17 ust.1 pkt 1 ustawy dfp). Ponadto (...) naruszył dyscyplinę finansów publicznych poprzez dokonanie, w dniu 7.11.2016 r. w DPS w (...), opisu przedmiotu zamówienia na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej, położonej w (...), niezgodnie z przepisem art. 29 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, czyli w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 17 ust.1 pkt 1 ustawy dfp). Do zawiadomienia dołączono dokumenty potwierdzające popełnienie wskazywanych naruszeń (k.1-79).

Ustosunkowując się do złożonego zawiadomienia, (...) w piśmie z dnia 23.02.2018 r. wskazał m.in., że SIWZ w postępowaniu dotyczącym ogłoszenia z dnia 9.12.2015 r. zatwierdził osobiście, jako Dyrektor jednostki. Jednocześnie przekazał kserokopię SIWZ z ww. postępowania i z postępowania dotyczącego ogłoszenia z dnia 7.11.2016 r. i wyjaśnił przyczyny niepodpisania SIWZ. Ponadto dołączył kserokopię Uchwały Nr 93/2011 Zarządu Powiatu w (...) z dnia 24.11.2011 r., w sprawie udzielenia mu upoważnienia do składania

oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności powiatu w zakresie prowadzenia Domu Pomocy Społecznej w (...). Zaznaczył ponadto, że głównym i najważniejszym przedmiotem zamówień na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości w Domu Pomocy Społecznej w (...) jest techniczne utrzymanie w ruchu całej jednostki wraz z zabezpieczeniem funkcjonowania wszystkich obiektów, sieci, instalacji i urządzeń (utrzymanie w stałej sprawności użytkowej). Podkreślił, że usługi remontowe stanowią jedynie nieznaczny element tego zamówienia i mają podobny, konserwacyjny wymiar, zabezpieczający możliwość użytkowania i wymagany stan sanitarny pomieszczeń. Brak jest zatem, w jego ocenie, obowiązku (jak to wynika z art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych - dalej Pzp) podawania rozmiarów, bądź zakresu prac budowlanych np. za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Zdaniem (...) nie sposób z dużym wyprzedzeniem przewidzieć, jakie w trakcie realizacji umowy, nastąpią usługi, które będą przeważały, w szczególności biorąc pod uwagę specyfikę jednostki. W jego ocenie nie jest też celowe i możliwe podawanie w SIWZ szczegółowo usytuowania poszczególnych urządzeń, ich ilości, wszelkich pomieszczeń DPS. Takie dane są w dyspozycji zamawiającego i są udostępniane na każde żądanie ewentualnego oferenta. Podstawą zdobycia takiej wiedzy jest, jego zdaniem, sprawdzenie tego przez oferentów bezpośrednio, podczas rekonesansu w siedzibie Zamawiającego, co zostało na etapie przetargu przewidziane. Zaznaczył, że kwestionowane zamówienia publiczne przeprowadzono w najbardziej przejrzystym i konkurencyjnym trybie przetargu nieograniczonego. DPS respektował ustawowe zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stosując regulacje i zasady określone w przepisach o zamówieniach publicznych i aktach wykonawczych. (...) zaznaczył, że żaden z uczestników postępowań nie skorzystał ze środków ochrony prawnej. Nie wystąpiły przypadki unieważnienia postępowania, złożenia skarg.

Postanowieniem z dnia 06.04.2018 r. Zastępca Rzecznika wszczął postępowanie wyjaśniające wobec (...) w związku z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych wskazanym w zawiadomieniu, tj. o czyny z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy dfp.

W dniu 09.08.2017 r. wpłynęły wyjaśnienia (...), z których wynika, że podczas zakwestionowanych postępowań respektowano wymogi zachowania uczciwej konkurencji. W jego ocenie w postępowaniach tych nie wystąpiło różnicowanie sytuacji wykonawców, czy też nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający złożenie oferty, polegające w szczególności na wprowadzeniu postanowień

uniemożliwiających wykonawcy kalkulację ryzyka oraz prawidłowe sporządzenie oferty. Zaznaczył, że podczas postępowań ewentualni wykonawcy nie zwracali się o wyjaśnienie czy doprecyzowanie przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że głównym i najważniejszym założeniem przedmiotu zamówień na usługi konserwacyjno-remontowe w latach 2015 i 2016, było techniczne utrzymanie w ruchu całej jednostki wraz z zabezpieczeniem funkcjonowania wszystkich obiektów, sieci, instalacji i urządzeń. Ponownie wskazał, że głównie chodziło o utrzymanie w gotowości zasobów osobowych do realizacji napraw i remontów oraz ich bieżąca realizacja z wykorzystaniem materiałów dostarczonych przez zamawiającego. W jego ocenie pozwoliło to na eliminację kosztów zatrudnienia i utrzymywania ekipy konserwatorów. Inne remonty, wymagające pozwoleń, sporządzenia kosztorysu itd., były wykonywane po przeprowadzeniu odrębnych postępowań o zamówienia publiczne. Zaakcentował, że jednostka, którą kieruje, sprawuje opiekę nad 280 osobami przewlekle chorymi psychicznie, co determinowało sposób opisu przedmiotu zamówienia. Zaznaczył, że zachęcano potencjalnych oferentów do wizji lokalnej obiektu, co pozwoliłoby na dokładne zobrazowanie potrzeb DPS w zakresie objętym postępowaniem oraz precyzyjnego przygotowania oferty. Wskazał ponadto, że żaden z uczestników postępowań nie skorzystał ze środków ochrony prawnej, nie było też unieważnienia postępowań czy odwołań, a postępowania były przeprowadzane zgodnie z wymogami ustawy Pzp.

Po przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym Zastępca Rzecznika, w dniu 08.05.2018 r., skierował do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie, wniosek o ukaranie (...)za popełnienie czynów z art. 17 ust 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Uzasadniając w/w wniosek Zastępca Rzecznika przywołał przepisy oraz orzecznictwo Głównej Komisji Orzekającej i Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że ustawodawca nakazał jednostkom sektora finansów publicznych, co do zasady, zawieranie umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. We wniosku wskazano, że ratio legis ustawy Pzp było wprowadzenie określonego sposobu dokonywania zamówień na rzecz sektora publicznego. Podkreślono, że akt ten ma służyć racjonalnemu wydawaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz zapewnieniu równego traktowania dostawców i wykonawców poprzez stworzenie warunków uczciwej

konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne. Zastępca Rzecznika podniósł, że do naczelných zasad udzielania zamówień publicznych należą m.in. zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Obowiązujące w tym zakresie przepisy art. 7 ust. 1 i 2 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazują faworyzowania wykonawców i nakazują jednakowo traktować wszystkich potencjalnych uczestników postępowania. Realizacją ww. wymogów jest m.in., w ocenie Zastępcy Rzecznika, takie określenie przedmiotu zamówienia, aby opis był jednoznaczny i wyczerpujący, co pozwoli wykonawcom na zidentyfikowanie potrzeb zamawiającego.

Zdaniem Zastępcy Rzecznika (...)postąpił wbrew wskazanym regułom, bowiem brak określenia oczekiwanego rozmiaru ilościowego zakresu prac związanych z remontami częściowymi i kompleksowymi w przypadku prac dotyczących remontów częściowych i kompleksowych, np. poprzez niewskazanie: podstawowych parametrów ilościowych robót budowlanych, nakładów pracy i innych składników cenotwórczych lub spodziewanego udziału wartości tych robót w całości wynagrodzenia wykonawcy oraz brak określenia liczby skrzynek rozdzielczych i tablic elektrycznych, które należało utrzymać w ciągłej sprawności i czystości w przypadku prac dotyczących instalacji elektrycznych i odgromowych, a także brak określenia ilości sprzętu oraz wyposażenia (np. meble, sprzęt elektryczny, rehabilitacyjny i kuchenny) szeregu pomieszczeń wchodzących w skład DPS, m.in. mieszkalnych, kuchni, łazienek oraz biur, szatni pracowniczych i magazynów w przypadku zadań związanych z zapewnieniem sprawności sprzętu i wyposażenia, wpłynęły na możliwość prawidłowego sporządzenia oferty. Powyższe, w ocenie Zastępcy Rzecznika, świadczy też o tym, że opis przedmiotu zamówienia w zakwestionowanych postępowaniach był niejednoznaczny i niekompletny, a jego treść musiała wpłynąć na utrudnienie uczciwej konkurencji.

Za wskazane wyżej naruszenia Zastępca Rzecznika wniósł o wymierzenie (...)kary nagany. (...)nie był uprzednio karany za naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zarządzeniem z dnia 14.05.2018 r. Przewodniczący Regionalnej Komisji Orzekającej, wyznaczył rozpoznanie sprawy na rozprawie na dzień 05.06.2018 r.

Na rozprawę w tym dniu stawili się: Zastępca Rzecznika (...) oraz Obwiniony wraz z obrońcą, radcą prawnym. Zastępca Rzecznika odczytał wniosek o ukaranie, podtrzymując zawarte w nim oczekiwanie, co do wymiaru kary i uznania odpowiedzialności Obwinionego.

Przewodnicząca Składu Orzekającego ujawniła i zaliczyła do materiału dowodowego wszystkie dowody zgromadzone w aktach sprawy na kartach od nr 1 do nr 240.

Komisja ustaliła następujący stan faktyczny oraz zważyła, co następuje.

(...) sprawuje funkcję Dyrektora Domu Pomocy Społecznej w (...) od dnia 1.04.1999 r. (k. 235).

Zarządzeniem Nr 14/2006 z dnia 28.11.2006 r. Dyrektora Domu Pomocy Społecznej w (...) powołano stałą komisję do przeprowadzania przetargów w w/w jednostce. Skład komisji ulegał zmianie na przestrzeni lat aneksami do w/w Zarządzenia z dnia 18.11.2008 r., z dnia 20.06.2011 r. oraz z dnia 1.09.2016 r. (k.10-11).

W wyniku przetargu nieograniczonego na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...), w dniu 29.12.2015 r. (...), jako przedstawiciel Zamawiającego przy kontrasygnacie Głównego Księgowego podpisał umowę Nr 16/2015 z firmą Usługi Remontowo-Konserwatorskie (...), reprezentowaną przez (...) na wykonywanie usług konserwacyjno-remontowych, utrzymanie porządku i czystości na ww. nieruchomości. Wykonanie przedmiotowej umowy określono w sposób wskazany w SIWZ i załączniku nr 4 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) i ofertą wykonawcy z dnia 15.12.2015 r. (załącznik nr 2 do umowy)-k. 20-39.

W wyniku przetargu nieograniczonego na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...) jako przedstawiciel Zamawiającego przy kontrasygnacie Głównego Księgowego podpisał w dniu 28.11.2016 r. umowę Nr (...) z firmą Usługi Remontowo-Konserwatorskie (...), reprezentowaną przez (...) na wykonywanie usług konserwacyjno-remontowych, utrzymanie porządku i czystości na ww. nieruchomości. Wykonanie przedmiotowej umowy określono w sposób wskazany w SIWZ i załączniku nr 4 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) i ofertą wykonawcy z dnia 14.11.2016 r. (załącznik nr 2 do umowy)-k.40-57.

W toku przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli (dalej NIK) kontroli nr S/17/001 "Prawidłowość udzielania zamówień publicznych oraz nadzoru nad ich realizacją przez Dom Pomocy Społecznej w (...)" za lata 2014-2017 (I półrocze), NIK zakwestionował postępowania prowadzone w grudniu 2015 r. i listopadzie 2016 r., dotyczące zamówień na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...). Stwierdzone nieprawidłowości wyczerpywały znamiona naruszenia z art. 17 ust.1 pkt 1 ustawy dfp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, 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. Przy orzekaniu zastosowano przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - dalej Pzp (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579, z późn. zm.), w wersji obowiązującej na dzień orzekania oraz przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1311, z późn.zm.), w wersji obowiązującej na dzień orzekania, ponieważ odpowiednie przepisy obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia nie są względniejsze dla Obwinionego.

W myśl art. 4 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają, z zastrzeżeniem art. 4a, kierownicy jednostek sektora finansów publicznych, pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, z zastrzeżeniem art. 4 ust. 2 ww. ustawy, który stanowi, że: W przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17, osoba obowiązana lub upoważniona do działania w imieniu podmiotu publicznego lub prywatnego, który oferuje pomocnicze działania zakupowe na rynku, któremu kierownik zamawiającego powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych.

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

Zgodnie zaś z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy dfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Podczas rozprawy obrońca obwinionego nie zgodziła się z postawionym mu zarzutem. Zaznaczyła, że za przeprowadzenie zamówień odpowiadał ówczesny Zastępca Dyrektora Domu Pomocy Społecznej, który wykonywał swoje obowiązki na podstawie zakresu czynności, jednak dowodu z przesłuchania świadka nie da się przeprowadzić, gdyż nie żyje. Podkreśliła, że w czasie postępowań oferenci nie zwracali się do zamawiającego o wyjaśnienie przedmiotu zamówienia czy też doprecyzowanie jego opisu. Zaznaczyła, że jednostka, której dotyczyły postępowania jest specyficzna ze względu na jej profil działalności, co też miało wpływ na liczbę oferentów. Dom zapewnia opiekę 280 osobom niepełnosprawnym umysłowo i z zaburzeniami psychicznymi. Są to osoby nieprzewidywalne, często powodujące różnego typu zniszczenia. Pensjonariuszami opiekuje się 160 osób, za mało w stosunku do potrzeb. Dlatego tak ważne było zapewnienie kompleksowej obsługi konserwatorsko-remontowej. W ocenie obrońcy obwinionego w zakwestionowanych postępowaniach dochowano starań, aby przedmiot zamówienia był tak opisany, by chronił interesy jednostki. Obrońca, wskazując na orzecznictwo w tym zakresie podniosła, że najczęściej w przypadku naruszeń zasady uczciwej konkurencji składane są przez oferentów odwołania. W tym przypadku nikt się nie odwoływał.

Obrońca wyjaśniła, że na przestrzeni lat przy udzielaniu zamówień na tego typu usługi, przedmiot zamówienia był dopracowywany. Szczególnie po wpłynięciu pisma z firmy (...), która zgłosiła szereg pytań do postępowania w roku 2014. Starali się, aby SIWZ była na tyle szczegółowa, żeby ewentualni oferenci zdawali sobie sprawę z rozmiaru zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Zaznaczyła też, że w toku zakwestionowanych postępowań w latach 2015 i 2016 odbyły się wizje lokalne podmiotów zainteresowanych uczestnictwem w

tych przetargach, celem zapoznania się z przedmiotem zamówienia, jednak oferty zgłaszał tylko ten zakwestionowany podmiot. Obwiniony dodał ponadto, że podczas wizji dopiero podmioty w nich uczestniczące poznały zakres oczekiwań i ewentualnych obowiązków oraz specyfikę miejsca, w którym przyszłoby im je wykonywać. Z wyżej wskazanych powodów firmy te nie składały ofert, gdyż w podczas wizji ich przedstawiciele uznawali, że nie podołają zadaniu.

Na pytanie Członka Składu Orzekającego (...), dlaczego w załączniku do SIWZ, w szczegółowym wykazie prac, znalazły się prace remontowe wymagające uzyskania zezwoleń (np. remonty pokrycia dachowego), Obwiniony wyjaśnił, że tego typu zapisy znalazły się tam z asekuracji. Faktycznie do tego typu prac angażowano przedsiębiorstwa wyłonione w drodze odrębnych postępowań i akurat nie była to firma, która została wyłoniona w drodze zakwestionowanych postępowań.

Obrońca zaznaczyła też, że po kontroli NIK natychmiast podjęto czynności zmierzające do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości, czego efektem jest zatrudnienie osoby z doświadczeniem, odpowiedzialnej tylko za zamówienia publiczne. Rocznie jednostka przeprowadza, bowiem około 20 postępowań z zakresu zamówień publicznych i najczęściej są to zamówienia żywności. Obrońca podkreśliła, że NIK zakwestionował tylko te dwa postępowania i to w odniesieniu do braku wskazania ilości sprzętu. Obwiniony dodał, że nie podawano ilości sprzętu, aby dodatkowo nie zniechęcać oferentów.

Na pytanie Zastępcy Rzecznika o ilościowy zakres prac na przestrzeni lat 2015 i 2016, Obwiniony odparł, że dokładnie nie pamięta ile było tego typu zgłoszeń. Ewentualne awarie zgłaszają pracownicy, a on sam nie musi nawet o nich wiedzieć. Zgłaszane awarie czy zniszczenia były sprawnie i na bieżąco usuwane, gdyż właściciel firmy mieszka w tej samej miejscowości. Zaznaczył, że Dom boryka się z istotnymi brakami kadrowymi, szczególnie w dziale opiekuńczo-medycznym. Jednocześnie podkreślił, że zarzucone nieprawidłowości dotyczyły niewielkiej części zakresu prac objętego postępowaniami.

Art. 29 ust. 2 Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w

ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w w/w przepisie z uwagi na niezgodne z Prawem zamówień publicznych opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego (por. Józef Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, lex on line). Należy też podkreślić, że po stronie wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (zob. też wyroki KIO: z 24.04.2009 r., KIO/UZP 466/09, KIO/UZP 486/09, LEX nr 497522; z 26.08.2011 r., KIO 1734/11). Zaistnienie, co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 zostały naruszone (zob. wyrok KIO z 26.04.2011 r., KIO 752/11).

Art. 18 ust. 1 ww. ustawy z kolei zakłada, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Komisja uznała, że zastrzeżenia Zastępcy Rzecznika wskazane we wniosku o ukaranie są zasadne.

Zaznaczyć należy, że warunkiem przypisania winy jest niedołożenie staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku. Jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie określonego obowiązku, to wprost wyrażona jest zasada niemożności poniesienia odpowiedzialności za naruszenie, na którego zaistnienie nie ma się wpływu. W badanej sprawie nie można uznać, że Obwiniony zrobił wszystko, co leżało w jego mocy, by uniknąć naruszeń. Miał, bowiem świadomość, że zapisy SIWZ (a konkretnie załącznika do niej opisującego zakres zadań) mogą budzić wątpliwości w zakresie opisu wymagań wobec ewentualnego oferenta, na co mogło wskazywać pismo (...)Sp. z o.o., zawierające szereg pytań o ilość wyposażenia. SIWZ w kolejnych postępowaniach nie uwzględniały zaś tych zastrzeżeń.

W tych okolicznościach, zasadnie Zastępca Rzecznika zarzucił, że opis przedmiotu zamówienia w zakwestionowanych postępowaniach był niejednoznaczny i niekompletny, co

mogło utrudnić ewentualnemu wykonawcy rozeznanie się, co do zakresu obowiązków. Mając to na uwadze oraz fakt, że lokalny przedsiębiorca, były pracownik Domu Pomocy, jako jedyny stanął do przetargów i jego oferta została wybrana, mogły pojawić się wątpliwości, co do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji. Z powyższych względów, w ocenie Komisji, można Obwinionemu przypisać winę za zarzucane naruszenia.

Rozważając wymiar kary za popełnione przez Obwinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, Komisja wzięła pod uwagę stopień ich szkodliwości dla finansów publicznych, jak również motywy, sposób i okoliczności działania Obwinionego.

W zakresie oceny postępowania Obwinionego, Komisja uznała, że zachodzą przesłanki do złagodzenia kary wnioskowanej przez Zastępcę Rzecznika. Kara nagany, w ocenie Komisji, byłaby zbyt surowa, biorąc pod uwagę okoliczności popełnionych naruszeń, tym bardziej, że stopień naruszenia nie jest znaczny. Analogiczne stanowisko Komisja zajmuje wobec ewentualnej kary upomnienia. Okoliczności łagodzące, wykazane w postępowaniu (warunki pracy, specyfika Domu, zakres obowiązków ewentualnego oferenta, niekaralność Obwinionego) przemawiają za tym, aby Obwinionego nie karać. Zresztą, wbrew stanowisku Zastępcy Rzecznika, stwierdzone naruszenia nie musiały, lecz tylko mogły skutkować naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, i tą potencjalność (wystarczającą do naruszenia art. 29 ust.2 Pzp) w niniejszej sprawie wykazano. Z akt nie wynika, bowiem, aby któryś z ewentualnych oferentów kwestionował wynik przetargów z 2015 r. i 2016 r., nie pojawiły się zastrzeżenia do tych przetargów, ani skargi czy odwołania. Z wyjaśnień wynika również, że potencjalni wykonawcy korzystali z możliwości zapoznania się z miejscem wykonywania zamówienia, gdzie udzielano im wszelkich informacji, chociaż faktycznie nie było takiej informacji w SIWZ.

Komisja, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy postanowiła odstąpić od wymierzenia Obwinionemu kary, na podstawie art. 36 ust. 1 i 2 ustawy dfp. Ww. przepis zakłada, że w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunki osobiste sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Jako okoliczności łagodzące można uwzględnić w szczególności: 1) działanie lub zaniechanie ze szczególnych pobudek lub w szczególnych warunkach, zasługujących na uwzględnienie, w tym w celu zapobieżenia

szkodzie w mieniu publicznym; 2) wyróżnianie się przed popełnieniem naruszenia dyscypliny finansów publicznych wzorowym spełnianiem obowiązków zawodowych; 3) przyczynienie się do usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub podjęcie o to starań.

Komisja uwzględniła doskonałą opinię o Obwinionym, z której wynika, że Obwiniony z powodzeniem od wielu lat zarządza placówką zatrudniającą 160 osób, zapewniając opiekę 280 pensjonariuszom z zaburzeniami psychicznymi. Obwiniony został oceniony, jako osoba zaangażowana w pracę Domu Pomocy oraz dbająca o pracowników i wspierająca swoich podopiecznych, którym zapewnia nie tylko możliwość rozwijania swoich zainteresowań, lecz również organizuje im rozrywki (spotkania integracyjne, festiwale itd.). Obwiniony angażuje się również w pozyskiwanie środków dla placówki ze źródeł zewnętrznych, jest doceniany przez przełożonego za zaangażowanie, ambicję i umiejętność pracy w trudnym środowisku. Obwiniony wraz z pracownikami został nagrodzony za zaangażowanie w pracy w dniu 20.11.2017 r. przez Wojewodę (...). Do opinii załączono opis niektórych inwestycji oraz środków pozyskanych przez Obwinionego (k. 235-238).

Komisja miała również na uwadze niekaralność (...) oraz warunki pracy Obwinionego i to, że jednostka, którą kieruje nie musiała być atrakcyjnym miejscem pracy dla ewentualnego wykonawcy, mogła wręcz budzić obawy z uwagi na fakt, iż w pobliżu remontowanych pomieszczeń mogły przebywać osoby chore psychicznie, co też mogło mieć wpływ na złożenie tylko jednej oferty. Zresztą sam Obwiniony wyjaśniając na rozprawie, zaznaczał, że podczas wizji w obiekcie zainteresowani wprost mówili, że zadanie ich przerasta. Okoliczności powyższe są jednak, w ocenie Komisji, przesłanką łagodzącą, w żadnym wypadku zaś podstawą do uniewinnienia, o co wносиła Obrońca Obwinionego. Obwiniony miał, bowiem możliwość uniknięcia naruszenia poprzez preredagowanie SIWZ (mając na względzie treść pisma z (...) Sp. z o.o. otrzymanego w poprzednim analogicznym postępowaniu) w taki sposób, aby przedstawiony w niej zakres obowiązków uwzględniał, chociaż pobieżnie specyfikę jednostki, ilość pensjonariuszy, informację o konieczności pracy również na oddziałach zamkniętych, przybliżoną liczbę pokoi i wyposażenia, które będzie objęte zamówieniem, czyli uwzględniał, chociaż w części pytania z w/w pisma. Wbrew zapewnieniom Obwinionego i Obrońcy, w SIWZ nie było również wskazanej możliwości dokonania wizji na miejscu. Komisja stoi na stanowisku, że odstąpienie od wymierzenia kary

w stosunku do (...)spełni funkcję dyscyplinującą i prewencyjną, tak by w przyszłości uniknąć tego typu uchybień. [...]”.

Pismem z dnia 24 lipca 2018 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie (dalej „RDF”), zaskarżył przedmiotowe orzeczenie w zakresie odstąpienia od wymierzenia Obwinionemu kary oraz wniósł o wymierzenie mu kary nagany.

Zaskarżonemu orzeczeniu w zakresie kary, RDF zarzucił obrazę przepisów prawa, tj. art. 33 i art. 36 ust. 1 i 2 uoondfp przez przyjęcie, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych stwierdzonych naruszeń, jak również motywy, sposób i okoliczności działania Obwinionego, czyli warunki pracy (...), specyfika Domu, zakres obowiązków ewentualnego wykonawcy, niekaralność Obwinionego jego opinia oraz fakt, że ewentualni oferenci nie kwestionowali wyników przetargów z 2015 r. i 2016 r., że nie pojawiły się zastrzeżenia do tych przetargów, ani skargi czy odwołania, a potencjalni wykonawcy mieli możliwość zapoznania się z miejscem wykonywania zamówienia, przemawiają za odstąpieniem od wymierzenia (...)kary, mimo że w przypadku udzielenia zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców obligatoryjnie wymierza się obligatoryjnie karę pieniężną, natomiast nierazące utrudnianie uczciwej konkurencji może zostać ukarane również łagodniejszą karą, w tym karą nagany.

W uzasadnieniu odwołania RDF wskazał, m.in.:

„[...]Na wstępie rozważań odnośnie wydanego przez Komisję rozstrzygnięcia wskazać należy, że w ocenie rzecznika, odstąpienie od wymierzania kary nie jest obligatoryjne.

Komisja, w sytuacji gdy wyczerpane są znamiona art. 36 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności..., fakultatywnie może skorzystać z dobrodziejstwa zastosowania tej instytucji - nie jest to powinnością, ale prawem komisji orzekającej (podobnie GKO w orzeczeniu z dnia 6 października 2003, DF/GKO/Odw.-29/4-46/2003, LEX nr 81706). W art. 36 ust. 1 cytowana ustawa stanowi, że w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości warunki osobiste sprawcy naruszenia, wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Przepis ten ma charakter wyjątkowy i tak powinien być

stosowany. Wskazuje on bowiem, iż nawet jeżeli zajdą okoliczności zasługujące na szczególne uwzględnienie, komisja orzekająca może lecz nie musi go zastosować (por. orzeczenie GKO z dnia 10 stycznia 2002r., sygn. DF/GKO/Odw.-181/266-267/2001, LEX nr 80108). Odstąpienia od wymierzenia kary powinno być rozważane i może nastąpić tylko w sytuacjach nadzwyczajnych, wyjątkowych (zasługujących na szczególne uwzględnienie). W przedmiotowej sprawie wyjątkowość jednak nie zachodzi.

Uzasadniając rozstrzygnięcie w przedmiocie odstąpienia od wymierzania kary, Komisja stwierdziła, iż ewentualni oferenci nie kwestionowali wyników przetargów z 2015 r. i 2016 r., nie pojawiły się zastrzeżenia do tych przetargów, ani skargi, czy odwołania. Mieli oni również możliwość zapoznania się z miejscem wykonywania zamówienia, gdzie udzielano im wszelkich informacji, chociaż faktycznie nie było takiej informacji w SIWZ, co dowodzić miało również, że jedynie potencjalnie utrudniono uczciwą konkurencję.

Trudno jednak podzielić pogląd, że niepodnoszenie zastrzeżeń ze strony jedyne go wykonawcy, który złożył ofertę, a następnie został w przetargu wybranym, stanowi argument pozwalający na uznanie, że stopień naruszenia nie jest znaczny oraz na uznanie, iż braki w opisie przedmiotu zamówienia na usługi konserwacyjno-remontowe, utrzymanie porządku i czystości na nieruchomości zabudowanej położonej w (...), przełożyły się na wynik przetargu jedynie teoretycznie. Owa, słusznie stwierdzona przez Komisję niejednoznaczności i niekompletności opisu przedmiotu zamówienia, przebieg poprzednio przeprowadzonych przetargów, zniechęcały innych wykonawców do udziału w przetargu. Wykonawcy nieznający rzeczywistych oczekiwań zamawiającego nie mogli realnie sporządzić i oszacować złożonych ofert. Tym samym działania Obwinionego nie można uznać za nieznacznie utrudniające uczciwą konkurencję.

Konieczne jest, w tym miejscu także przytoczenie treści art. 35 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w myśl którego karę upomnienia można wymierzyć w szczególności w przypadku, gdy stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie jest znaczny. A contrario jeśli stopień szkodliwości jest znaczny wymierza się karę surowszą niż kara upomnienie, a nie odstępuje się od karania Obwinionego.

Zgodnie z art. 28 ust. 1a i ust. 3 ww. ustawy, przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia. Natomiast przy

ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

Ignorowanie zastrzeżeń wynikających z pisma (...)Sp. z o.o., zawierających szereg pytań: o ilość wyposażenia i nie wyciąganie z nich wniosków przy opracowywaniu specyfikacji w kolejnych postępowaniach dowodzi, że stopień szkodliwości czynu, jest znaczny.

Dodać też trzeba, że w myśl art. 34a ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności..., jeżeli wskutek naruszenia udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców wymierza się karę pieniężną. Nie oznacza to jednak, że każde inne (nierazące) naruszenie tych zasad nie powinno być karane. Można, w tych przypadkach, wymierzać również łagodniejsze kary, w tym karą nagany, o ile przemawiają za tym okoliczności spraw np. powtarzalność postępowań, w których bagatelizowano sformułowaną we wcześniejszym przetargu propozycję doprecyzowania opisu zamówienia publicznego.

Dodać należy, iż Komisja odstępując od wymierzenia kary wzięła także pod uwagę dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, właściwe wywiązywanie się z obowiązków służbowych i pozytywną opinię w tym zakresie.

Nie może zgodzić się z oceną Komisji, iż czynnikami przesądzającymi o odstąpieniu od wymierzenia kary, są niekaralność oraz wieloletni, nienaganny okres zarządzania placówką zatrudniającą 160 osób, zapewniającą opiekę 280 pensjonariuszom z zaburzeniami psychicznymi, czy opinia z której wynika, że Obwiniony oceniany był, jako osoba zaangażowana w pracę Domu Pomocy oraz dbająca o pracowników i wspierająca swoich podopiecznych, którym zapewnia nie tylko możliwość rozwijania swoich zainteresowań, lecz również organizuje im rozrywki (spotkania integracyjne, festiwale itd.), że angażuje się w pozyskiwanie środków dla placówki ze źródeł zewnętrznych i jest nagrodzony np. statuetką (...).

Powyższe okoliczności nie mogą być uzasadnieniem pozwalającym na uznanie, że nie należy wyciągać konsekwencji wobec osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dobra opinia, czy niekaralność za naruszenia dyscypliny finansów publicznych,

w myśl art. 36 cyt. ustawy, nie uzasadniają odstąpienia od wymierzenia kary. Takie podejście prowadzi do wypaczenia zasad odpowiedzialności, sankcjonuje bowiem praktykę - nie można ukarać osoby odpowiedzialnej, gdyż była dobrym pracownikiem - jest dobrym pracownikiem ponieważ nie była karana. Prowadzi wręcz do a priori założenia, że wystarczy być dotychczas nie karanym, pozytywnie ocenianym, czy nagradzanym, aby uniknąć kary.

A przecież fakt wywiązywania się w przeszłości z powierzonych obowiązków w sposób należyty i sumienny winien być uważany za normę, a nie za okoliczność wyjątkową, która w przypadku ewidentnego załamania reguł prawa winna przesądzać o odstąpieniu od wymierzania kary.

W ocenie wnoszącego odwołanie, opinia na temat wcześniejszego, nawet wzorcowego wywiązywania się z obowiązków nie niweluje faktu wystąpienia skonkretyzowanego naruszenia prawa.

Niekaralność zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie może ona stanowić samodzielnej przesłanki zastosowania nadzwyczajnego odstąpienia od ukarania, gdyż nie jest niczym wyjątkowym. Normą jest bowiem takie działanie osób dysponujących środkami publicznymi, aby nie dochodziło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Odwrotna sytuacja jest odstępstwem od tej normy, którą trudno zakwalifikować, jako przesłankę szczególnie uzasadniającą odstąpienie od ukarania (podobnie Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 21 maja 2007 r. DF/GKO-4900-1/1/RN-1/07/145).

Podsumowując przedmiotowe rozważania należy podkreślić, że nie można zgodzić się z praktyką, która prowadzi do konkluzji, iż Komisje Orzekające traktują odstąpienie od wymierzenia kary, jako zasadę (faktycznie karę podstawową). Postępując tak działają wbrew woli ustawodawcy (do takich wniosków prowadzi analiza niniejszej sprawy), gdyż należy wykazać, że dana sprawa jest wyjątkowa ze względu na przywołane w art. 36 cyt. ustawy okoliczności i ich ocena nie może być aż tak swobodna, gdyż może prowadzić do dowolności w wymierzaniu kar.

Kara powinna być adekwatna do stopnia szkodliwości czynu przypisanego Obwinionemu, ale również spełniać jednocześnie rolę represyjną (podobnie GKO w orzeczeniu z dnia 4 października 2010 r., BDF1/4900/66/73/10/1785) i prewencyjną. Regionalna Komisja Orzekająca odstępując od wymierzenia kary (...), nie zrealizowała ww. zadania.

Wobec tego, biorąc pod uwagę całokształt zarzucanych naruszeń, brak rzeczywistych, skutecznych działań w celu ich zapobieżeniu, zasadnym jest ukaranie Obwinionego (...)karą nagany. [...]”.

Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca (GKO) wskazuje, iż podziela referowane powyżej ustalenia faktyczne dokonane przez RKO i uznaje je za własne, wskazując przy tym, iż ustalony stan faktyczny nie był sporny pomiędzy RDF i Obwinionym.

GKO nie podziela natomiast dokonanych przez RKO ocen i kwalifikacji przesłanek odstąpienia od wymierzenia kary w stosunku do Obwinionego za czyn, którego popełnienie orzeczono.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 uondfp organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego.

Według ust. 2 tego przepisu. wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Ponadto, zgodnie z art. 36 ust. 1 uondfp, w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunki osobiste sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

W świetle powołanych przepisów instytucja odstąpienia od wymierzenia kary za stwierdzone naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter fakultatywnego środka nadzwyczajnego, dotyczącego przypadków zasługujących na szczególne uwzględnienie.¹

Jakkolwiek zgodnie z art. 33 ust. 1 uondfp organ orzekający wymierza karę według swojego uznania, to jednak nie w sposób dowolny, ale w granicach określonych w ustawie oraz na podstawie opisanych w przepisach wytycznych względem wymiaru kary, odnoszące się zarówno do strony przedmiotowej czynu (stopień szkodliwości dla finansów publicznych), strony podmiotowej (stopnia winy obwinionego), jak też względy prewencji ogólnej i szczególnej.

Natomiast przy złagodzeniu kary lub odstąpieniu od jej wymierzenia również należy mieć na względzie podmiotowe i przedmiotowe aspekty karanego czynu. Jak wskazała Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 25 września 2005 r., sygn. akt: DF/GKO-4900-48/61/RN25/06/1364: *„Przepis art. 36 ustawy reguluje instytucję nadzwyczajnego złagodzenia oraz odstąpienia od wymierzania kary. Za zastosowaniem obu tych instytucji przemawiają te same przesłanki, które wskazane zostały jako okoliczności wpływające na wymiar kary (art. 33 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), a mianowicie: rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunki osobiste sprawcy. Użycie spójnika „lub” sprawia, że dla złagodzenia kary lub odstąpienia od wymierzania kary wystarczające jest zaistnienie bądź przesłanek podmiotowych (odnoszących się do osoby sprawcy), bądź też tylko przedmiotowych (w zakresie okoliczności czynu).”*

W rozpatrywanej sprawie RKO uznała, że zachodzą przesłanki do złagodzenia kary wnioskowanej przez Zastępcę Rzecznika (kary nagany). RKO nie złagodziła jednak kary nagany na karę upomnienia, ale w ogóle odstąpiła od wymierzenia kary.

Wskazanymi przez RKO przedmiotowymi okolicznościami, które w jej ocenie, pozwalały odstąpić od ukarania Obwinionego, były: nieznaczny „stopień naruszenia”, „potencjalność” naruszenia konkurencji, a podmiotowymi: „warunki pracy, specyfika Domu, zakres obowiązków ewentualnego oferenta, niekaralność Obwinionego”, „doskonała opinia o Obwinionym” i zaangażowanie na rzecz kierowanej placówki i jej pensjonariuszy.

¹ W. Brożek, *Odstąpienie od wymierzenia kary oraz efektywność kar za naruszenia dyscypliny finansów publicznych*, w: *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu*, 2(3)/2015, s. 71

GKO oceniając powyższe przedmiotowe i podmiotowe okoliczności uznała, według własnego uznania i oglądu sprawy, że stanowisko RKO było zbyt daleko idące, i. stwierdza, że powołane okoliczności i ich ocena pozwalają wymierzyć Obwinionemu karę najłagodniejszą (karę upomnienia), ale nie zezwalają na odstępnie od ukarania w ogóle.

W tym zakresie można powołać orzecznictwo sądów administracyjnych powoływane w odpowiedzi na odwołanie (wyrok NSA z 8 stycznia 2002 r., sygn.. akt III SA 2079/00; wyrok NSA z 3 kwietnia 2002 r. , sygn.. akt III SA 3357/2001), zgodnie z którym organowi orzekającemu przysługuje uznaniowa ocena należnego wymiaru kary. W tym przypadku ocena taka przysługuje GKO i z niżej opisanych względów różni się od oceny dokonanej przez RKO.

Przede wszystkim GKO różni się tu w ocenie przedmiotowej strony popełnionego czynu. Niedokładny i niepełny opis przedmiotu zamówienia, który został zarzucony i przypisany, popełniany był bynajmniej nie w sposób incydentalny, ale powtarzający się. Nie może zostać również zakwalifikowany jako niewielki stopień naruszenia przepisów i tylko jako potencjalne naruszenie konkurencji. Opis tego typu jest samoistnym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast brak innych ofert oprócz ofert wykonawcy, który wiedzę o zakresie zamówienia czerpał z innych źródeł niż dokumentacja przetargowa, pozostaje faktem i nie może być zlekceważony w kontekście oceny stopnia naruszenia i jego skutków. W zakresie oceny przedmiotowej strony popełnionego czynu GKO podziela stanowisko RDF.

Na uwzględnienie zasługują natomiast okoliczności podmiotowe związane z osobą Obwinionego wskazane przez RKO, które rzeczywiście mogą stanowić o złagodzeniu wnioskowanej kary nagany.

Jednakże ww. okoliczności „zbilansowane” z przedmiotową stroną czynu nie wystarczają do odstąpienia od ukarania za ten czyn. GKO nie będzie dywagować, czy odstąpienie od wymierzenia kary rzeczywiście miałyby w tym przypadku dyscyplinujący skutek względem osoby Obwinionego, jednakże z pewnością tego rodzaju brak „potępienia” czynu, przez które należy rozumieć karę (nawet najłagodniejszą), miałyby negatywny wymiar w zakresie oddziaływania społecznego kary i niweczyłby ogólną, prewencyjną rolę kary za tego typu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Reasumując, biorąc pod uwagę wszystkie, podmiotowe i przedmiotowe aspekty wymiaru kary, GKO uznała, iż kara upomnienia będzie w tym przypadku adekwatna względem popełnionego czynu oraz jego sprawcy.

GKO nie znalazła natomiast podstaw do uchylenie zaskarżonego orzeczenia w pozostałym zakresie i utrzymała je w mocy.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.