



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 4 grudnia 2017 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
	<i>Członek GKO:</i>	Emil Kawa (spr.)
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionej (...) – pełniącej w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach z dnia 13 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KDF-53/12/2017, którym Komisja Orzekająca uniewinniła Panią(...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienia czynu wypełniającego dyspozycję **art. 17 ust. 1 pkt 4** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311), polegającego na określeniu w dniu 4 grudnia 2014 r. w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryterium oceny ofert – cena (100%) przy udzieleniu zamówienia publicznego pn. „ Budowa kanalizacji sanitarnej przesyłowej na terenie Gminy (...)” z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.)

Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarbu Państwa.

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) uchyla orzeczenie Komisji I instancji w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 13 kwietnia 2017 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach (zwana dalej także w skrócie „RKO” lub „Komisja”) uniewinniła Obwinioną (...), pełniącą w okresie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), od naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Wniosek o ukaranie sporządzony został w oparciu o zawiadomienie złożone przez Dyrektora Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zarzucane Obwinionej naruszenie dotyczyło czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) - zwanej dalej także: „uondfp”, polegającego na określeniu w dniu 4 grudnia 2014 roku w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w postępowaniu przetargowym pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej przesyłowej na terenie Gminy (...)”, jedyne kryterium oceny ofert - cena (100%). Powyższe stanowiło wg 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 Kielcach (dalej: „Rzecznik”) naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) - zwanej dalej także: „Pzp”.

RKO, orzekając w przedmiotowej sprawie uznała, że zgodnie przepisem art. 19 ust. 2 uondfp, odpowiedzialność ponosi tylko taka osoba, której można przypisać winę w popełnieniu naruszenia. Komisja wskazała, że stosownie do treści brzmienia tego przepisu nie można przypisać winy osobie, jeżeli naruszenia przepisu nie można było uniknąć, mimo

dołożenia staranności przy wykonywaniu obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W ocenie RKO, Obwinionej (...) nie można było przypisać winy, gdyż w kierowanym Urzędzie wprowadziła i stosowała odpowiednie mechanizmy mające na celu prawidłowe prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zaistniały błąd w ustaleniu treści kryterium oceny ofert powstał w związku z nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak Obwiniona z racji zakończenia kadencji Wójta Gminy w dniu 8 grudnia 2014 r., nie mogła naprawić zaistniałego błędu, chociaż przedmiotowa specyfikacja była zmieniana w dniu 12 grudnia 2014 r.

RKO stwierdziła, że jeżeli okaże się, iż obwiniony w danych okolicznościach faktycznych sprawy nie miał możliwości zachowania się zgodnie z przepisami prawa, to pomimo stwierdzenia popełnienia czynu naruszającego przepis prawa, to nie można mu przypisać winy. Brak winy winien prowadzić do stwierdzenia, iż nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a tym samym nie można pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności.

W przedmiotowej sprawie, w związku z upływem kadencji Wójta Gminy, RKO uznała, że Obwiniona nie miała możliwości zachować się zgodnie z przepisem, gdyż została pozbawiona możliwości konwalidowania w SIWZ błędnego kryterium oceny ofert. Ponadto Obwinionej nie można wskazać wzorca prawidłowego zachowania, gdyż Obwiniona nie zawierała umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Te okoliczności skutkowały tym, że RKO postanowiła uniewinnić Obwinioną od zarzucanego czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Od powyższego orzeczenia odwołanie złożył Rzecznik, który stwierdził, że Regionalna Komisja Orzekająca nie miała podstaw do uniewinnienia Pani (...), gdyż źle oceniła stan faktyczny sprawy. Podkreślił, że dla przypisania winy określonej osobie należy wykazać, że po pierwsze, doszło do naruszenia przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a po drugie, sprawca czynu przy dołożeniu staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonywanie obowiązków kierownika jednostki sektora finansów publicznych, mógł naruszenia uniknąć. W ocenie Rzecznika, obie te przesłanki w stosunku do Obwinionej zostały spełnione. Podkreślił także, iż na osobach sprawujących kierownicze funkcje w jednostkach sektora finansów publicznych spoczywa szczególny obowiązek należytej dbałości o finanse publiczne, co wiąże się także z obowiązkiem znajomości przepisów regulujących gospodarkę tymi środkami.

Niezastosowanie właściwych przepisów obowiązującego prawa winno zostać zawsze ocenione jako działanie zawinione.

Z powyższego wynika, iż każda osoba zajmująca się gospodarowaniem finansami publicznymi powinna legitymować się znajomością przepisów z zakresu finansów publicznych. Natomiast w przedmiotowej sprawie Obwiniona Pani (...) nie weryfikowała w należyty sposób pracy swoich pracowników, co doprowadziło do sytuacji, iż pełniąc obowiązki Wójta Gminy zatwierdziła do obwieszczenia treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w której zostało ustalone kryterium oceny ofert, niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Rzecznik wskazał, że z oświadczenia samej Obwinionej wynikało, iż powyższa nieprawidłowość miała podłoże w tym, że *nikt w Urzędzie Gminy nie posiadał wiedzy i świadomości, iż w dniu 19.10.2014 roku doszło do zmiany w tym zakresie przepisów Prawa zamówień publicznych.*

Odnosząc się do powyższych ustaleń Rzecznik uznał, że w takim stanie faktycznym nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Komisji, iż *„Obwinionej nie można przypisać winy, gdyż w kierowanym Urzędzie stosowała odpowiednie mechanizmy mające na celu prawidłowe prowadzenie postępowań przetargowych”*. Zarzucił także, że Komisja przyjmując za wiarygodne powyższe ustalenie, nie wskazała w uzasadnieniu orzeczenia, jakie to „mechanizmy”, były stosowane w Urzędzie Gminy, które zapewniałyby zwolnienie Obwinionej z obowiązku nadzoru na podległymi pracownikami. Ponadto podał, że nawet pobieżna analiza wyjaśnień składanych przez Obwinioną, stoi w sprzeczności z przyjętą w orzeczeniu RKO argumentacją zasadności uniewinnienia Obwinionej. Dlatego też w ocenie Rzecznika, orzeczenie Komisji jest wadliwe, a Obwinionej zasadnie można postawić zarzut, że nie zastosowała się do przepisów obowiązującego prawa, choć obiektywnie, w tej konkretnej sytuacji miała taką możliwość i tym samym należy przypisać jej winę w działaniu.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (zwana także: „GKO”), po rozpoznaniu sprawy na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 roku zważyła, co następuje.

Odwołanie Rzecznika jest zasadne.

Sygn. akt BDF1.4800.57.2017

Rozprawa przed GKO odbyła się z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, bez udziału Obwinionej (prawidłowo powiadomionej). Zastępca Głównego Rzecznika wnioskował o uchylenie zaskarżonego orzeczenia RKO z dnia 13 kwietnia 2017 r., sygn. akt KDF – 53/12/2017.

GKO po analizie materiału dowodowego zawartego a aktach sprawy uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i uchyliła orzeczenie Komisji I instancji w całości, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO, zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uodnfp, dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia zarzucanego Obwinionej czynu ze stanem prawnym, obowiązującym w czasie orzekania przez GKO. Stwierdzono, że w czasie wskazanym, jako czas popełnienia czynu zarzucanego Obwinionej tj. naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującego w dniu 4 grudnia 2014 roku, w stosunku do czasu orzekania, treść ww. przepisu Pzp uległa zmianie. Zmiana w tym zakresie została dokonana ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), które to zmiany weszły w życie z dniem 28 lipca 2016 r.

Odnosząc się do powyższych ustaleń oraz przepisu art. 24 ust. 1 uodnfp GKO ustaliła, że stan prawny jaki obowiązywał w trakcie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stan prawny obowiązujący w okresie orzekania, a odnoszący się do brzmienia przepisu art. 91 ust. 2a był zbieżny w takim zakresie, że przepis Pzp nie dopuszczał sytuacji, aby zamawiający ustalił jedno kryterium oceny ofert – jedynie kryterium cenowe – waga 100%.

W tym zakresie wskazać również należy, że w myśl znowelizowanego w 2016 roku art. 91 ust. 2a Pzp, zamawiający mogą zastosować, jako jedyne kryterium oceny ofert - kryterium ceny o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe, odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu

zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem sytuacji wskazanych art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 Pzp.

Podkreślić należy, że przepis art. 91 ust. 2a Pzp ograniczający możliwość zastosowania kryterium ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub kryterium ceny o wadze większej niż 60 % odnosi się wyłącznie do zamawiających z sektora finansów publicznych oraz zamawiających należących do kategorii państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, a więc ma zastosowanie do jednostek samorządu terytorialnego – Gminy.

Obwiniona dla uzasadnienia swojej decyzji o zatwierdzeniu wadliwej treści SIWZ, wskazywała na brak wiedzy o dokonaniu zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych oraz tym, że przyjęte kryterium 100% ceny było obiektywnie najlepszym kryterium ze względu na powszechność tego rodzaju usług.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz mając na względzie przepis art. 24 ust. 1 uodnfp, GKO uznała, że dla Obwinionej względniejsza jest ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia zarzucanego czynu. Odnosząc się do samego pojęcia „ustawa względniejsza dla obwinionego”, GKO wskazuje, iż oceny sytuacji w tym zakresie należy dokonać mając na względzie ocenę sytuacji prawnej, jaka zaistniała wobec obwinionego po zmianie przepisów prawa oraz podane dotychczas wyjaśnienia obwinionego co do motywów podjęcia kwestionowanej czynności w postępowaniu. Określenie tego, który stan prawny jest w istocie korzystniejszy (względniejszy) dla sprawcy naruszenia danego przepisu prawa, zależne jest od wielu okoliczności i każdorazowo wymaga szczegółowej analizy i oceny konkretnego przypadku. Nie zawsze będzie to chociażby korzystniejszy stan prawny, w którym przepisy przewidują np. niższą karę za dane naruszenie, gdyż takie przyjęcie może powodować niezasadność dotychczasowych wyjaśnień obwinionego, przyjętej linii jego obrony. Tak więc dokonując oceny w tym zakresie należy mieć na względzie całość okoliczności zarówno prawnych, jak i faktycznych mogących doprowadzić do uniewinnienia obwinionego. Określenie „ustawa względniejsza dla sprawcy” indywidualizuje konkretną sytuację danego obwinionego, wskazującą zarówno na możliwość przypisania winy popełnienia naruszenia ustawy, jak i możliwość przedstawienia przez obwinionego uzasadnienia jego postępowania mogącego wskazywać np. na brak winy w działaniu lub dawać możliwość wykazanie zasadności działania w okolicznościach obowiązywania ustawy w poprzedniej treści. Podstawowym założeniem jest więc tutaj

niepogarszanie sytuacji prawnej sprawcy naruszenia konkretnego przepisu prawa w stosunku do jego nowej treści po zmianie, przy czym przy analizie należy brać pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych i stanów prawnych, obowiązujących w czasie popełnienia czynu i w czasie orzekania.

Odnosnie powyższych rozważań dodać należy, iż w wyniku nowelizacji z czerwca 2016 roku, zmiana w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, dotyczyła rezygnacji ustawodawcy z możliwości ustalenia przez zamawiającego jako jedynego kryterium oceny ofert - ceny oferty w wysokości 100%. Poprzednio taka możliwość istniała tylko w sytuacji, kiedy zamówienie odnosiło się do „*przedmiotu zamówienia powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych*”. Natomiast po zmianie w 2016 roku możliwość zastosowania ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert została ograniczona tylko do sytuacji, kiedy „*jeżeli zamawiający określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia*”.

Dlatego też GKO - uznając w tej konkretnej sytuacji, że treść przepisu art. 91 ust. 2a Pzp istniejąca w dacie zatwierdzenia do publikacji treści SIWZ, za względniejszą dla Obwinionej - dokonała oceny zasadności zarzutów odwołania wskazanych przez Rzecznika uwzględniając dotychczasowe wyjaśnienia Obwinionej odnoszące się w szczególności do stwierdzeń, że zamawiany przedmiot miał cechy przedmiotu „*powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych*”.

W tym zakresie GKO zauważa, że powyższa zmiana przepisów ustawy Pzp w zakresie treści art. 91 ust. 2a nie była szerzej przedstawiona przez Rzecznika, jak i przez RKO. Faktycznie RKO na str. 4 uzasadnienia swojego orzeczenia wzmiankowała, iż stan prawny w zakresie brzmienia art. 91 ust. 2a Pzp uległ zmianie, ale w uzasadnieniu brak jest odniesienia się do tej zmiany w kontekście treści art. 24 uoondfp, jak również do konsekwencji prawnych tych zmian dla Obwinionej.

Przechodząc do meritum zarzutów odwołania Rzecznika stwierdzić należy, iż RKO uniewinniła Obwinioną od popełnienia czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust 1 pkt 4 uoondfp z tego powodu, że nie można było Obwinionej przypisać winy w popełnieniu naruszenia, a ponadto w kierowanym Urzędzie wprowadziła i stosowała „*odpowiednie mechanizmy*” mające na celu prawidłowe prowadzenie postępowań przetargowych.

Natomiast sama Obwiniona w piśmie z dnia 5 czerwca 2017 roku skierowanym bezpośrednio do GKO argumentowała także, iż uniewinniające orzeczenie RKO winno być utrzymane w mocy, gdyż ze względu na upływ kadencji pełnienia funkcji Wójta Gminy(...) nie mogła dokonać naprawy popełnionego błędu w okresie w którym było to możliwe. Nadto dodała, że zgodnie z treścią przepisu art. 17 ust. 1a pkt 1 uon d f p działanie nie jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w sytuacji, kiedy „zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania, z przepisami o zamówieniach publicznych”. Jednak nie wykazała, że stan zgodności z ustawą został osiągnięty poprzez zmianę treści SIWZ, brak jest również wg analizy GKO w aktach postępowania dowodu potwierdzającego to twierdzenie.

Dokonując oceny zasadności stawianego Obwinionej zarzutu wskazać należy, iż poza sporem jest kwestia, że Obwiniona w dniu 4 grudnia 2014 roku zatwierdziła do publikacji treść SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej przesyłowej na terenie Gminy (...)”, w którym w sposób niezgodny z treścią art. 91 ust. 2a Pzp ustalone zostało jedno kryterium oceny ofert – 100% cena.

Obwiniona powyższego faktu nie kwestionowała, lecz w uzasadnieniu jego zaistnienia podniosła, że ze względu na nadmiar obowiązków związanych z końcem kadencji pełnienia funkcji Wójta Gminy nie zauważyła zmiany przepisów ustawy Pzp. Podała do protokołu rozprawy przed RKO, iż *„do tej nieprawidłowości doszło na skutek tego, że nikt nie posiadał wiedzy i świadomości spośród pracowników Urzędu, że doszło w dniu 19 października 2014 roku do zmiany w tym zakresie przepisów Prawa zamówień Publicznych”*. Ponadto w złożonych Rzecznikowi wyjaśnieniach Obwiniona przyznała, iż *„Mam świadomość, że nieznanomość przepisów prawnych nie jest uzasadnieniem do nie stosowania obowiązującego prawa, ale dla wyjaśnienia podaję, że faktycznie nie wiedziałam, iż nastąpiła zmiana przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”*. Uzasadniając zastosowanie jedyne kryterium oceny ofert jako cena 100% podała, że *„W mojej ocenie roboty polegające na budowie sieci kanalizacyjnej stanowią usługę powszechnie dostępną. Tego rodzaju usługi dostępne są dla wszystkich zainteresowanych. (...)Standardy jakościowe określają zaś normy techniczne i nie ma możliwości zastosowania żadnych odstępstw.(...)”* Stwierdziła także, że *„w przypadku tego zamówienia publicznego nawet jeżeli doszło do uchybienia w procedurze, nie doszło do szkody dla finansów publicznych”*.

Przechodząc do oceny powyższego stanu faktycznego sprawy oraz argumentacji Obwinionej, GKO w pierwszej kolejności zauważyła potrzebę odniesienia się do podnoszonego przez Obwinioną, wpływu stanu świadomości prawnej na odpowiedzialność za naruszenie przepisów prawa. Zgodnie z obowiązującą zasadą *ignorantia iuris nocet* – „nieznajomość prawa szkodzi”, nikt nie może zasłaniać się w swoim postępowaniu nieznajomością normy prawnej. W praktyce wyraża się ona tym, że nikt nie może podnosić, iż zachował się niezgodnie z normą dlatego, że nie wiedział o jej istnieniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 25 stycznia 2006 r. (I CK 233/05) stwierdził, że *„funkcjonowanie prawa zwłaszcza w demokratycznym państwie prawnym, opiera się na założeniu, iż wszyscy adresaci obowiązującej normy prawnej, a więc zarówno podmioty obowiązane do jej przestrzegania, jak i organy powołane do jej stosowania, znają jej właściwą treść”*. Jest to tak zwana fikcja powszechnej znajomości prawa, która pociąga za sobą stan, w którym nikt nie może uchylić się od ujemnych skutków naruszenia normy na tej podstawie, że normy tej nie znał lub rozumiał ją opacznie.

Dlatego też, zdaniem GKO, brak rozeznania co do zmiany treści przepisu art. 91 ust. 2a Pzp nie może stanowić podstawy do uznania braku winy Obwinionej, gdyż obiektywnie, w tej konkretnej sytuacji miała możliwość poznania jej treści i dlatego można i należy Obwinionej przypisać winę w zatwierdzeniu treści SIWZ, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp.

Zauważyć należy także, iż w wyjaśnieniach Obwinionej występuje sprzeczność, gdyż z jednej strony podnosiła, że nie знаła powyższej zmiany art. 91 ust 2a Pzp, a z drugiej twierdziła w składanych wyjaśnieniach, że taki opis kryteriów był prawidłowy ponieważ przedmiot zamówienia obejmował wykonanie usługi budowy kanalizacji sanitarnej w której skład wchodzi typowe powszechnie usługi o określonych standardach jakościowych. Wskazać należy, że taka argumentacja zamawiającego była prezentowana także w trakcie kontroli przedmiotowego przetargu przez Urząd Zamówień Publicznych, który nie uznał zasadności stanowiska zamawiającego i stwierdził, iż *„że roboty budowlane, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były robotami prostymi, powszechnie dostępnymi, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy konkretnych umiejętności posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością,*

albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia”.

GKO aprobuje powyższą ocenę Prezesa UZP przyjmując ją jako własną i dodatkowo wskazuje, że opierając się na ukształtowanym w tym zakresie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzić należy, że pod pojęciem dostaw czy usług powszechnie dostępnych należy rozumieć *„usługi dotyczące dóbr popularnych, zaspokajających potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym”.* Takie stanowisko wynika z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09.

Także w uchwale KIO z 5 października 2011 r., sygn. akt KIO/KD 75/11 zostało wskazane, że *„usługi powszechnie dostępne to te, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży. Można je nabywać bez względu na miejscowość i czas, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług”.* Natomiast w zakresie pojęcia „ustalone standardy jakościowe” KIO przyjęła, że *„są to znormalizowane cechy dostaw lub usług, spełniające przeciętne wymagania stawiane dla danego asortymentu (grupy towarowej), dzięki którym nie jest wymagane indywidualne podejście do ich wykonania”.* W rezultacie *„do tej kategorii możemy zaliczyć jedynie usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania”* - uchwała z 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 49/11).

Reasumując powyższe GKO uznała, że niezastosowanie w treści ogłoszonych w dniu 4 grudnia 2014 roku postanowieniach SIWZ, przepisów znowelizowanej treści art. 91 ust. 2a Pzp, dotyczących właściwego ustalenia kryteriów oceny ofert winno zostać ocenione jako zawinione działanie Obwinionej. Dyscyplina finansów publicznych stoi na straży przestrzegania zasad dotyczących gospodarowania środkami publicznymi i przestrzegania prawa, przez osoby dysponujące takimi środkami.

Podkreślić należy, że podmiotowo za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odpowiedzialność ponoszą podmioty (osoby) wskazane w art. 4 oraz 4a uondfp, którym

można przypisać winę w rozumieniu art. 19 uoondfp. Trzeba przy tym podkreślić, że od kierownika jednostki sektora finansów publicznych (kierownika zamawiającego), który zatwierdza dokument SIWZ można i należy wymagać znajomości przepisów Pzp. Nie może on – co do zasady - uwolnić się od odpowiedzialności wskazując, że podwładni popełnili błędy, czy też, iż nie poinformowali go o zmianie przepisów.

Oceniając stan faktyczny przedmiotowego postępowania GKO uznała, iż RKO przy ponownym rozpoznawaniu sprawy winna jednakże wziąć także pod uwagę fakt, iż pomimo niewątpliwego naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a Pzp, Obwiniona cztery dni po opublikowaniu treści SIWZ przestała pełnić obowiązki Wójta Gminy (...) i tym samym utraciła wpływ na możliwość dokonania zmiany treści postanowień SIWZ w zakresie ustalonego kryterium oceny ofert.

Podkreślić należy, że SIWZ jest dokumentem prawnym, jest instrukcją dla wykonawców w oparciu o którą podmioty zainteresowane wzięciem udziału w postępowaniu przetargowym konstruują swoją ofertę. Tak więc posiada on moc wiążącą zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców od chwili jego upublicznienia. Jednakże zwrócić należy uwagę na fakt, że postanowienia SIWZ do upływu terminu składania ofert mogą podlegać zmianie, a więc ich treść z daty opublikowania może podlegać zarówno modyfikacji zmianie celem usunięcia błędów popełnionych przy jego konstruowaniu. Zmiana treści postanowień SIWZ może nastąpić co do zasady w trzech sytuacjach, tj. w wyniku udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców, w wyniku nakazania zmiany ich treści w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w następstwie odwołania wykonawców oraz w oparciu o treść art. 38 ust.4 Pzp, który to przepis pozwala zamawiającemu z własnej inicjatywy dokonać zmiany postanowień SIWZ.

Odnosząc powyższe możliwości zmiany SIWZ i tym samym doprowadzenia ich treści do zgodności z przepisami prawa z sytuacją Obwinionej, która faktycznie po czterech dniach po opublikowaniu SIWZ utraciła możliwość wpływania na dokonanie ich zmiany, zasadnym wydaje się rozważenie, czy wymierzenie w tej sytuacji nawet kary upomnienia nie byłoby niewspółmierne do dokonanego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.