



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 30 maja 2019 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Sławomir Franek
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 11 kwietnia i 30 maja 2019 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej z dnia 16 października 2018 r., sygn. akt: BMO-361-1-2/2018, którym uznano Obwinionego Pana (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Komendanta (...) Policji (...) – odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.), poprzez mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, tj. naruszenie – przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...) – budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja” – art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, które polegało na niezasadnym uznaniu w imieniu zamawiającego (Komendanta (...) Policji (...)), że Wykonawca (...) nie wniósł w wymaganej formie (treści) zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,17 zł,

orzeka

- 1) **na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.) – zwanej dalej także uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie dotyczącym wymierzenia Obwinionemu kary upomnienia i na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp odstępuje od wymierzenia kary Obwinionemu ,**
- 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

Międzyresortowa Komisja Orzekająca w Sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej, dalej zwana „Komisją Orzekającą” lub „MKO”, działając na podstawie na podstawie art. 135 ust. 1 i 2 uondfp orzeczeniem z dnia 16 października 2018 r., sygn. akt BMO-361-1-2/2018, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2018 r. przy udziale Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Andrzeja Jastrzębskiego, dalej zwanego „Rzecznikiem”, sprawy ze złożonego przez Rzecznika wniosku o ukaranie z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. akt Nr BMO-360-2-124/2017/AJ, uznała **Pana** (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Komendanta (...) Policji (...), dalej zwanego także „Obwinionym”, za odpowiedzialnego za naruszenie w dniu 4 grudnia 2014 r. dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uondfp, poprzez mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, tj. naruszenie – przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...) - budowa nowej (...) – kontynuacja” – art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”), które polegało na niezasadnym uznaniu w imieniu zamawiającego (Komendanta (...) Policji (...)), że Wykonawca (...) nie wniósł w wymaganej formie (treści) zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

MKO (na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp) wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia, a (na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp) orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

Na rozprawie przed Komisją Orzekającą Rzecznik poinformował, że po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Obwinionego z dnia 22 lutego 2018 roku zdecydował się obniżyć wcześniej

wnioskowaną karę nagany do kary upomnienia, a w pozostałym zakresie podtrzymał złożony w sprawie wniosek o ukaranie.

Obwiniony złożył obszerne wyjaśnienia w piśmie, które wpłynęło do MKO w dniu 22 lutego 2018 roku oraz w toku postępowania przed MKO. W wyjaśnieniach konsekwentnie wskazywał na kwestie dotyczące wyznaczenia przez niego terminu na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Wykonawcę (...) i nieuprawnionego wskazania przez osobę nieumocowaną, pracownika Zamawiającego, terminu zawarcia umowy na dzień 3 grudnia 2014 r.

Obwiniony wniósł o uniewinnienie go od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uoondfp, objętego wnioskiem o ukaranie. Wyjaśnił m.in., że jako wyznaczony kierownik Zamawiającego, na podstawie przepisów ustawy Pzp, realizował zamówienie publiczne dotyczące postępowania pn. „(...) - *budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja*”, mające doprowadzić do zakończenia realizacji tej inwestycji przy jednoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa finansów publicznych, czego nadrzędnym przejawem było dążenie do zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa w zakresie określenia wymogów zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz pokrycia ewentualnych ryzyk dla budżetu Policji, w zakresie możliwych roszczeń w tym kar i odsetek dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wymagania dotyczące zabezpieczenia zostały wprowadzone do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) i pozostawały niezmiennie przez cały okres trwania procedury. Żaden z podmiotów uczestniczących w procedurze przetargowej nie kwestionował poziomu i zakresu zabezpieczeń w trybie określonym dla procedury pytań i odwołań. Dopiero po wyłonieniu najkorzystniejszej oferty podmiot zwycięski zaczął kwestionować zapisy SIWZ i pomimo wielu pism i wyznaczenia terminu na wniesienie wymaganego zabezpieczenia, nie wniósł w wyznaczonym terminie zabezpieczenia należytego wykonania umowy o treści zgodnej z treścią SIWZ, co skutkowało materializacją przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Obwiniony podkreślił, że wszelkie podejmowane przez niego działania determinowała celowość i legalność prowadzonego postępowania, przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w zakresie wymagań szczegółowych określonych w SIWZ. W toku realizacji procedury szczególny nacisk dotyczył zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa, wdrożenia konsekwentnych działań zmierzających do wyboru wykonawcy, zgodnie z reżimem ustawy Pzp, przejmującego po zawarciu umowy ryzyko gospodarcze realizacji robót budowlanych, a w przypadku braku możliwości ich zakończenia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, dającego gwarancję pokrycia wszelkich możliwych obciążeń i kosztów związanych z zadaniem inwestycyjnym, wynikających z SIWZ. W ocenie Obwinionego wszystkie podejmowane przez niego działania były zgodne z prawem oraz procedurą dysponowania środkami publicznymi i metodyką realizacji zamówień. W konsekwencji tych działań Wykonawca (...) wielokrotnie był wzywany do wniesienia zabezpieczenia o treści zgodnej z treścią SIWZ, a wobec jego oporu w tym zakresie, jako uprawniony Zastępca Komendanta (...) Policji (...) w piśmie z dnia 28 listopada 2014 r. Obwiniony wyznaczył mu ostateczny i nieprzekraczalny termin do wniesienia zabezpieczenia na dzień 2 grudnia 2014 r. Termin ten nie został przez Wykonawcę (...) dotrzymany, co skutkowało materializacją przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji przepisu art. 94 ust. 3 tej ustawy. Obwiniony wskazał, że zabezpieczenie wniesione przez (...) nastąpiło po wyznaczonym terminie, bo zostało wniesione elektronicznie w dniu 3 grudnia 2014 r. o godz. 11:14, lecz nie było w jego ocenie zgodne z SIWZ, a prawidłowa, w jego ocenie, gwarancja została złożona także w dniu 3 grudnia 2014 r. o godz. 14:50. W ocenie Obwinionego powyżej opisane działania Wykonawcy (...) polegające na złożeniu gwarancji w dniu 3 grudnia 2014 r. były reakcją na

informację otrzymaną od kierownika Zamawiającego także z dnia 3 grudnia 2014 r. z godziny 11:12, o wyborze następnego w kolejności Wykonawcy, jakim była (...) i „*wyłącznie jak się okazało w celu możliwości walki o odzyskanie wadium wykorzystując treść e-maila osoby nieuprawnionej do określania terminu zawarcia umowy, którego na etapie rozstrzygnięcia procedury kilkakrotnie sam kwestionował*”. Obwiniony podkreślił, że Wykonawca (...) „*zarówno w czasie ubiegania się o zamówienie jak i w późniejszym okresie okazał się Wykonawcą nierzetelnym, który nie zrealizował dla jednostek sektora finansów publicznych wielu umów i naraził Skarb Państwa na roszczenia podwykonawców, koszty sądowe, dodatkowe koszty realizacji inwestycji, opóźnienia, co w konsekwencji powodowało większe wydatki z budżetu, braki realizacji celów i zadań tych jednostek*”. W dalszej części pisma Obwiniony wymienił, jak to określił - determinanty swojego działania jako kierownika Zamawiającego, które dotyczyły:

- 1) stosowania wymagań SIWZ na każdym etapie procedury i jednakowej wykładni wobec wszystkich jej uczestników w odniesieniu do zgodności gwarancji z wymogami formalnymi SIWZ i § 7 ust. 2 wzoru umowy,
- 2) ochrony interesów Skarbu Państwa – koniecznością objęcia zakresem gwarancji przyszłych zdarzeń w zakresie całościowego przedmiotu umowy, a nie tylko zawężenia ich do przedstawionego przez (...) niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych, w szczególności wobec zdarzeń wynikających z dość częstej praktyki niezgłaszania wykonawców umowy Zamawiającemu, co skutkuje przejściem solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego i wykonawcy za zobowiązania podwykonawców oraz realizacji wymagań dotyczących wniesienia zabezpieczenia zaliczki,
- 3) przestrzegania zasad gospodarowania środkami publicznymi - między innymi terminowej realizacji zadań w ramach Programu Standaryzacji Komend i Komisariatów Policji – środki na realizację zadania w 2014 roku, pomimo zerwania umowy z pierwotnym wykonawcą, musiały być zrealizowane i nie podlegały przesunięciu na lata kolejne, a środki na 2015 rok dotyczyły wyłącznie zakupu wyposażenia łącznościowego i kwaterunkowego dla (...),
- 4) warunkami Umowy o roboty budowlane z udzieleniem zaliczki – której § 9 ust. 2 wyznaczał termin do 11 grudnia 2014 r. na złożenie wniosku o udzielenie zaliczki wraz z wniesieniem, wymaganego przepisami art. 151a ustawy Pzp, zabezpieczenia,
- 5) przestrzegania zasad finansów publicznych w zakresie zawierania umów na roboty budowlane zgodnie z przepisami ustawy Pzp, na warunkach określonych w SIWZ, a nie narzucanych przez Wiceprezesa (...), bezkompromisowo forsującego w ramach prowadzonych postępowań i robót budowlanych na rzecz różnych jednostek sektora finansów publicznych indywidualną interpretację prawa i postanowień umów,
- 6) bezwzględnego przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - zadania zabezpieczenia obejmującego gwarancją wszystkie zdarzenia szczegółowo określone w SIWZ – umowa została zawarta z wykonawcą, który wniósł zabezpieczenie o wymaganej treści określonej w SIWZ, a nie z wykonawcą, który tego nie uczynił w wyznaczonym terminie,
- 7) odpowiedzialności za własne działania w ramach upoważnienia – realizacji funkcji kierownika Zamawiającego i odpowiedzialności za własne decyzje w ramach upoważnienia realizowane w zakresie i formie określonej dla każdej procedury w SIWZ.

W dalszej części pisma Obwiniony wskazał, że wniosek o ukaranie został oparty na trzech zasadniczych dla sprawy kwestiach:

- 1) wyznaczenia przez niego – kierownika Zamawiającego w piśmie z dnia 1 grudnia 2014 r. terminu do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy do dnia 2 grudnia 2014 r.,
- 2) wysłania maila w dniu 1 grudnia 2014 r. przez osobę wyznaczoną do kontaktów z wykonawcami, w którym dana osoba sama wyznacza termin podpisania umowy i „najprawdopodobniej wskazany przez nią termin był efektem samodzielnej i nieuprawnionej interpretacji ciągu zdarzeń”,
- 3) zatrzymania wadium na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia wymaganego zabezpieczenia w terminie wyznaczonym przez kierownika Zamawiającego, tj. 2 grudnia 2014 r.

Obwiniony zaznaczył, że co do tych trzech zasadniczych kwestii przedstawiane są trzy odmienne stanowiska, prezentowane przez Wykonawcę (...), Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Zamawiającego – Komendę (...) Policji (...). W swoim piśmie opisał szczegółowo ww. różnice stanowisk i dokonał ich oceny wywodząc ostatecznie, że w odniesieniu do kwestii pierwszej (ad pkt 1 powyżej) - był uprawniony do wyznaczenia Wykonawcy (...) ostatecznego terminu na wniesienie zabezpieczenia wobec niestosowania się przez tegoż Wykonawcę do zapisów przewidzianych w treści SIWZ i dążącego do zawarcia umowy na swoich warunkach, oraz że, „za jedyny i wiążący należy uznać wyznaczony przez Zamawiającego termin 02 grudnia 2014 r. na wniesienie zabezpieczenia, o którym Wykonawca (...) był niejednokrotnie informowany przez Zamawiającego, choćby w pismach z dnia 28 listopada i 02 grudnia 2014 r., które zostały podpisane przeze mnie – osobę upoważnioną”. W tym zakresie Obwiniony nie podzielił także stanowiska Prezesa UZP, wskazującego na brak wiążącego charakteru terminu wyznaczonego Wykonawcy na wniesienie zabezpieczenia. Wskazał także, że nie było w jego ocenie konieczności wyznaczania daty zawarcia umowy, bowiem samo podpisanie dokumentu umowy uzależnione było wyłącznie od aktywności Wykonawcy, zwłaszcza, że przepisy ustawy Pzp „również nie przewidują obowiązku wyznaczania terminu zawarcia umowy”.

W odniesieniu do kwestii drugiej (ad pkt 2 powyżej) – Obwiniony wskazał, że stanowisko Prezesa UZP jest niespójne i wewnętrznie sprzeczne oraz obarczone błędem poprzez nadanie osobie wskazanej do kontaktów z wykonawcami przymiotu osoby – decydenta, która tym samym uzyskała status kierownika Zamawiającego i poprzez uznanie terminu podpisania umowy wskazanego przez ww. osobę za wiążący. Obwiniony podkreślił, że także Wykonawca (...) nie uznał tego terminu za wiążący, co wynika z korespondencji prowadzonej w tym zakresie z Zamawiającym. Dodatkowo – Obwiniony powołał się w tym miejscu na pogląd Sądu (...), który w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lipca 2015 r. sygn. akt (...) ¹ w sposób jednoznaczny stwierdził, że „poinformowanie (...) o terminie zawarcia umowy odbyło się niewątpliwie z naruszeniem pkt. XIV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

W odniesieniu do kwestii trzeciej (ad pkt 3 powyżej) Obwiniony wskazał, że w ocenie Zamawiającego przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp miał zastosowanie, gdyż wystąpiła jedna z przesłanek uprawniających do dokonania ww. czynności, a mianowicie brak wniesienia zabezpieczenia, na co wskazuje treść podjętego przez niego rozstrzygnięcia postępowania w

¹ Komentarz MKO, tj. wyroku, na mocy którego ww. Sąd zasądził od pozwanego Skarbu Państwa – Komendy (...) Policji (...) na rzecz powoda (...) kwotę 130.000 zł od dnia 12 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu zatrzymanego wadium, którego kopia stanowi załącznik nr 8 do Zawiadomienia.

dniu 3 grudnia 2014 r. Ponadto wskazał, że Zamawiający miał pełną świadomość dotyczącą braku możliwości powołania się dodatkowo na przesłankę uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy, co także sygnalizował w decyzji o rozstrzygnięciu przetargu, w którym odwoływał się do intencji Wykonawcy, które nie przybrały formy dowodowej. Dodał ponadto „to, że Wykonawca (...). nie zachował wymaganej formy pisemnej, jak chodzi o składanie oświadczeń, iż nie uchyla się od zawarcia umowy nie oznacza, na tej podstawie można uznać to za dowód uchylania się od podpisania umowy”. Obwiniony nie podzielił tym samym argumentacji Prezesa UZP o braku uprawnienia Zamawiającego do zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak uprawnienia do wyznaczenia terminu na wniesienie zabezpieczenia i zarazem uznania za wiążący – terminu wyznaczonego mailowo przez osobę wyznaczoną do kontaktów.

Obwiniony w swoich wyjaśnieniach uzasadnił także swoje stanowisko wobec Wykonawcy (...) odnośnie treści wymaganego zabezpieczenia. Odwołał się w tym zakresie do rozdziału XV SIWZ oraz § 7 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ oraz zaakcentował, że w złożonej przez Wykonawcę gwarancji powinny znaleźć się zapisy, z których wynikać będzie, iż zabezpieczenie pokryje kwoty nałożonych na wykonawcę kar umownych za niewykonanie, nienależyte wykonanie lub odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności z tytułu kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bądź odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Odwołał się ponadto do celu zabezpieczenia, jakim było dla niego optymalne zabezpieczenie interesów Skarbu Państwa, tym bardziej, że przedmiotem postępowania przetargowego było ukończenie rozpoczętej przez innego wykonawcę inwestycji (Zakład Ogólnobudowlany (...)). Inwestycja została zrealizowana jedynie w części przez pierwszego wykonawcę. W toku jej wykonywania zaistniała konieczność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu utraty płynności finansowej wykonawcy. Stąd Zamawiający w kolejnej procedurze przetargowej zastosował instrumenty, które w zamyśle miały skutecznie zabezpieczyć go w przyszłości przed negatywnymi skutkami zachowań podejmowanych przez przyszłego wykonawcę (niewypłacalność, brak zgłoszenia podwykonawców). Podkreślił, że żaden z wykonawców nie kwestionował zapisów SIWZ w zakresie zabezpieczenia.

Po wyborze najkorzystniejszej oferty zwrócił się do Wykonawcy (...) o przedłożenie wzoru gwarancji ubezpieczeniowej, który miał być zgodny z SIWZ i treścią § 7 ust. 2 wzoru umowy. Uwagi i zastrzeżenia do wzoru gwarancji zostały sprecyzowane w piśmie z dnia 28 listopada 2014 r. po konsultacji z Zespołem Prawnym i Zespołem Zamówień Publicznych. Zastrzeżenia zmierzały do zabezpieczenia interesów (...) w dwóch obszarach: zagwarantowania zgodności gwarancji z wymogami formalnymi SIWZ i § 7 ust. 2 wzoru umowy oraz koniecznością objęcia zakresem gwarancji przyszłych zdarzeń w zakresie całościowego przedmiotu umowy, a nie tylko zawężenia ich do niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych, w szczególności wobec praktyki niezgłaszania podwykonawców umowy zamawiającemu przez wykonawcę, co z reguły znacznie utrudnia możliwość rzetelnego rozliczenia wykonywanych przez nich robót budowlanych i skutkuje przyjęciem solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego i wykonawcy za zobowiązania podwykonawców. Obwiniony wskazał, że (...). cały czas negował potrzebę przedłożenia gwarancji ubezpieczeniowej zgodnej z treścią SIWZ i § 7 ust. 2 wzoru umowy, lecz finalnie dążąc do odzyskania wadium po dokonaniu wyboru następnego w kolejności wykonawcy, przedłożył wzór gwarancji ubezpieczeniowej spełniający stawiane przez Zamawiającego wymogi formalne, jednak nastąpiło to po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (02.12.2014 r.) w piśmie z dnia 28.11.2014 r. Obwiniony wskazał, że „celowo nie wyznaczył terminu podpisania umowy, albowiem było to uzależnione wyłącznie od aktywności

Wykonawcy, który miał obowiązek przedstawić w wymaganym terminie treść gwarancji ubezpieczeniowej, czyniącej zadość zapisom treści SIWZ” (...); „Jednocześnie Zamawiający uprzedził Wykonawcę, że niezłożenie poprawionej gwarancji lub złożenie jej po terminie skutkować będzie uznaniem, iż wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, stanowiącego podstawę zawarcia umowy, co doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych złożonych i ważnych ofert.”.

W podsumowaniu swojego stanowiska, Obwiniony po raz kolejny przywołał zasady jakimi kierował się w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego, na każdym jego etapie, podkreślając zgodność swoich działań z zasadami finansów publicznych i przepisami ustawy Pzp oraz dbałością o właściwe zabezpieczenie i ochronę interesów Skarbu Państwa. Wskazał, że wyznaczenie terminu na podpisanie umowy (co było m.in. przedmiotem kontroli doraźnej prowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych w okresie od grudnia 2014 roku do września 2017 roku), zostało dokonane samowolnie przez nieuprawnionego pracownika (z którym po zdarzeniu została rozwiązana umowa o pracę) i dotyczy zdarzenia, o którym to zdarzeniu nie miał wiedzy na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert zabezpieczonych wadium. Dodał, że wybrana do realizacji firma dokończyła bez opóźnień budowę nowej siedziby (...) w roku 2015, a „późniejsze życie gospodarcze potwierdziło prawidłowość kierunku określonego w SIWZ w postaci żądania szczegółowych zabezpieczeń w gwarancji – firma (...) wpadła w zatory finansowe i zbankrutowała”, co spowodowało, że wiele jednostek sektora finansów publicznych musiało zawierać ugody z podwykonawcami i dochodzić kar oraz odsetek nie tylko z tytułu niewykonania lub niewłaściwego wykonania robót budowlanych.²

Obwiniony powołując się na przedstawione w swoim piśmie okoliczności i argumentację, wniósł o uniewinnienie od postawionego mu wnioskiem o ukaranie - zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, MKO dokonała w toku prowadzonego postępowania następujących ustaleń faktycznych.

Komenda (...) Policji (...) prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego „ (...) – budowa nowej siedziby (...)”. W wyniku tego postępowania prowadzonego w 2013 roku jako najkorzystniejsza wybrana została oferta (...) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...). W dniu 1 lipca 2013 r. pomiędzy (...) a Komendantem (...) Policji w (...) podpisana została umowa o roboty budowlane obejmująca wykonanie ww. robót budowlanych. W toku realizacji powyższej umowy o roboty budowlane, jej wykonawca utracił płynność finansową, która uniemożliwiła mu dalsze realizowanie tej umowy. W tej sytuacji Zastępca Komendanta (...) Policji (...) pismem z dnia 7 sierpnia 2014 r. złożył (...) oświadczenie o odstąpieniu od umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nadto zamawiający był zmuszony do zaspokojenia roszczeń podwykonawców oraz dochodzenia roszczeń z tytułu kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy oraz niezgłoszeniem podwykonawców, na drodze postępowania cywilnego. Wobec faktu, że realizacja zadania inwestycyjnego „ (...) – budowa nowej siedziby (...)” nie została ukończona, zamawiający ogłosił w 2014 roku, na podstawie przepisów ustawy Pzp, nowy przetarg nieograniczony pod sygnaturą (...) w celu wyłonienia

² Komentarz MKO - Obwiniony przedstawił na tę okoliczność informacje od innych jednostek sektora finansów publicznych i przedsiębiorców, (uzyskane w roku 2017 oraz w roku 2018) oraz wydruki ze stron internetowych dotyczące m.in. działań wiceprezesa (...) jako przedstawiciela szczecińskiego oddziału firmy (...) na przestrzeni kilku lat.

wykonawcy, który dokończyłby przedmiotowe zadanie. Nowy przetarg prowadzony był pod nazwą „(...) – *budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja*”. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 października 2014 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - w pkt VII wskazano, że sposób porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, przekazywanie oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami odbywa się zgodnie z art. 27 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem ust. 3. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje dotyczące SIWZ powinny być przekazywane faksem na numer telefonu (...), pytania dotyczące SIWZ – faksem na numer telefonu (...) lub za pośrednictwem poczty elektronicznej e-mail (...) (pkt VII ust. 2 SIWZ), informację o wyniku postępowania zamawiający winien był przekazać wykonawcom drogą faksową lub elektroniczną (pkt VII ust. 3 SIWZ), każda ze stron na żądanie drugiej zobowiązana była potwierdzić fakt otrzymania dokumentów, o których mowa w pkt VII ust. 1 i 2 SIWZ (pkt VII ust. 4 SIWZ). Jako osoba uprawniona do porozumiewania się z wykonawcami wskazana została (...) z numerem kontaktowym (...) (pkt VII ust. 5 SIWZ).

W pkt VIII SIWZ określone zostały wymagania dotyczące wadium, w tym m.in., że wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości 130.000 złotych brutto, wadium należy złożyć przed upływem terminu składania ofert, tj. do dnia 3 listopada 2014 roku do godz. 12:30, wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach określonych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający dokona zwrotu wadium w trybie art. 46 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 148 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z postanowieniami SIWZ treść oferty musiała odpowiadać treści SIWZ, a wykonawcy winni byli sporządzić oferty zgodnie z wymogami SIWZ.

Zgodnie z pkt XIV SIWZ - o wyborze oferty zamawiający zobowiązany był powiadomić wykonawcę drogą faksową lub elektroniczną, (dokładne brzmienie SIWZ to : „*zamawiający powiadomi wykonawcę (...)*”, natomiast o terminie podpisania umowy – telefonicznie na podany w ofercie numer telefonu stacjonarnego lub komórkowego. W przypadku braku numeru telefonu zamawiający winien był skorzystać z drogi faksowej lub e-mailowej (dokładne brzmienie SIWZ to „*w przypadku braku numeru telefonu zamawiający skorzysta (...)*”, a następnie przesłać niezwłocznie wezwanie pocztą.

W SIWZ wskazano również, że zamawiający wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie przewidzianej w art. 148 ustawy Pzp, w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie (pkt XV SIWZ). Zaznaczono, że istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy zawiera wzór umowy, określający na jakich warunkach zamawiający wymaga od wykonawcy, by zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ. Możliwość dokonania zmian postanowień umowy określono we wzorze umowy w tymże załączniku nr 6 do SIWZ. We wzorze umowy – noszącym tytuł „*wzór umowy o roboty budowlane z udzieleniem zaliczki*” wskazano m.in., że przedmiotem umowy jest wykonanie robót budowlanych związanych z dokończeniem zadania inwestycyjnego „*(...) – budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja*”. We wzorze umowy przewidziano również kary umowne w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. I tak, zgodnie z jego postanowieniami w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne: za zwłokę w wykonaniu robót stanowiących przedmiot umowy; za zwłokę w usunięciu usterek i wad stwierdzonych przy odbiorze prac lub które ujawnią się w okresie rękojmi i gwarancji; z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty

wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom; z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projekt jej zmiany; z tytułu nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany; z tytułu braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty; z tytułu wprowadzenia na plac budowy podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, który nie został zgłoszony zamawiającemu (§ 12 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy).

Jednocześnie zastrzeżono, że wskazane kary umowne nie wykluczają dochodzenia przez strony odszkodowania na zasadach ogólnych w przypadku, gdy kwota kary umownej nie pokryje w całości szkody poniesionej przez strony (§ 12 ust. 2 wzoru umowy).

Ponadto, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy o roboty budowlane, wykonawca zobowiązany był wnieść w formach przewidzianych w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp zabezpieczenie należytego wykonania przedmiotu umowy, najpóźniej w dniu zawarcia umowy (§ 7 ust. 1 wzoru umowy). Zabezpieczenie miało służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w szczególności kar umownych i odsetek (§ 7 ust. 2 wzoru umowy). W przypadku zastosowania w trakcie realizacji przedmiotu umowy kar umownych potrącanych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwrotowi miała podlegać kwota pomniejszona o sumę naliczonych kar umownych. W przypadku zaś gdy suma kar umownych przekroczyła kwotę zabezpieczenia, zabezpieczenie miało nie być zwracane, a w pozostałej części zamawiający miał wezwać wykonawcę do zapłaty kary umownej (§ 7 ust. 4 wzoru umowy). Z kolei na podstawie § 8 ust. 6 oraz w §11 ust. 10 wzoru umowy Zamawiający mógł wstrzymać, do czasu ustania przyczyny, płatność faktury – w całości lub w części – w przypadku niewywiązania się Wykonawcy, z któregokolwiek ze zobowiązań wynikających z Umowy. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługiwały odsetki z tytułu zwłoki w zapłacie.

W postępowaniu przetargowym na wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą „(...) – budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja” prowadzonym wg opisanej wyżej SIWZ brało udział sześć podmiotów, z których największą liczbę punktów zdobyła oferta (...), natomiast drugą pod względem uzyskanej liczby punktów była oferta (...). W konsekwencji - jako najkorzystniejsza - wybrana została oferta (...), o czym spółka ta została poinformowana przez Zastępcę Komendanta (...) Policji w (...) (...), pismem z dnia 20 listopada 2014 r. W pkt 5 ww. pisma zamawiający wskazał, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w terminie określonym w art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W kolejnym piśmie z dnia 25 listopada 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę (...) aby zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt XV SIWZ oraz § 7 wzoru umowy, przed zawarciem umowy, wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie. Równocześnie zamawiający wskazał, że „w przypadku wniesienia zabezpieczenia w formie innej niż pieniężna prosimy o niezwłoczne przesłanie faksem na nr tel. (...) lub e-mailem na adres (...) projektu przedmiotowego zabezpieczenia celem weryfikacji i akceptacji go przez Zespół Prawny (...)”. Z gwarancji winno wynikać, iż gwarant zobowiązuje się do wypłaty kwot gwarancji na pokrycie:

- 1) odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zobowiązania,
- 2) odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wzajemnej (art. 491 § 1 k.c.);
- 3) odszkodowanie z tytułu niemożności świadczenia, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność (art. 493 k.c.);

- 4) *odszkodowania z tytułu szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 494 k.c.);*
- 5) *kary umownej (art. 483 § 1 k.c.);*
- 6) *kary stanowiącej określona kwotę pieniężną zastrzeżonej przez strony na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, niezależnie od powstałej szkody.*

W złożonej przez Państwa gwarancji winny być zapisy, z których wynikać będzie, że zabezpieczenie pokryje koszty nałożonych na wykonawcę kar umownych za niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

W korespondencji prowadzonej drogą elektroniczną w dniu 28 listopada 2014 roku (godz. 8:04) zamawiający powiadomił (...) w związku z upływem terminu związania ofertą w dniu 5 grudnia 2014 roku, że „jeżeli w dniu dzisiejszym nie dostarczą Państwo informacji o wniesieniu zabezpieczenia w formie pieniężnej bądź nie dostarczą wzoru gwarancji zostanie uznane, że uchylają się Państwo od zawarcia umowy i Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert”.

W odpowiedzi na powyższe Wykonawca (...). zapewnił Zamawiającego, że nie zamierza odstąpić od podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, i biorąc pod uwagę, że podpisał umowę na komendę w (...), tym bardziej z biznesowego punktu widzenia zależy mu na komendzie w (...) oraz że „samo przygotowanie i dostarczenie gwarancji od ubezpieczyciela jest procedurą długą i skomplikowaną – każdorazowo trzeba wypełnić masę dokumentów, wykonać ponowny bilans księgowy oraz rachunek zysków i strat spółki – uzyskanie takiej gwarancji trwa od 8 do 10 dni i nie jest w żaden sposób zależne od niego”. Zapowiedział wysłanie w tym samym dniu wzoru gwarancji, którą otrzymał w dniu poprzednim w godzinach popołudniowych. Zadeklarował, że w każdej chwili spółka jest gotowa do przedłużenia ważności oferty i wadium. Jednocześnie złożył oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium oraz terminu związania ofertą do dnia 12 czerwca 2014 roku³ (wiadomość e- mail z dnia 28.11.2014 r. godz. 8:56). Następnie o godz. 8:58 Wykonawca (...)przesłał Zamawiającemu wzór gwarancji ubezpieczeniowej uzyskany od Towarzystwa Ubezpieczeń (...), w którym w pkt 2 zapisano: „gwarancja zabezpiecza zobowiązanie Wykonawcy wobec Beneficjenta dotyczące:

- 1) *niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych objętych Umową zgodnie z jej treścią z dnia wystawienia Gwarancji,*
- 2) *właściwego usunięcia wad fizycznych należycie wykonanych robót budowlanych stwierdzonych protokołem odbioru końcowego podpisanym przez Wykonawcę i Beneficjenta, powstałych i ujawnionych w terminie ważności gwarancji.”*

Pismem z dnia 28 listopada 2014 roku Zastępca Komendanta (...) Policji w (...) (...) poinformował Wykonawcę, że przesłany wzór gwarancji nie został zaakceptowany przez Zespół Prawny (...). Wskazał, że zgodnie z § 7 ust. 2 wzoru umowy zabezpieczenie ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym w szczególności kar umownych i odsetek, tymczasem w złożonym przez (...) projekcie gwarancji „nie ma zapisów, z których wynika, że zabezpieczenie pokryje kwoty wynikające z kar umownych nałożonych na wykonawcę, a zatem jest niezgodna z wzorem umowy i nie spełnia wymogu należytego zabezpieczenia interesów Zamawiającego w tym przedmiocie. Z treści gwarancji winno wynikać zobowiązanie gwaranta do wypłaty kwot gwarancji na pokrycie roszczeń z tytułu nałożonych na Wykonawcę kar umownych i odsetek za

³ Komentarz MKO - prawdopodobnie błąd w nazwie miesiąca

niewykonanie, nienależyte wykonanie umowy. Zastępca Komendanta (...) Policji w (...) wyspecyfikował również, zmiany jakie należy wprowadzić do treści gwarancji. W końcowej części pisma zaznaczył, że poprawiony wzór gwarancji uwzględniający powyższe uwagi powinien zostać przesłany do Zamawiającego do dnia 2 grudnia 2014 roku. Zaznaczył, że w przypadku niedostarczenia w tym terminie wzoru gwarancji Zamawiający uzna, że Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy i wybierze ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. W przedmiotowym piśmie wskazał także, że oświadczenie o przedłużeniu wadium oraz terminu związania ofertą zostało złożone przez (...) niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (bez zachowania zasady pisemności) i nie może być dla Zamawiającego wiążące. Pismo to zostało przesłane przez Zespół do Spraw Zamówień Publicznych K(...)P w (...) pocztą elektroniczną na adres e-mailowy Wykonawcy w dniu 28 listopada 2014 roku o godz. 14:45. Jednocześnie w tym samym e-mailu przesyłającym pismo z dnia 28 listopada 2014 roku, informacyjnie wskazano, że Zamawiający wyznacza termin podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 roku.

Powyższy termin podpisania umowy został potwierdzony w kolejnej wiadomości przesłanej drogą elektroniczną przez Zespół Zamówień Publicznych K(...)P (...) do Wykonawcy (...) w dniu 1 grudnia 2014 roku, o godz. 14:13. W e-mailu tym wskazano, że wyznaczenie terminu podpisania umowy na ten właśnie dzień związane jest z wyjazdem Komendanta (...) Policji (...) na odprawę. W związku z tym zwrócono się o dotrzymanie terminu wskazanego w piśmie, by przed podpisaniem umowy dopełnić wszystkich niezbędnych formalności.

Pismem z dnia 1 grudnia 2014 roku (w piśmie tym omyłkowo wskazano datę 1 czerwca 2014 r.), stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 28 listopada 2014 roku, Wykonawca (...) wskazał, iż zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 2 wzoru umowy – zabezpieczenie ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w szczególności kar umownych i odsetek, natomiast kara umowna wchodzi w zakres roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i w żadnym razie nie może być traktowana jako zdarzenie mające samodzielny byt – oddzielne roszczenie, a tym samym jako oddzielny element objęty gwarancją. Zatem, w ocenie ww. Wykonawcy pkt 2 przedłożonego wzoru gwarancji należy uznać za zgodny z postanowieniami wzoru umowy w powyższym zakresie. Wykonawca wskazał, że analiza treści przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej prowadzi do wniosku, że gwarancja zabezpiecza wszystkie zobowiązania Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Kończąc Wykonawca zwrócił się o ponowną analizę przez Zamawiającego treści przedłożonej gwarancji pod kątem jej zgodności z postanowieniami § 7 ust. 2 wzoru umowy o roboty budowlane oraz uznanie jej za zgodną z żądaniem Zamawiającego. W przeciwnym razie – jak stwierdził – wykonawca zmuszony będzie uznać, że Zamawiający w sposób bezzasadny odmawia zawarcia umowy.

W pismach z dnia 1 grudnia 2014 roku, Zamawiający zwrócił się do Wykonawców (...) oraz (...) o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni.

W odpowiedzi przekazanej Zamawiającemu przez Wykonawcę (...) pismem datowanym na dzień 1 grudnia 2014 roku⁴, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 2 grudnia 2014 roku, ww. Wykonawca oświadczył, że przedłuża ważność wadium oraz termin związania ofertą o 30 dni. Zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni oraz przedłużenie ważności wadium do dnia 2 lutego 2015 roku wyraził również Wykonawca (...) w piśmie z dnia 2 grudnia 2014 roku. W załączeniu Wykonawca ten przekazał kopię gwarancji przetargowej nr (...) z dnia 28 października 2014 roku, wystawionej przez (...) na kwotę 130.000,00zł oraz

⁴ Komentarz MKO - w piśmie omyłkowo wskazano datę 1 czerwca 2014 r.

kopię aneksu nr 1 do ww. gwarancji bankowej z dnia 2 grudnia 2014 roku, w którym przedłużono ważność gwarancji do dnia 1 lutego 2015 roku.

W kolejnym piśmie skierowanym przez Zamawiającego, reprezentowanego przez Zastępcę Komendanta (...) Policji (...) do Wykonawcy (...) w dniu 2 grudnia 2014 roku, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w korespondencji z dnia 28 listopada 2014 roku. Zamawiający wskazał m.in. *„należy zwrócić uwagę, iż zapis zawarty w § 7 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, w sposób wyraźny precyzuje, iż zabezpieczenie służyć będzie do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w szczególności kar umownych i odsetek. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest uprawnieniem zamawiającego.”* Podkreślił także, że brak stosownych zapisów w treści gwarancji, które umożliwiłyby pokrycie kwot wynikających z ewentualnych kar umownych (odsetek) nałożonych na Wykonawcę nie spełnia podstawowej funkcji zabezpieczenia, przewidzianej w przepisach ustawy Pzp oraz w § 7 wzoru umowy. W konsekwencji przedstawiony przez (...) projekt gwarancji należy uznać za niezgodny z projektem umowy, o czym informowano już Wykonawcę pismem z dnia 28 listopada 2014 roku. Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Wykonawcy przedłożona przez Wykonawcę gwarancja nie zabezpiecza wszystkich zobowiązań w stosunku do zamawiającego w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, albowiem w jej treści nie wymieniono kar umownych i odsetek, tymczasem zamawiający w § 7 ust. 2 wzoru umowy wyraźnie określił zakres zabezpieczenia z tego tytułu. Zamawiający uznał, że *„zachowanie Wykonawcy jest niespójne i wewnętrznie sprzeczne z treścią zaprezentowanego stanowiska, skoro Wykonawca uznaje, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy obejmuje wszystkie roszczenia z tytułu niewykonania umowy lub nienależytego wykonania umowy przysługujące Zamawiającemu, w tym roszczenia z tytułu wymagalnych kar umownych i odsetek, to logiczną konsekwencją tego powinno być potwierdzenie przyjętej tezy w zapisach gwarancji, uwzględniającej zastrzeżenia Zamawiającego wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 28.11.2014 r. (...), bowiem treść zapisu § 7 ust. 2 cyt. umowy de facto zmierza do potwierdzenia tej tezy, iż zabezpieczenie służyć będzie do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w szczególności kar umownych i odsetek. Wykonawca zatem nie powinien oponować przed poprawieniem wzoru przedłożonej gwarancji, inaczej bowiem jego zachowanie będzie co najmniej nielogiczne i niezgodne z treścią prezentowanego w piśmie z dnia 01.06.2014 r. (1.12.2014 r.- data wpływu do K(...))P (...) poglądu. Jednocześnie wskazuje, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na zasadach, które proponuje Wykonawca, mogłoby narazić Zamawiającego na konsekwencje wynikające z naruszenia art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2013, poz.168), bowiem naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Poza tym za niedopuszczalną uznają presję Wykonawcy zmierzającą do zmuszenia Zamawiającego do ponownej analizy treści zapisu § 7 ust. 2 cyt. umowy i dokonania wykładni odmiennej od przyjętej w umowie pod rygorem „uznania, iż Zamawiający w sposób bezzasadny odmawia zawarcia umowy z Wykonawcą (...)”.*

W końcowej części pisma znajduje się stwierdzenie, że wyznaczony przez Zamawiającego termin 2 grudnia 2014 roku pozostaje aktualny i jest nieprzekraczalny. Jednocześnie w piśmie wskazano, iż jeżeli do tego czasu, Wykonawca, tj. (...) nie dostarczy wzoru gwarancji uwzględniającego wszystkie uwagi, które zostały zgłoszone w piśmie z dnia 28 listopada 2014 roku, Zamawiający uzna, że Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, stanowiącego podstawę zawarcia umowy i dokona wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

W tym samym dniu, tj. w dniu 2 grudnia 2014 roku, o godz. 15:25, Wykonawca (...) przesłał do Zamawiającego drogą elektroniczną wiadomość, w której podtrzymał dotychczasowe stanowisko, że przedłożony wzór gwarancji spełnia wymagania SIWZ i wzoru umowy. Jednocześnie zaznaczył, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego prowadzi rozmowy z ubezpieczycielem na temat wprowadzenia do gwarancji wszystkich zapisów wymienionych w poprzednim piśmie, jednakże z przyczyn niezależnych od (...) jest to proces dłuższy niż terminy wskazane przez Zamawiającego. W związku z powyższym zwrócił się z prośbą o przesunięcie terminu przesłania ostatecznej gwarancji do dnia 3 grudnia 2014 roku do godz. 12.00. Następnie jeszcze tego samego dnia w wiadomości e-mail z godz. 15:38 ww. Wykonawca oświadczył, że nie uchyla się od zawarcia umowy i że Spółce zależy na pozyskaniu kontraktu. W tym samym dniu Wykonawca (...) kontaktował się telefonicznie z Zespołem do Spraw Publicznych (...) i z Zastępcą Komendanta (...) Policji (...) zapewniając, że Spółka zamierza podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego oraz że spróbuje wpłynąć na ubezpieczyciela, aby uwzględnił w gwarancji uwagi Zamawiającego.

W dniu 3 grudnia 2014 roku, Wykonawca (...) złożył ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr (...) wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń (...) w kasie Wydziału Finansowego (...) o godz. 11.00 oraz przesłał ww. gwarancję Zamawiającemu, za pośrednictwem faksu (godz.11:14). Gwarancja ta zawierała tożsame postanowienia z postanowieniami przedłożonego wcześniej Zamawiającemu, (tj. w dniu 28.11.2014 r.) przez spółkę projektu tejże gwarancji, w tym w sposób tożsamy określała zakres udzielonej przez gwaranta ochrony ubezpieczeniowej.

Pismem także z dnia 3 grudnia 2014 roku, przekazany drogą elektroniczną o godz. 11:12, Zastępca Komendanta (...) Policji (...) powiadomił Wykonawcę (...), że Zamawiający na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę wykonawcy (...) bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert. W piśmie tym Zastępca Komendanta przedstawił opis i chronologię przebiegu wydarzeń i wymiany korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą począwszy od dnia 20 listopada 2014 roku, tj. od wyboru oferty (...) do dnia 2 grudnia 2014 roku. Wskazał także, że „w piśmie z dnia 28.11.2014r. zostali Państwo pouczeni, że zgodnie z art. 9 ustawy Pzp postępowanie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. W związku z powyższym Państwa oświadczenia składane w innej formie niż pisemna, w tym, że nie uchylają się Państwo od zawarcia z Zamawiającym umowy nie mogą być dla Zamawiającego wiążące tym bardziej, że wszelkie podejmowane przez Państwo czynności w formie pisemnej wskazują na zupełnie inne intencje”. W końcowej części pisma Zastępca Komendanta stwierdził, że w dniu 2 grudnia 2014 roku „ostatecznie upłynął wyznaczony przez Zamawiającego termin na przesłanie przez Państwo wzoru gwarancji uwzględniającego wszystkie uwagi, które zostały zgłoszone przez Zamawiającego zarówno w piśmie z dnia 28.11.2014 r. jak i z dnia 02.12.2014 r., który stanowił podstawę zawarcia umowy”. Wskazał również, że w konsekwencji powyższego, na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zatrzymuje wadium wniesione przez (...) wraz z odsetkami, albowiem Wykonawca (...), którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Nadal w tym samym dniu, tj., w dniu 3 grudnia 2014 roku, o godz. 14:50 - Wykonawca (...). złożył w siedzibie Zamawiającego (w kasie) aneks nr 1 do złożonej wcześniej tj. o godz. 11.00 – gwarancji ubezpieczeniowej, który uwzględniał uwagi Zamawiającego dotyczące dodania zapisów o odpowiedzialności gwaranta w zakresie kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Aneks nr 1 został opatrzony datą 3 grudnia 2014 r., przy czym na piśmie przekazanym przez Zamawiającego widnieje pieczęć K(...)P (...), wraz z podpisem pracownika i adnotacją 03.12.14 godz.

14:50, co świadczy o złożeniu tego dokumentu bezpośrednio u Zamawiającego w formie pisemnej.

Ponadto, z treści wiadomości przesłanej drogą elektroniczną w dniu 3 grudnia 2014 roku o godz. 15:40 wynika, że Wykonawca (...) przekazał Zamawiającemu:

- 1) pismo, w którym ww. Wykonawca informuje o przekazaniu aneksu nr 1 do gwarancji oraz wnosi o wyznaczenie terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr (...) z dnia 3 grudnia 2014 roku.

Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r., Zamawiający wezwał Wykonawcę (...) do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tym samym terminie wpłynęła do Zamawiającego gwarancja należytego wykonania umowy oraz odpowiedzialności z tytułu rękojmi nr (...) z dnia 3 grudnia 2014 roku, wystawiona przez (...), z treści której wynika, że (...) działając na zlecenie firmy (...) udziela Zamawiającemu gwarancji i gwarantuje *nieodwołalnie i bezwarunkowo płatność na rzecz Zamawiającego na jego pierwsze pisemne żądanie zawierające oświadczenie, że Wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązania wynikające z Umowy w szczególności z tytułu kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bądź odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy*, wystawionej zgodnie z przyjętymi warunkami do kwoty 769.857,00 zł.

W dniu 3 grudnia 2014 roku została zawarta pomiędzy Zamawiającym, reprezentowanym przez (...) – Zastępcę Komendanta (...) Policji w (...), a Wykonawcą (...) umowa o roboty budowlane z udzieleniem zaliczki nr ZZ-236/2014 w sprawie zamówienia publicznego pn. „(...) – *budowa nowej siedziby (...) - kontynuacja*” o czym Zastępca Komendanta (...) Policji (...) poinformował Wykonawcę (...) w osobnym piśmie z dnia 4 grudnia 2014 r.: „*w odpowiedzi na pismo z dnia 03.12.2014 r. numer (...) informuję, że zgodnie z rozstrzygnięciem postępowania dokonany w dniu 03.12.2014 r. w wyniku którego została wybrana oferta złożona przez Wykonawcę (...) została podpisana umowa z wybranym Wykonawcą*”.

Powyższy stan faktyczny Komisja Orzekająca ustaliła na podstawie całości zebranego materiału dowodowego, ujawnionego na rozprawie. Przedstawione w nim dowody nie były kwestionowane przez Obwinionego, co Obwiniony potwierdził do protokołu, zaznaczając, że na etapie rozstrzygnięcia procedury [przetargowej], nie miał wiedzy o dwóch e-mailach, które wyszły z Zespołu Zamówień Publicznych a informowały Wykonawcę (...) o terminie podpisania umowy oraz, że o tych mailach dowiedział się po 4 grudnia 2014 roku, „*kiedy pojawiły się pisma o zwrot wadium do sądu, tam w załącznikach do tych pism, były maile, które wyszły z Komendy (...), z Zespołu Zamówień Publicznych i dopiero pracownika poprosiłem o potwierdzenie i takie maile przyniósł*”.

Tak ustalony stan faktyczny MKO uznała za bezsporny i wiarygodny.

Odnosząc ustalenia faktyczne do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych sformułowanego wobec Pana (...) we wniosku o ukaranie, Komisja Orzekająca rozważyła, co następuje.

Rozważając stan prawny przyjęty za podstawę wydanego rozstrzygnięcia Komisja Orzekająca w pierwszej kolejności oceniła, mając na uwadze dyspozycję art. 24 ust. 1 uodnfp, które przepisy ustawy mają w niniejszej sprawie zastosowanie. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa

inna niż w czasie popełnienia danego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Rozważania Komisji Orzekającej co do ustawy względniejszej dotyczyły zarówno przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak również przepisów innych ustaw określających materialne przepisy prawa. Komisja Orzekająca doszła do przekonania, że w rozpoznawanej sprawie przepisy obowiązujące w dacie wydania orzeczenia i w dacie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych są tożsame, co do skutków prawnych, które wywołują.

MKO ustaliła, że zamawiającym był Skarb Państwa - Komenda (...) Policji (...). W postępowaniu przetargowym pn. „(...) - *budowa nowej siedziby (...)*”, osobą wykonującą czynności w postępowaniu obok kierownika Zamawiającego – Komendanta (...) Policji (...), której kierownik Zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności, w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia był Obwiniony – Zastępca Komendanta (...) Policji - (...). Takie powierzenie było, w ocenie MKO, dopuszczalne na mocy art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że *za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego. W ramach tego powierzenia Obwiniony wykonywał czynności w postępowaniu przetargowym, w tym - w dniu 3 grudnia 2014 roku, działając na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę złożoną przez Wykonawcę (...) z siedzibą w (...) bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert i zawiadomił o tym wykonawcę (...)*

Komisja Orzekająca ustaliła, że Obwiniony został powołany na stanowisko Zastępcy Komendanta (...) Policji (...) od dnia 11.12.2009 r. Zakres jego obowiązków obejmował m.in. całokształt zagadnień związanych z gospodarką budżetową, zapewnieniem ciągłości funkcjonowania wydatków logistycznych, łączności i informatyki, zaopatrzeniem materiałowo-technicznym, inwestycjami, transportem oraz zamówieniami publicznymi i piastował tę funkcję przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, relewantny dla przypisania odpowiedzialności za czyn będący przedmiotem niniejszego postępowania.

Mając to na uwadze, Komisja Orzekająca uznała, że Obwiniony jest podmiotowo zdolny do ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, należąc do kręgu osób określonych w art. 4 ust. 1 pkt 3 uodnfp, który stanowi, że *odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają, z zastrzeżeniem art. 4a, 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.(..)* Dodatkowo Komisja Orzekająca zauważyła, że zarówno kierownik Zamawiającego jak i sam Obwiniony w pismach lub wyjaśnieniach znajdujących się w aktach sprawy, wskazują pisemne powierzenie czynności, jako podstawę działania Obwinionego w imieniu kierownika Zamawiającego. Potwierdza to również treść Protokołu z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie (...), zatwierdzonego przez Obwinionego Pana (...) w dniu 4 grudnia 2014 roku. Okoliczność ta była niesporna w toku postępowania zarówno przed Komisją Orzekającą jak i na etapie postępowania wyjaśniającego.

Stosownie do brzmienia art. 19 ust. 1-2 uodnfp odpowiedzialność ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. 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.

MKO podkreśliła, że w przedmiotowej sprawie Obwinionemu Panu (...) został przypisany czyn z art. 17 ust. 1c uoondfp, który stanowi, że *naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b, i 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej*. Dla przypisania odpowiedzialności z art. 17 ust. 1c uoondfp niezbędne było według MKO ustalenie czy w toku postępowania przetargowego naruszono przepisy ustawy o zamówieniach publicznych, czy istnieje związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy naruszeniem a wynikiem tego postępowania oraz czy udzielono zamówienia publicznego. MKO podkreśliła, że przepisy uoondfp nie uzależniają odpowiedzialności od istotności popełnionego naruszenia przepisów ustawy Pzp, wystarczy jednak, że wpłynęło ono na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, by można było mówić o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Na gruncie odpowiedzialności z art. 17 ust. 1c uoondfp, dyscyplinę finansów publicznych narusza nie ta osoba, która udzieliła zamówienia publicznego lecz ta, która naruszyła przepisy ustawy Pzp.

Dalej Komisja Orzekająca wskazała, że naruszonym przepisem ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu jest art. 94 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do brzmienia art. 94 ust. 3 ustawy Pzp : *„Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1”*. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”*. Przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *„Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*.

MKO wyjaśniła w uzasadnieniu orzeczenia, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp zawiera w swojej treści dwie niezależne przesłanki umożliwiające zamawiającemu dokonanie tzw. „zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej”. Pierwszą z nich jest uchylanie się wybranego „zwycięskiego” wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przeważający w doktrynie i orzecznictwie jest pogląd, w myśl którego przez „uchylanie się od podpisania umowy” należy rozumieć wyraźną odmowę zawarcia umowy przez wykonawcę lub odmowę podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego⁵, choć „uchylanie się” wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy⁶. O uchylaniu się od zawarcia umowy może być mowa wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca w ogóle nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. Definicja pojęcia „uchylania się” zawarta w słowniku języka polskiego, podaje, że „uchylać się” oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś”⁷. Za uchylanie się od

⁵ Komentarz MKO - por. orzeczenia przywołane w Zawiadomieniu

⁶ Komentarz MKO - por. wyrok KIO z dnia 17.03.2016r., sygn. akt KIO 311/16

⁷ Komentarz MKO - por. postanowienie KIO z dnia 27.01.2014r., sygn. akt KIO 37/14.

*zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy – wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający*⁸.

Drugą przesłanką zastosowania instytucji uregulowanej przez ustawodawcę w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jest niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. *Chodzi w tym przypadku w szczególności o sytuacje, w których wykonawca wprawdzie ma zamiar zawarcia samej umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz jednocześnie uchyla się z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy. W takiej bowiem sytuacji nie dochodzi do zaspokojenia interesu zamawiającego, który wyraża się nie tylko w samym udzieleniu zamówienia, lecz także w zabezpieczeniu jego należytego wykonania w przypadku, gdy zamawiający uznaje za celowe i konieczne ustanowienie takiego zabezpieczenia*⁹.

Odnosząc powyższe rozważania prawne do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Komisja Orzekająca w pierwszej kolejności zważyła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...) - budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja” zostało zakończone rozstrzygnięciem podjętym w dniu 3 grudnia 2014 roku, nr (...), przez Obwinionego Pana (...), działającego na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, na mocy którego wybrał ofertę złożoną przez firmę (...) bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert.

W odniesieniu do pierwszej przesłanki zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp Komisja Orzekająca przedstawiła następujące stanowisko.

Zastępca Komendanta (...) Policji (...) w dniu 20 listopada 2014 r. poinformował Wykonawcę (...), że jej oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu przetargowym na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „(...) - budowa nowej (...) – kontynuacja”. W tym samym piśmie poinformował, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w terminie określonym w art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co jak wskazała Komisja Orzekająca oznacza, że umowa nie mogła być zawarta przed upływem 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z pkt VII ust. 2 SIWZ. W dniu 25 listopada 2014 r. (wtorek), Obwiniony po raz pierwszy wezwał Wykonawcę do przedłożenia projektu gwarancji, jeżeli Wykonawca przewiduje wniesienie zabezpieczenia w takiej formie. Następnie w piśmie skierowanym do Wykonawcy (...). skierowanym drogą elektroniczną w dniu 28 listopada 2014 r. (piątek, godz. 8:04) wskazał, że jeżeli Wykonawca nie dostarczy w dniu dzisiejszym informacji o wniesieniu zabezpieczenia w formie pieniężnej bądź nie dostarczy wzoru gwarancji ubezpieczeniowej zostanie uznane, że uchyla się od zawarcia umowy i Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. MKO podkreśliła, że pismo to było wystosowane do Wykonawcy po upływie tylko dwóch dni, licząc od dnia 25 listopada 2014 r., w której to dacie Obwiniony po raz pierwszy wezwał Wykonawcę do przedłożenia projektu gwarancji, a zatem nie uzasadniało na tym etapie, zdaniem Komisji Orzekającej, stanowiska Zamawiającego zajętego w dniu 28 listopada 2014 r. co do zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe pismo Wykonawca (...) niezwłocznie, bo w mailu z tego samego dnia o godz. 8:56, zapewnił, że nie zamierza odstąpić od podpisywania umowy ze względów biznesowych, jednak przygotowanie i dostarczenie gwarancji jest procedurą długą i skomplikowaną, wymagającą wypełnienia „masy” dokumentów, w tym wykonania ponownego bilansu księgowego oraz rachunku zysków i strat spółki i trwa od 8 do 10 dni i

⁸ Komentarz MKO - por. wyrok KIO z dnia 18.01.2013r., sygn. akt KIO 14/13

⁹ Komentarz MKO - por. wyrok KIO z dnia 19.01.2018r., sygn. akt KIO 2738/17

nie jest w żaden sposób zależne od niego. Zapowiedział jednak niezwłoczne przesłanie wzoru takiej gwarancji, otrzymanej w godzinach popołudniowych poprzedniego dnia, co uczynił mailowo o godz. 8:56.

Dalsza korespondencja Zamawiającego reprezentowanego przez Obwinionego oraz Wykonawcy odbyła się pomiędzy poniedziałkiem – 1 grudnia 2014 r., a środą - 3 grudnia 2014 r. i koncentrowała się raczej na spornej kwestii zakresu wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz przedłużeniu terminu związania ofertą, niemniej Zamawiający w piśmie dnia 2 grudnia 2014 r. podtrzymał swoje stanowisko z dnia 28 listopada 2014 roku, w tym co do stwierdzenia, że działanie Wykonawcy (...) zostanie uznane za uchylanie się od zawarcia umowy.

W tym zakresie Wykonawca ponownie – w tym samym dniu tj. w dniu 2 grudnia 2014 r. w wiadomości e-mail z godz. 15:38 oświadczył, że nie uchyla się od zawarcia umowy i że Spółce zależy na pozyskaniu kontraktu. Zapewnienie to potwierdził w rozmowie telefonicznej m.in. z Obwinionym, przeprowadzonej także w dniu 2 grudnia 2014 roku. Ostatecznie Zastępca Komendanta (...) Policji (...) powiadomił Wykonawcę (...) w dniu następnym, tj. w dniu 3 grudnia 2014 r. w piśmie sygnowanym nr (...), przekazanym drogą elektroniczną o godz. 11:12, że Zamawiający na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę firmy (...) bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert.

W zakresie wątku uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Obwiniony wskazał, że w piśmie z dnia 28.11.2014 r. „*zostaliście Państwo pouczeni, że zgodnie z art. 9 ustawy Pzp postępowanie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. W związku z powyższym Państwa oświadczenia składane w innej formie niż pisemna, w tym, że nie uchylają się Państwo od zawarcia umowy nie mogą być dla Zamawiającego wiążące, tym bardziej, że wszelkie podejmowane przez Wykonawcę czynności wskazują na zupełnie inne intencje*”. Taki, jak wyżej przedstawiony, pogląd Zamawiającego wyrażony w piśmie powiadamiającym o wyniku postępowania z dnia 3 grudnia 2014 r. w ocenie Komisji Orzekającej stanowi o tym, że Zamawiający nie uznał skuteczności oświadczeń Wykonawcy o woli zawarcia umowy z powodu braku przedstawienia tych oświadczeń w formie pisemnej, a nadto wskazał, że wszelkie działania Wykonawcy wskazują na odmienne intencje, czyli zamiar uchylania się od jej podpisania. Komisja Orzekająca stwierdziła także, że sam Zamawiający dopuścił w SIWZ (pkt VII 1 oraz XIV) jako formę porozumiewania się z wykonawcami – drogą elektroniczną i była ona stosowana w praktyce przez obie strony. W danym, bezspornym stanie faktycznym korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą (...) trwała (nie licząc dni wolnych od pracy) niespełna siedem dni, była bardzo dynamiczna i intensywna (pisma, e – maile oraz codzienne, jak przyznał w wyjaśnieniach na rozprawie Obwiniony, rozmowy telefoniczne), co, według oceny MKO, nie wskazuje, że Wykonawca wykonywał te czynności dla pozor, bądź dla osiągnięcia innych celów niż pozyskanie kontraktu.

Istotnym tego dowodem, w ocenie Komisji Orzekającej, jest również złożenie gwarancji ubezpieczeniowej w dniu 3 grudnia 2014 r. (tj. gwarancji w pierwotnej treści oraz aneksu do niej, uwzględniającej wszystkie uwagi Zamawiającego), co potwierdził Obwiniony, także w wyjaśnieniach złożonych na rozprawie. Wprawdzie Obwiniony, w swoich pisemnych wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2018 r. utrzymywał, że „*jego¹⁰ wniesienie było realizowane w reakcji na informację otrzymaną od kierownika Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2014 roku z godziny 11:12, o wyborze następnej w kolejności Wykonawcy, jakim była (...)*”, jednakże te stwierdzenia Obwinionego Komisja Orzekająca uznała jedynie za domysły, nie podlegające zaliczeniu do środków dowodowych.

¹⁰Komentarz MKO - „Jego” odnosi się w tym miejscu do pojęcia zabezpieczenia

Z tych powodów Komisja Orzekająca uznała, że Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych do kwestionowania skuteczności dwukrotnie złożonych przez Wykonawcę (...) oświadczeń, że nie uchyła się od zawarcia umowy, a wprost przeciwnie zależy mu na jej podpisaniu, mając na uwadze, że potwierdza to, jak wyżej powiedziano, analiza treści korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami postępowania w okresie od dnia 28 listopada 2014 roku do dnia 3 grudnia 2014 roku, a także nie zachodziły inne okoliczności wskazujące bezpośrednio lub chociażby pośrednio na takie działanie Wykonawcy.

Taką ocenę Komisja Orzekająca podtrzymała także w świetle stanowiska jakie zajął Obwiniony w swoich wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2018 roku, gdzie zaznaczył, że „*Zamawiający miał pełną świadomość dotyczącą braku możliwości powołania się dodatkowo na przesłankę dotyczącą uchylenia się przez Wykonawcę od zawarcia umowy*”, traktując powyższe stanowisko Obwinionego jako niezasadną interpretację *ex post* własnych pism z dnia 28 listopada 2014 roku, 2 grudnia 2014 roku oraz 3 grudnia 2014 roku.

Z tych względów Komisji Orzekającej uznała, że w rozpatrywanej sprawie nie zaszła pierwsza z przesłanek opisanych w przepisie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, uprawniająca Zamawiającego do tzw. zastępczego wyboru oferty.

W odniesieniu do drugiej przesłanki zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, polegającej na braku wniesienia przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Komisja Orzekająca przedstawiła następującą argumentację faktyczną i prawną.

Wykonawca (...) w dniu 3 grudnia 2014 r. o godz. 11.00 złożył w siedzibie Zamawiającego, w kasie Wydziału Finansowego (...) ubezpieczeniową gwarancję należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr (...) wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń (...) ta zawierała tożsame postanowienia z postanowieniami przedłożonego wcześniej Zamawiającemu tj. w dniu 28 listopada 2014 roku projektu tejże gwarancji, w tym w sposób tożsamy określała zakres udzielonej przez gwaranta ochrony ubezpieczeniowej. Następnie, Wykonawca (...), w tym samym dniu tj. 3 grudnia 2014 roku o godz. 14:50 złożył w siedzibie Zamawiającego aneks nr 1 do ww. gwarancji ubezpieczeniowej, który uwzględniał uwagi Zamawiającego dotyczące dodania zapisów o odpowiedzialności gwaranta w zakresie kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zatem przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa spełniała wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ oraz w § 7 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ. W ocenie Komisji Orzekającej, w ten sposób Wykonawca (...) wywiązał się bezspornie z określonego w pkt XV SIWZ wymagania Zamawiającego co do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie przewidzianej w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp i Zamawiający nie mógł odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, w ocenie Komisji Orzekającej, Wykonawca (...) wniósł wymagane zabezpieczenie we właściwym terminie tj. terminie określonym zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, a zobowiązującym Wykonawcę do wniesienia tegoż zabezpieczenia najpóźniej w dniu zawarcia umowy.

Odnosząc się osobno do terminu zawarcia umowy, Komisja Orzekająca podzieliła stanowisko prezentowane w Zawiadomieniu przez Prezesa UZP oraz Rzecznika we wniosku o ukaranie, że termin zawarcia umowy w dniu 3 grudnia 2014 r. był dla Zamawiającego wiążący. Termin ten został określony w e-mailu z dnia 28 listopada 2014 roku, z godz. 14:45. Wiadomość ta została przesłana do Wykonawcy przez Zespół do Spraw Zamówień Publicznych K(...)P (...), przez - jak wynika z wyjaśnień złożonych w czasie rozprawy przez Obwinionego – Panią (...), pracownika wyznaczonego w pkt. VII ust. 5 SIWZ do porozumiewania się z wykonawcami. Wiadomość ta została potwierdzona w kolejnym e-mailu Zespołu Zamówień Publicznych K(...)P (...) do Wykonawcy w dniu 1 grudnia 2014 roku, o godz. 14:13. W e-

mailu tym wskazano, że wyznaczenie terminu podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 r. jest związane z wyjazdem Komendanta (...) Policji – na odprawę. Ponadto Zamawiający dopuścił w SIWZ (pkt VII oraz pkt XIV) jako jedną z form porozumiewania się z wykonawcami – drogę elektroniczną. Mając powyższe na uwadze oraz związane Zamawiającego przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapisami SIWZ oraz zakazem ich zmiany lub zmian interpretacyjnych po upływie terminu składania ofert. Komisja Orzekająca przyjęła, że brak jest podstaw faktycznych i prawnych do kwestionowania przez Obwinionego skuteczności zawiadomienia Wykonawcy o terminie podpisania umowy.

Z tych względów Komisja Orzekająca nie podzieliła w tym zakresie argumentacji Obwinionego, który wskazywał, że niezgodność sposobu zawiadomienia Wykonawcy w trybie przewidzianym w pkt XIV SIWZ (brak pisemnego powiadomienia za pośrednictwem poczty) przesądza o jego niewiążącym, orientacyjnym charakterze. Komisja Orzekająca uznała, że chociaż powiadomienie o terminie podpisania umowy zostało dokonane z naruszeniem pkt XIV SIWZ, to nie powodowało nieskuteczności, ani nieważności tej czynności. Brak jest bowiem przepisu prawa, który przewidywałby taki skutek, a samo powiadomienie co do terminu było konkretnie i jednoznacznie sformułowane i nic nie wskazuje na jego „orientacyjny” charakter.

Nadto, Komisja Orzekająca oceniła, że gdyby nawet hipotetycznie podzielić stanowisko Obwinionego co do tego, że termin na podpisanie umowy nie został w sposób skuteczny i wiążący wyznaczony, to w takim razie – w dniu, w którym Wykonawca (...) wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy, tj. w dniu 3 grudnia 2014 r. uczyniłby to w jak najbardziej prawidłowy i terminowy sposób, z powodu braku cenzusu czasowego wyznaczonego przez Zamawiającego, czyli braku powiadomienia/informacji o terminie podpisania umowy.

Komisja Orzekająca argumentowała ponadto, że Obwiniony – w aspekcie sporu co do skuteczności wyznaczenia terminu na podpisanie umowy całkowicie ignoruje i pomija fakt, że zgodnie z SIWZ ciążył na nim obowiązek powiadomienia/poinformowania Wykonawcy o terminie podpisania umowy, którego to obowiązku nie wykonał, pomimo działania, jak twierdzi pod presją czasu spowodowaną koniecznością jak najszybszego zakończenia postępowania przetargowego, podpisania umowy i udzielenia zaliczki – przed końcem 2014 r., co wynika z obszernych wyjaśnień złożonych tak w dniu 22 lutego 2018 roku jak i bezpośrednio na rozprawie przed Komisją Orzekającą. Obwiniony tak uzasadniał w swoich wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2018 roku niewyznaczenie terminu na podpisanie umowy i wskazał, że *„celowo nie wyznaczył terminu podpisania umowy, albowiem było to uzależnione wyłącznie od aktywności Wykonawcy, który miał obowiązek przedstawić w wymaganym terminie treść gwarancji ubezpieczeniowej, czyniącej zadość zapisom treści SIWZ”*.

Jednocześnie Komisja Orzekająca wyjaśniła, że Obwiniony był wprawdzie uprawniony do czuwania nad sprawnym przebiegiem postępowania przetargowego i w ramach tego uprawnienia mógł żądać przedstawienia przez Wykonawcę w trybie roboczym np. wzoru gwarancji do uzgodnienia, jednak z żadnego przepisu prawa czy postanowień SIWZ nie wynika jego uprawnienie do wyznaczania Wykonawcy wiążącego go terminu do wniesienia poprawionego wzoru gwarancji, czy też jednostronnego określania terminu wniesienia takiego zabezpieczenia, a tym bardziej ze skutkiem prawnym w postaci utraty przez Wykonawcę uprawnienia do skutecznego złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy najpóźniej w dniu jej zawarcia.

W konsekwencji MKO przyjęła, że wyznaczony przez Obwinionego termin 2 grudnia 2014 r. na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie mógł być terminem

wiążącym dla Wykonawcy (...). Jedynym wiążącym i nieprzekraczalnym terminem dla Wykonawcy (...) mógł być termin podpisania umowy, o którym Zamawiający powiadomiłby Wykonawcę i który zarazem zakreślałby pośrednio termin wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. I wyłącznie taki termin aktualizowałby, w przypadku jego przekroczenia przez Wykonawcę – uprawnienie Zamawiającego do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 5 ustawy Pzp), a także uprawnienie do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert (art. 94 ust. 3 ustawy Pzp). Obwiniony pytany przez Komisję Orzekającą w trakcie rozprawy o podstawę prawną wyznaczenia wiążącego terminu na wniesienie zabezpieczenia przez (...) na dzień 2 grudnia 2014 r. stwierdził, że ustawa Pzp „w tej materii pozostawiła dziurę, bo gdyby wykonawca nie wnosił zabezpieczenia cały czas, to by mogło trwać latami”.

Reasumując dotychczasowe rozważania w zakresie zaistnienia drugiej przesłanki zastosowania przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, Komisja Orzekająca przyjęła, że jeżeli w § 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ podano, że wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza jest zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy najpóźniej w dniu zawarcia umowy, to Zamawiający nie miał podstaw do ustanowienia ostatecznego terminu wniesienia tego zabezpieczenia na dzień 2 grudnia 2014 r., tj. na dzień, który nie był wyznaczonym dniem zawarcia umowy. Wykonawca (...) mógł więc wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy również w dniu 3 grudnia 2014 r., tj. w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie jej podpisania.

W celu pełnego odniesienia się do stanowiska i argumentacji Zamawiającego zawartej w aktach sprawy, Komisja Orzekająca wskazała, że mocno eksponowana przez Zamawiającego kwestia sporna dotycząca niezgodności przedłożonej przez Wykonawcę (...) gwarancji należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad, a wcześniej przedłożonego projektu tejże gwarancji - z odpowiednimi postanowieniami SIWZ, nie jawi się jako przesądzająca w sytuacji, w której Wykonawca (...) przedstawił Zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową, zgodną ze sformułowanymi przez Zamawiającego uwagami i to w terminie zgodnym z SIWZ.

Niemniej Komisja Orzekająca oceniła, że stanowisko Zamawiającego w tej sprawie, w szczególności w zakresie odmowy uzgodnienia projektu gwarancji z powodu jej rzekomej niezgodności z SIWZ nie jest zasadne. W tym przypadku Komisja Orzekająca uznała za zasadne stanowisko Wykonawcy (...), który konsekwentnie utrzymywał, że przedłożona przez niego w pierwotnym zakresie gwarancja ubezpieczeniowa (w dniu 28.11.2014 r.) odpowiadała wymogom zawartym we wzorze umowy w jej § 7 ust. 2 i zabezpiecza pokrycie roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, także w zakresie kar umownych i odsetek, które sam Zamawiający, formułując wzór umowy, uznał za mieszczące się w katalogu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy poprzez użycie wyrażenia „w szczególności kar umownych i odsetek”. Znajduje to potwierdzenie w stanowisku Zamawiającego, który wnosił do (...) wprowadzenie zmian do treści gwarancji poprzez uzupełnienie jej o dodanie w kilku miejscach takiego właśnie wyrażenia, a Obwiniony przyznał – w tym także w wyjaśnieniach złożonych na rozprawie, że tak uzupełniona gwarancja była zgodna z żądaniem Zamawiającego.

W tym kontekście, według MKO, nietrafne są także dalsze wywody Obwinionego przedstawione w wyjaśnieniach złożonych pisemnie w dniu 22 lutego 2018 r. jak i na rozprawie przed Komisją Orzekającą, jakoby przedłożony pierwotnie Zamawiającemu przez (...) wzór gwarancji był niezgodny z SIWZ ze względu na fakt, że gwarancja odnosiła się do roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych a nie jak

wymagał Zamawiający do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Obwiniony powoływał się w tym miejscu na stanowiące podstawę jego działania opinie prawne. W ocenie Komisji Orzekającej takie stanowisko Zamawiającego nie jest trafne. Planowana do zawarcia umowa była umową na roboty budowlane, a treść gwarancji odnosiła się do robót budowlanych objętych umową, co oznacza, że zakres ochrony ubezpieczeniowej był w przekonaniu MKO tożsamy.

Komisja Orzekająca zauważyła także, że wbrew twierdzeniom Obwinionego, opinie prawne dotyczące nieprawidłowego zakresu zabezpieczenia należytego wykonania umowy udzielane przez Zespół Prawny K(...)P (...) w badanym okresie, tj. pomiędzy 28 listopada 2014 r. a 3 grudnia 2014 r. nie przedstawiały takiej argumentacji. Tylko dla porządku Komisja Orzekająca stwierdza, że argumentacja odnośnie negatywnej oceny wzoru gwarancji złożonej pierwotnie przez (...) z powodu odniesienia się w nim wyłącznie do robót budowlanych, została przedstawiona ex post - w opinii prawnej wydanej przez Zespół Prawny K(...)P w dniu 14 lutego 2018 r., jako uzupełnienie opinii z 2014 roku. Opinia ta została załączona do wyjaśnień Obwinionego przesłanych do tutejszej Komisji Orzekającej przy piśmie z dnia 22 lutego 2018 r.

Dodatkowo, Komisja Orzekająca argumentowała, że Zamawiający mimo deklarowanego prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami prawa i postanowieniami SIWZ, prowadził niektóre działania w sposób wskazujący na nadinterpretację czy też nawet zapowiedź modyfikacji zapisów SIWZ poprzez np. specyfikacje tytułów prawnych jakie mają mieścić się w zakresie ochrony ubezpieczeniowej, co znajduje wyraz w piśmie Zamawiającego z dnia 25 listopada 2014 r. oraz dalszej korespondencji z Wykonawcą (...), w której odmawiał uznania prawidłowości wzoru gwarancji przedstawianego przez tegoż Wykonawcę. Komisja Orzekająca uznała także, że niezasadna jest argumentacja Obwinionego, że to Wykonawca (...) w swoim stanowisku odnoszącym się do treści gwarancji ubezpieczeniowej negował zapisy SIWZ oraz forsował zawarcie umowy na swoich warunkach. W ocenie Komisji Orzekającej takie podejście Zamawiającego nie ma uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym sprawy. Zdaniem Komisji Orzekającej Wykonawca (...) „nie negował” w żadnym razie zapisów SIWZ, natomiast konsekwentnie stał na stanowisku, że przedłożony przez niego projekt gwarancji czy też następnie sama gwarancja złożona o godz. 11 w dniu 3 grudnia 2014 r. do Zamawiającego jest w pełni zgodna z SIWZ i wymaganiami wzoru umowy, co podkreślał w każdym piśmie kierowanym do Zamawiającego.

Reasumując powyższe ustalenia Komisja Orzekająca doszła do przekonania, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały ustawowe przesłanki do wyboru przez Obwinionego najkorzystniejszej oferty spośród ofert pozostałych bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny. Tym samym MKO ustaliła, że w prowadzonym postępowaniu przetargowym Obwiniony niezasadnie uznał, że Wykonawca (...) nie wniósł wymaganego w formie (treści) zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, czym w konsekwencji naruszył dyspozycję art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podejmując suwerenną decyzję o wyborze firmy (...) jako wykonawcy, zakończonego tym rozstrzygnięciem, postępowania przetargowego. Powyższe wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uoondfp, ponieważ naruszenie przez Obwinionego przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp przesądziło o wyniku postępowania przetargowego, poprzez ustalenie „nowego” wykonawcy - (...), któremu udzielono zamówienia publicznego w dniu 3 grudnia 2014 r. zawierając z nim umowę o roboty budowlane dla dokończenia realizacji zadania inwestycyjnego pn. „(...) – budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja”. Komisja Orzekająca uznała, że czas naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustalony zgodnie z art. 21 ondfp, przypada na dzień 4 grudnia 2014 r. – tj. na dzień następujący po dniu zawiadomienia o wyborze innego wykonawcy ((...))

Jeszcze bowiem w dniu 3 grudnia 2014 r. naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na zaniechaniu zaakceptowania gwarancji i zawarcia umowy z (...) mogło i powinno zostać usunięte.

W kontekście powyżej przedstawionej argumentacji oraz norm wynikających z przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, Komisja Orzekająca podkreśliła, że działania Zamawiającego po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty było prowadzone w bardzo szybkim tempie i w krótkim okresie pomiędzy 25.11.2014 r. i 3 grudnia 2014 r. (w tym były dwa dni ustawowo wolne od pracy), na co wskazują daty i godziny podejmowanych czynności, a terminy wyznaczone przez Zamawiającego Wykonawcy (...) były bardzo krótkie i nie wynikały z przepisów prawa, a jedynie decyzji własnych Zamawiającego. Z tego względu Komisja Orzekająca nie podzieliła punktu widzenia Obwinionego, że działania Wykonawcy postrzega on jako opieszale, czy też jako pozorujące tylko chęć zawarcia umowy, zwłaszcza że, w ocenie Komisji Orzekającej, narzucają się wątpliwości co do tego czy Zamawiający dążył istotnie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym Wykonawcą, skoro, jak to określił Obwiniony w wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2018 r., *„celowo nie wyznaczył terminu podpisania umowy albowiem było to uzależnione wyłącznie od aktywności Wykonawcy, który miał obowiązek przedstawić w wymaganym terminie treść gwarancji ubezpieczeniowej, czyniącej zadość zapisom SIWZ”* oraz w tychże wyjaśnieniach składanych na rozprawie mówił np. o swojej ówczesnej wiedzy co do braku potencjału wykonawczego po stronie (...), który to wykonawca *„posiłkował się wyłącznie swoim partnerem portugalskim”*. Takiego stanowiska Obwinionego, wobec przedstawionych powyżej rozważań. Komisja Orzekająca nie uznała za zgodne z przepisami ustawy Pzp oraz warunkami SIWZ. Warto bowiem w tym miejscu przypomnieć, że *SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którym zamawiający i wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są związani. Zamawiający nie może po otwarciu ofert odstępować od swoich wymagań, gdyż powinien ich bezwzględnie przestrzegać. Wymagają tego zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości* (por. wyrok KIO z dnia 6.04.2018 r., sygn. akt KIO 547/18).

Komisja Orzekająca, wobec przeprowadzonych przez nią rozważań co do braku istnienia przesłanek zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, uznała działania Obwinionego za naruszające przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, przyjmując, że zasada udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, określona w art. 7 ust. 3 tej ustawy, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Komisja Orzekająca wskazała dodatkowo, że w zakresie rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, na podstawie art. 45 ust. 2 uoandfp, jest związana treścią wyroku wydanego w dniu 30 lipca 2015 r. (...) przez Sąd (...), na mocy którego Sąd ten zasądził od pozwanego Skarbu Państwa – Komendy (...) Policji (...) na rzecz powoda (...) kwotę 130.000 zł tytułem zwrotu zatrzymanego wadium. Z wyjaśnień Obwinionego złożonych na rozprawie przed Komisją Orzekającą w dniu 16 października 2018r. wynika, że ww. wyrok uprawomocnił się w wyniku niewniesienia apelacji, co jak wyjaśnił Obwiniony rekomendowała Zamawiającemu Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej.

W dalszej części rozważań MKO wyjaśniła, że samo ustalenie, że czyn określony w sentencji orzeczenia spełnia podmiotowe i przedmiotowe znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uoandfp, oraz że jest czynem bezprawnym, karalnym i karygodnym jest niewystarczające do przypisania odpowiedzialności za naruszenie

dyscypliny finansów publicznych, ponieważ zgodnie z art. 19 ust. 2 uondfp, odpowiedzialność taką za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia, a co za tym idzie czyn musi być czynem zawinionym. Dla przypisania winy kluczowa jest możliwość wskazania Obwinionemu prawidłowego wzorca zachowania, a więc z udowodnionych okoliczności faktycznych musi wynikać, że w chwili popełnienia czynu istniała możliwość alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa i które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym Obwiniony, jako pracownik Zamawiającego, któremu Kierownik Zamawiającego powierzył pisemnie wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia¹¹, a zarazem jako pełniący funkcję Zastępcy Komendanta (...) Policji (...), którego zakres obowiązków obejmował zagadnienia związane z realizacją budżetu (...) Policji, w tym zapewnienie ciągłości finansowania wydatków logistycznych, łączności i informatyki, zaopatrzeniem materiałowo-technicznym, inwestycjami, transportem, zamówieniami publicznymi oraz pozyskaniem i rozliczaniem środków europejskich,¹² odpowiedzialny był w ww. zakresie za prawidłowe i zgodne z przepisami prawa przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Komisji Orzekającej przy prawidłowej realizacji ww. obowiązków, w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „(...)– budowa nowej siedziby (...)– kontynuacja”, nie powinno dojść do sytuacji, w której czynności w postępowaniu podejmowane przez Obwinionego są dokonane z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, wyrażając się w szeregu następujących po sobie czynności, które złożyły się finalnie na popełnienie deliktu dyscyplinarnego. Należy przy tym wskazać, że Obwiniony, według opinii pracodawcy znajdujących się w aktach sprawy oraz własnych wyjaśnień złożonych przed Komisją Orzekającą, miał duże doświadczenie i wiedzę w prowadzeniu inwestycji (budowa 9 komend powiatowych) sprawując stanowisko Zastępcy Komendanta (...) Policji (...) od 11.12.2009 r. (jako pełniący obowiązki, a od 15.10.2010r. do chwili obecnej – jako zastępca Komendanta (...) Policji (...)).

Obwiniony, podejmując się zadań wchodzących w zakres obowiązków przypisanych do pełnionej funkcji tym bardziej, w ocenie Komisji Orzekającej, powinien mieć świadomość co do obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów o zamówieniach publicznych oraz przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, powinien je respektować i stosować w bieżącej realizacji powierzonych zadań.

Komisja Orzekająca podkreśliła, że dobrem chronionym w przepisach regulujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest ład prawny systemu finansów publicznych. Wszystkie naruszenia prawa określone jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w tym naruszenie z art. 17 ust. 1 c – przypisane Obwinionemu, zostały przez ustawodawcę uznane za szkodliwe dla tego ładu prawnego. Zarówno ustawa o finansach publicznych jak i ustawa Pzp stanowią fundament przepisów prawa, regulujących zagadnienia gospodarki finansowej oraz innych dziedzin funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych, w tym jednostek budżetowych i ich naruszenie w zakresie określonym przepisami uondfp, podlega penalizacji.

¹¹ Komentarz MKO - tj. zatwierdzenie wniosku o wszczęcie postępowania, zatwierdzenie wniosku o powołanie komisji przetargowej, zatwierdzenie wyniku postępowania

¹² Komentarz MKO - Opinia o Zastępcy Komendanta (...) Policji (...) z dnia 16 lutego 2018 r.

Komisja Orzekająca, po zbadaniu stanu faktycznego sprawy i ocenie zachowań Obwinionego w tej sprawie, po pierwsze nie uznała wielokrotnie akcentowanego przez Obwinionego argumentu, że jego działania chroniły interes Skarbu Państwa i zapewniały zgodność z przepisami ustawy Pzp. MKO wyjaśniła, że dbałość o interesy Skarbu Państwa nie może uzasadniać naruszeń w zakresie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i taki argument Obwinionego jest pewnym nadużyciem. Takich naruszeń nie mogą także uzasadniać negatywne doświadczenia Obwinionego ze współpracy z nierzetelnymi wykonawcami. W tym wyraża się obowiązek osób i podmiotów realizujących zadania publiczne, także te związane z realizacją zamówień publicznych, aby respektować m.in. przepisy ustawy Pzp z pierwszeństwem przed innymi dobrami chronionymi, tak aby określone działania nie przynosiły uszczerbku łaadowi systemu finansów publicznych.

Komisja Orzekająca nie podzieliła i nie uwzględniła ponadto większości zapatrywań i wyjaśnień Obwinionego przedstawiających jego własną ocenę faktów zaistniałych w prowadzonym przez niego postępowaniu przetargowym lub także jego własnych ocen prawnych, gdyż uznała, że nie znajdują one oparcia w ustalonym przez MKO stanie faktycznym i dokonanej ocenie prawnej, zwłaszcza, że stosownie do przepisu art. 45 uoandfp, to Komisji Orzekającej ustawodawca przyznał określone kompetencje w zakresie orzekania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w tym prawo do samodzielnej oceny dowodów.

W ocenie Komisji Orzekającej, Obwinionego nie tłumaczy wskazywanie, że działał w przedmiotowym postępowaniu przetargowym polegając na doświadczeniu, wiedzy czy opiniach, komórek merytorycznych czy też komórki prawnej albo określonych jej przedstawicieli oraz w stałej z nimi konsultacji, a którzy to pracownicy w zakresie swoich obowiązków mają m.in. obowiązek znajomości przepisów obowiązującego prawa i umiejętności ich stosowania. Komisja Orzekająca nie może uwzględnić takich wyjaśnień jako okoliczności uwalniającej Obwinionego od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwłaszcza wobec prezentowanej przez Obwinionego na rozprawie idei, że *„tak naprawdę kierownik jednostki jest po to wyposażony w ten aparat, żeby nie mieć wątpliwości podejmując decyzję i aby w 100% opierać się opierać się na wnioskach i zaleceniach”*.

Według oceny MKO Obwiniony zarówno jako Zastępca Komendanta (...) Policji, a także jako działający w jego imieniu pracownik Kierownika jednostki oraz jako osoba dysponująca długoletnim doświadczeniem w praktycznym stosowaniu przepisów o zamówieniach publicznych, z uwagi na szczególnie rodzaj uprawnień i odpowiedzialności Mu przypisanej, powinien samodzielnie i niezależnie od pracowników aparatu „pomocniczego” analizować słuszność swoich autonomicznych decyzji, oceniać ich potencjalne, negatywne skutki w sferze finansów i zamówień publicznych oraz działać z należytą rozważą i starannością, wymaganą od osoby, piastującej taką funkcję i wykonującą poważne zadania inwestycyjne. Nadto fakt, że pracownicy Zamawiającego wykonują lub mogą wykonywać określone czynności w postępowaniu przetargowym lub stanowią część kadry danej jednostki, wspierającej realizację zadań tej jednostki w sferze zamówień publicznych, nie zwalnia Zamawiającego czy też, jak w tym przypadku, jego upoważnionego przedstawiciela od odpowiedzialności określonej przepisami uoandfp.

Komisja Orzekająca uwzględniła także, że Obwiniony z racji pełnionej funkcji Zastępcy Komendanta (...) Policji (...) miał istotny, jeżeli nie wyłączny, wpływ na określenie zakresów obowiązków podległych mu pracowników i tym samym określił zakres akceptowalnego dla niego ryzyka organizacyjnego. Powyższe okoliczności, w ocenie Komisji

Orzekającej, uzasadniają przypisanie Obwinionemu odpowiedzialności za delikt dyscyplinarny określony w art. 17 ust. 1c uondfp.

Nie zmienił tej oceny Komisji Orzekającej argument Obwinionego, że sytuacja w prowadzonym postępowaniu, w okresie po wyborze najkorzystniejszej oferty była dynamiczna, napięta, determinowana zbliżającym się końcem roku budżetowego, więc i możliwości czasowe dla podjęcia określonych działań były mocno ograniczone, co nie dawało możliwości na spokojną, pozbawioną presji czasu, analizę kolejnych działań. Obwiniony wskazał także, że on i osoby go wspierające – nie miały takiego komfortu czasowego dla podjęcia ważnych decyzji w toku postępowania przetargowego jak np. Urząd Zamówień Publicznych, który kontrolował i oceniał działania Zamawiającego przez okres blisko trzech lat.

Komisja Orzekająca nie deprecjonując tej argumentacji zauważyła, że w jej ocenie, żadne wiążące terminy nie stały na przeszkodzie, aby zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego odłożyć na kilka dni, np. nawet po dniu 5 czy 6 grudnia, tak aby zyskać czas na ostateczne rozważenie sytuacji i podjęcie finalnej decyzji co do zawarcia umowy. MKO podkreśliła ponadto, że Zamawiający dysponował odpowiednimi zgodami na przedłużenie terminu związania ofertą, a kolejny wyznaczony w postępowaniu termin, który na rozprawie wskazał Obwiniony tj. termin na złożenie wniosku o zaliczkę – upływał dopiero z dniem 11 grudnia 2014 r. W tym aspekcie dążenie i działanie Obwinionego by dokładnie w dniu 3 grudnia 2014r. przesądzić o wyborze innej oferty, a zarazem tego samego dnia zawrzeć umowę z wybranym wykonawcą, w ocenie Komisji Orzekającej, nie jest racjonalnie wytłumaczalne i w tym aspekcie wyjaśnienia Obwinionego nie zasługują na uwzględnienie.

Co do czasu trwania i przebiegu procedury kontroli przez Urząd Zamówień Publicznych, Komisja Orzekająca uzasadniła, że czas i przebieg postępowania kontrolnego nie mają relewantnego wpływu na niniejszą sprawę, chyba, że w aspekcie przedawnienia. Ponadto Zawiadający skorzystał z prawa złożenia zastrzeżeń do Protokołu kontroli doraźnej, co uruchomiło automatycznie dalszy, określony przepisami tok dalszego postępowania. W opinii Komisji Orzekającej trzyletni okres przebiegu kontroli nie wynikał ze stopnia skomplikowania stanu faktycznego czy też potrzeby rozstrzygnięcia wątpliwości lub pytań prawnych, a raczej ze sformalizowanej procedury i wielości spraw kontrolowanych przez UZP. Pośrednim na to dowodem jest wydanie przez Sąd (...) wyroku w sprawie wniesionej przez (...) o zwrot zatrzymanego już w lipcu 2015 r. i uzyskaniu waloru prawomocności przez ten wyrok, wobec niewniesienia apelacji przez żadną ze stron.

Komisja Orzekająca zważyła także, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem pomiędzy profesjonalistami, dlatego dla obu stron wymagane są akty zawodowej staranności, zwłaszcza w obliczu konieczności podjęcia decyzji wywołującej doniosłe skutki prawne, jak w przypadku decyzji o wyborze oferty w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Komisja Orzekająca nie dopatrzyła się takich aktów zawodowej staranności w zachowaniu Obwinionego, zwłaszcza wobec deklarowanych przez niego samego posiadanej wiedzy i długoletniego doświadczenia w zarządzaniu procesem zamówień publicznych, a także wielością dokonań w postaci zakończonych inwestycji na obszarze (...). Takim aktem staranności, w ocenie Komisji byłoby przede wszystkim wnikliwe rozpatrzenie argumentów Wykonawcy (...) co do zasadności jego stanowiska o zgodności przedłożonego, w dniu 28 listopada 2014 r. wzoru gwarancji z treścią SIWZ, w tym z treścią stanowiącego załącznik do SIWZ wzoru umowy o roboty budowlane, a także zasięgnięcie dodatkowej opinii prawnej lub opinii eksperckiej z zakresu zamówień publicznych, co do zakresu ochrony ubezpieczeniowej zawartej w tym projekcie, zwłaszcza, że argumentacja Wykonawcy była przedstawiona logicznie, spójnie i konkretnie. W ocenie

MKO po taką dodatkową opinię Obwiniony mógł sięgnąć także później, gdy Wykonawca swoje stanowisko podtrzymał jak również – w okresie przed planowanym przez Obwinionego terminem podjęcia decyzji w sprawie wyboru oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Zasięgnięcie dodatkowej opinii czy też przeprowadzenie roboczej konsultacji, chociażby z pracownikami UZP, wydaje się niemal niezbędnym rozwiązaniem w przypadku, w którym stanowiska stron w tej samej sprawie są krańcowo rozbieżne. Dodatkowo, w ocenie Komisji Orzekającej, sporządzenie takiej opinii czy ekspertyzy, czy organizacja konsultacji z UZP nie byłoby czasochłonne, gdyż w istocie chodziło o jedno, niezbyt skomplikowane zagadnienie prawne, a liczba dokumentów niezbędnych do jego oceny nie przekraczała kilku stron. Komisja Orzekająca zauważyła także, iż innym aktem zawodowej staranności mogło być poddanie ocenie radcy prawnego - uprawnienia Obwinionego do wyznaczenia terminu na wniesienie wzoru zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub terminu na wniesienie samego zabezpieczenia i powiązania bezskutecznego upływu tego terminu z sankcją w postaci zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Komisji Orzekającej takie akty zawodowej staranności pozwoliłyby Obwinionemu uniknąć błędnych działań, działań skutkujących odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. na które złożyło się szereg następujących po sobie szybko czynności, co zresztą było spowodowane przez samego Obwinionego, który narzucił, jak to powiedziano wyżej, duże tempo pracy, także swoim pracownikom jak i Wykonawcy.

Według oceny MKO Obwiniony w sposób nieprzemysłany albo i nawet lekkomyślny zaniechał czynności, które mógł potencjalnie podjąć dla wykluczenia bądź chociażby zminimalizowania ryzyka podejmowanych decyzji, ograniczając swoje działania do forsowania raz przyjętego stanowiska wobec Wykonawcy (...), które to stanowisko Obwinionego nawet w powierzchownej ocenie Komisji Orzekającej - nie było spójne i przekonywujące. Takie zachowanie Obwinionego, zdaniem Komisji Orzekającej, nie realizowało jego obowiązku działania z zachowaniem najwyższej staranności, aktywności i dbałości o prawidłowość i legalność działania podejmowanych działań w stosunku do powierzonego mu przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak podkreśliła MKO Obwiniony brak swojej winy upatrywał w okoliczności, że jak utrzymuje - nie wiedział o fakcie przesłania z Zespołu Zamówień Publicznych K(...)P dwóch e-maili z dnia 28 listopada oraz 1 grudnia 2014 r. w których odpowiednio: zawiadomiono Wykonawcę (...) o terminie podpisania umowy w dniu 3 grudnia 2014 r. oraz potwierdzono ten termin, informując Wykonawcę, że podpisanie umowy w tym terminie wynika z wyjazdu Komendanta (...) Policji (...) na odprawę.

Komisja Orzekająca nie dała wiary wyjaśnieniom Obwinionego, który nie przedstawił na to żadnych dowodów, a także nie skorzystał z prawa do złożenia wniosku dowodowego w tym zakresie, a ponadto jego wyjaśnienia w tej kwestii nie były spójne. W pisemnych wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2018 r. (str. 15) stwierdził, że stanowisko UZP w zakresie niewłaściwego działania K (...) P (...) dotyczy wyznaczenia terminu na podpisanie umowy, który wyznaczył samowolnie nieuprawniony pracownik „z którym po zdarzeniu została rozwiązana umowa o pracę”. W wyjaśnieniach złożonych na rozprawie podnosił w różnych miejscach, odnosząc się do tej samej okoliczności, co następuje: „(...) naruszenie dyscypliny finansów publicznych dotyczy tak naprawdę działania umyślnego lub nieumyślnego pracownika. Według mnie ja nie mogę odpowiadać za jakieś działanie z boku, które było indywidualną inicjatywą pracownika, który gdy przyszło do składania wyjaśnień, zwolnił się automatycznie w tym miesiącu z pracy, wyjechał za granicę i do dnia dzisiejszego nie ma z nim żadnego kontaktu”, że „jak pracownik został wezwany do wyjaśnień, to po prostu odszedł z Policji”, a w innym miejscu stwierdził, że pracownik, „według mnie to była to Pani (...)”,

która wyjaśniła, że to było jej normalne rozumowanie, że skoro termin na wniesienie zabezpieczenia jest wyznaczony na dzień 2 grudnia 2014 r. do godz. 23:59, to fizyczne podpisanie umowy może być dopiero trzeciego grudnia.

W tym stanie rzeczy Komisja Orzekająca uznała, że nie ma podstaw do uznania wyjaśnień Obwinionego za spójne i wiarygodne.

Na podstawie całokształtu działań i czynności podejmowanych przez Obwinionego Komisja Orzekająca uznała, że priorytetowo traktował dokończenie budowy (...), jednak nie w aspekcie prawidłowego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i postanowień SIWZ, którymi był związany i które powinny służyć do zgodnego z prawem rozstrzygnięcia o wyniku postępowania przetargowego, tym bardziej, że w dniu 3 grudnia 2014 r po wniesieniu przez Wykonawcę (...) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego, umowa z tym wykonawcą mogła być podpisana. Ponadto Komisja Orzekająca zważyła, że nawet w tak krótkim czasie w jakim trwała wymiana korespondencji z Wykonawcą (...) Obwiniony miał kilkakrotnie szansę by nie eskalować swoich żądań i podjąć próbę innego rozwiązania w ramach dostępnych mu możliwości prawnych oraz działać z należyłą starannością i ostrożnością, w szczególności w zakresie niczym nie uzasadnionego aż w takim zakresie w ocenie Komisji Orzekającej, narzuconego przez niego samego tempa wykonywania poszczególnych czynności w postępowaniu, chociażby na kilka dni kalendarzowych.

Z tych powodów Komisja Orzekająca uznała, że charakter czynu oraz okoliczności jego popełnienia wskazują, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło z winy Obwinionego, który przy dochowaniu należytej staranności mógł przewidzieć możliwość popełnienia deliktu dyscyplinarnego i mu zapobiec. Tym samym miał możliwość zachowania zgodnego z prawem, co jednocześnie uchroniłoby od negatywnych konsekwencji prawnych.

Rozważając wymiar kary za powyższe naruszenia dyscypliny finansów publicznych, Komisja Orzekająca uznała, że w tym przypadku znajduje zastosowanie przepis art. 36 ust. 1 i 2 uo ndfp, tj. zachodzą przesłanki pozwalające na wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju – kary upomnienia.

Komisja Orzekająca wzięła pod uwagę szczególne warunki działania Obwinionego, który był odpowiedzialny za sukcesywną, terminową i dostosowaną do potrzeb i możliwości finansowych Zamawiającego realizację zadań inwestycyjnych na całym obszarze województwa zachodniopomorskiego. Komisja Orzekająca uznała ponadto, że za takim wymiarem kary przemawiają także: postawa Obwinionego, który brał aktywny udział w postępowaniu przed Komisją Orzekającą, składając obszerne wyjaśnienia tak pisemne jak i podczas przeprowadzonej rozprawy, pozytywne opinie wyrażone przez pracodawcę Obwinionego, dotychczasowa niekaralność Obwinionego. Komisja Orzekająca przyjęła także w dobrej wierze deklaracje Obwinionego, co do przestrzegania przez niego regulacji obowiązującego Prawa zamówień publicznych i zachowania staranności oraz ostrożności w prowadzonych aktualnie postępowaniach, także na skutek wiedzy jaką zdobył na tle przedmiotowej sprawy. Komisja uznała także, że sam udział w postępowaniu przed Komisją Orzekającą, jak i przed innymi organami i instytucjami w sprawie mającej już swoją czteroletnią historię stanowi sam w sobie dużą dolegliwość dla Obwinionego.

W ocenie Komisji Orzekającej wymierzona kara upomnienia spowoduje, że cele prewencyjne i dyscyplinujące postępowania zostaną osiągnięte, a wymierzona kara pozostaje adekwatna do stopnia zawinienia.

Obwiniony, pismem z dnia 30 grudnia 2018 r. (data wpływu do MKO 7 stycznia 2019 r.), złożył odwołanie od orzeczenia MKO z dnia 16 października 2018 r., sygn. akt BMO-361-1-

2/2018. Obwiniony wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uondfp na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp, względnie o uchylenie orzeczenia w całości i odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 36 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 2 pkt 2 uondfp, zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu następujące uchybienia:

- 1) obrazę przepisów prawa, tj. art. 17 ust. 1c uondfp poprzez ich rozszerzającą interpretację i niewłaściwe zastosowanie w odniesieniu do przepisów ustawy Pzp, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia wymienionego przepisu, w sytuacji, w której z zebranego materiału dowodowego wynika, że nie doszło do złamania przepisów ustawy Pzp, a wszystkie działania dążyły do ochrony interesów Skarbu Państwa oraz jednolitego stosowania wymagań określonych w SIWZ wobec wszystkich uczestników postępowania, a oceniane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami, a Obwiniony nie ponosi winy;
- 2) błędną ocenę materiału dowodowego polegającą na błędzie w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, które miało wpływ na treść orzeczenia, w szczególności maili wysłanych przez Panią (...) do Wykonawcy (...). dotyczących samowolnego wyznaczenia przez nią terminu podpisania umowy na 3 grudnia 2014 r. bez jakiegokolwiek konsultacji i uzgodnień z Obwinionym - co zostało potwierdzone w toku przesłuchania byłego pracownika Policji przed sądem cywilnym oraz składanych w tym zakresie wyjaśnień przez Obwinionego, w których w sposób jednoznaczny i konsekwentny stwierdzał, opierając się na podpisanych przez siebie dokumentach, iż wyznaczył on jedynie termin do wniesienia zabezpieczenia (do 2 grudnia 2014 r.). Jak również uznanie, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, albowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający niezasadnie uznał, iż Wykonawca (...) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, co nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym, jak również dokumentacji postępowania w postaci oficjalnych pism Zamawiającego, kierowanych do Wykonawcy (...). Powyższą błędną oceną materiału dowodowego, jak również błąd w ustaleniach faktycznych w konsekwencji doprowadziło do ukarania Obwinionego, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że Obwiniony nie dopuścił się popełnienia zarzucanego mu czynu;
- 3) naruszenie przepisów postępowania, tj.:
 - a) art. 93 ust. 1 pkt 5 uondfp poprzez wszczęcie działań w oparciu o twierdzenia Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w zawiadomieniu nr (...) z 5 września 2017 roku, w sytuacji, w której osobą zawiadamiającą był Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, który nie działał w tym zakresie na postawie upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (upoważnienie nie zostało przedstawione, doręczone obwinionemu przez co został on pozbawiony prawa dokonania jego weryfikacji zarówno co do jego zakresu, czasu obowiązywania jak i poprawności formalno-prawnej). Istnieje podejrzenie, iż Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, zgłaszając zawiadomienie działał w imieniu własnym. Świadczą o tym zarówno nagłówek pisma, jak i podpis Wiceprezesa bez wskazania odniesienia do delegacji uprawnionego organu;
 - b) art. 113 ust. 1 uondfp poprzez brak doręczenia Obwinionemu pełnego odpisu

Wniosku o ukaranie poprzez niedołączenie załączników przywołanych w jego treści. Obwiniony ma prawo i powinien zostać zapoznany z całą treścią Wniosku, a więc pełną argumentacją podnoszoną przez Wnioskującego, która ma uzasadniać jego wniesienie, jak również potwierdzać zasadność podniesionych w nim zarzutów. Załączniki do Wniosku, mimo iż formalnie wyodrębnione przez Wnioskującego z zasadniczej części odwołania, stanowią jego integralny element, będąc jednocześnie merytoryczną treścią Wniosku;

- 4) niewspółmierność wymierzonej Obwinionemu kary w stosunku do stopnia społecznej szkodliwości zarzucanego mu czynu oraz braku możliwości przypisania mu winy, co powoduje, że nie spełnia ona swej funkcji w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej i nie zaspokaja społecznego poczucia sprawiedliwości.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniony powtórzył w znacznej części argumentację, którą przedstawił uprzednio w piśmie, które wpłynęło do MKO w dniu 22 lutego 2018 roku i w toku postępowania przed MKO.

Obwiniony podniósł m.in., że zaskarżone orzeczenie dotyczy przypisania Obwinionemu winy odnoszącej się do interpretacji działań lub zaniechań nieskatalogowanych wprost w ustawie dyscyplinarnej oraz czynności niezdefiniowanych szczegółowo w ustawie Pzp. Zaznaczył, że jak wynika z Biuletynu orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wiele trudności przy stosowaniu wywołuje ocena zaistnienia zdarzeń, działań lub zaniechań dotyczących stosowania art. 17 ust. 1c uońdfp. Przepis ten stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Obwiniony wyjaśnił, że w szczególności chodzi tu o identyfikowany indywidualnie wpływ określonego działania na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Argumentował, że niejednokrotnie można odnieść wrażenie, że w istotnym zakresie są to jedynie różne interpretacje organów nie potwierdzone rzetelną analizą i dowodami, które powinny być odniesione do celu działań zamawiającego, dostępnych danych oraz decyzji w ramach procesu zarządzania ryzykiem przy dostępie do określonych informacji, stanowiska aparatu pomocniczego oraz doświadczenia w jednostce sektora finansów publicznych w danym czasie i miejscu.

W ocenie Obwinionego szczególnie ważnym zagadnieniem jest zwrócenie uwagi na brak wskazania w przepisach ustawy Pzp wszystkich wymaganych do zrealizowania czynności w sposób szczegółowy w enumeratywnie opisanych przepisach. Realizacja procedur wymaga wdrożenia dobrych standardów, jak i praktyk pozwalających na legalną, terminową i rzetelną realizację zadań w ramach przyznanych kompetencji jednostce sektora finansów publicznych.

Obszarem wymagającym takiego działania było zrealizowane przez Obwinionego w toku postępowania ww. standardów poprzez wyznaczenie terminu na wniesienie zabezpieczenia w treści wymaganej Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - chroniącego interesy Skarbu Państwa w odniesieniu do zabezpieczenia wszystkich postanowień umowy z uwzględnieniem kar i odsetek, a nie wyłącznie niewykonania lub niewłaściwego wykonania robót budowlanych.

Obwiniony wyjaśnił, że zgodnie ze stanowiskiem MKO zawartym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, jeżeli wyznaczenie terminu popisania umowy pośrednio określa termin wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to analogicznie, wyznaczenie terminu wniesienia zabezpieczenia wskazuje jednocześnie termin podpisania umowy, zgodnie z zapisami wzoru umowy zawartymi w § 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Tym samym nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Komisji

Orzekającej, iż Zamawiający nie ma uprawnienia do wyznaczania Wykonawcy wiążącego terminu do wniesienia zabezpieczenia, skoro sama Komisja stwierdza, że Zamawiający jest uprawniony do czuwania nad przebiegiem postępowania przetargowego i żądania w trybie roboczym wzoru gwarancji. W ocenie Obwinionego również zastosowane przez Komisję Orzekającą określenie „tryb roboczy” nie znajduje umocowania ani w przepisach ustawy Pzp, ani w zapisach SIWZ i można je uznać za nadinterpretację, która jest zarzucana obwinionemu. Podkreślił, że każda czynność w postępowaniu w postaci wezwania Wykonawcy do określonego zachowania w tym przypadku do wniesienia zabezpieczenia musi być obwarowana wyznaczeniem terminu, w przeciwnym razie takie wezwanie byłoby nieskuteczne i wpływałoby na przewlekłość postępowania. Wskazał, że podobnie jest w sytuacji przewidzianej w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który reguluje postępowanie wyjaśniające, zmierzające do ustalenia, czy w postępowaniu o zamówienie publiczne złożono oferty zawierające rażąco niską cenę lub koszt. Postępowanie to jest obligatoryjne. Zatem przesłanie takiego wezwania do Wykonawcy bez wyznaczenia mu terminu do złożenia wyjaśnień, w sytuacji, gdy Wykonawcy bardzo niechętnie tłumaczą się z rażąco niskiej ceny, mogłoby doprowadzić do sytuacji, gdy wykonawca nie mając wyznaczonego żadnego terminu w ogóle nie przesłałby Zamawiającemu takiego wyjaśnienia, blokując tym samym Zamawiającego, który nie mógłby skutecznie dalej procedować. Stąd urzędowe wyznaczenie terminu. Niewyznaczenie terminu przez Zamawiającego rodziłoby dalsze negatywne konsekwencje, albowiem Zamawiający nie mógłby w ogóle skorzystać przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. z odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, bowiem dokonanie takiej czynności bez wcześniejszego określenia terminu, w jakim powinny zostać one złożone spotkałoby się z zarzutem ze strony wykonawcy, iż wobec braku wyznaczenia terminu nie można mówić o jego niedochowaniu, albowiem cały czas ma on prawo złożyć wyjaśnienia. Obwiniony wskazał, że tożsamy pogląd został wyrażony w publikacji Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, 2017 przez Jerzego Pieroga: *„termin wyjaśnień; Zamawiający ma prawo określić termin, w jakim powinny zostać złożone wyjaśnienia. Nieokreślenie terminu byłoby poważnym błędem Zamawiającego, chociaż prawo do określenia terminu nie wynika wprost z przepisów art. 90 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, pośrednio za to wynika z art. 90 ust. 4 ustawy Pzp. Czynność wyznaczenia odpowiedniego terminu ma doniosłe znaczenie dla skuteczności działania wykonawcy. Należy zauważyć, że wykonawca, oferując konkretną cenę lub koszt, powinien zrobić to z pełną świadomością co do jej rzetelności i realności, przy wykorzystaniu wszystkich dostępnych sobie okoliczności. Trudno więc przyjąć, że na złożenie stosownych wyjaśnień niezbędny jest dłuższy czas. Niemniej jednak zamawiający powinni wystrzegać się określania zbyt krótkiego terminu, bo niekoniecznie w ich interesie jest odrzucanie najtańszych ofert. Co do zasady, powinien więc to być termin dopasowany do rodzaju zamówienia, jego wartości, wielości elementów składających się na cenę, uwarunkowań danej branży czy też żądań zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny oferty. Poza tym termin ten powinien uwzględniać konieczność zgromadzenia odpowiednich dowodów”*.

Obwiniony przytoczył także inne cytaty z piśmiennictwa dotyczące zasadności wyznaczania terminu w przypadku zastosowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Obwiniony skonkludował, że analogicznie do przytoczonych powyżej przykładów praktyka realizacji zamówień pomimo braku szczegółowego przepisu w ustawie Pzp wymaga również wdrożenia tożsamyh działań w zakresie wyznaczenia przez Zamawiającego terminu na wniesienie zabezpieczenia oraz żądania złożenia tożsamej treści zabezpieczenia z wynikającym z SIWZ.

Obwiniony nie podzielił argumentacji Komisji Orzekającej, uznając ją jako chybioną w zakresie podanym niżej.

- 1) MKO błędnie uznała, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, albowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający niezasadnie uznał, iż Wykonawca (...) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, co nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym, jak również dokumentacji postępowania w postaci oficjalnych pism Zamawiającego, kierowanych do Wykonawcy (...). W ocenie Zamawiającego przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp miał zastosowanie, gdyż wystąpiła jedna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wskazanej czynności, a mianowicie brak wniesienia zabezpieczenia. Do zastosowania tego przepisu nie wymaga się łącznego spełnienia przesłanek, tj. niewniesienia zabezpieczenia i uchylania się od zawarcia umowy. Wystarczy ziszczenie się jednej z przesłanek w tym przypadku niewniesienia zabezpieczenia, by można było skutecznie zastosować przepis. Zamawiający wyraźnie podkreślał, że podwodem zastosowania przepisu było niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia na co jednoznacznie wskazuje treść rozstrzygnięcia postępowania w dniu 3 grudnia 2014 r. Zamawiający miał pełną świadomość dotyczącą braku możliwości powołania się dodatkowo na przesłankę dotyczącą uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy, co także zasygnalizował w przedmiotowym rozstrzygnięciu, nawiązując do pisma z dnia 28 listopada 2014 r., w którym odwoływał się intencji Wykonawcy, które nie przybrały formy dowodowej. Gdyby, jak twierdzi Prezes UZP, Zamawiający uznał, że Wykonawca (...) uchyla się od podpisania umowy to już 28 listopada 2014 r. skorzystałby z tej przesłanki, jaką jest uchylanie się od podpisania umowy, a nie kierowałby do niego kolejnego pisma, w którym wyznaczył ostateczny termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy pod rygorem zatrzymania wadium w trybie przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Taka pragmatyka, w ocenie Obwinionego, w sposób jednoznaczny wskazuje, że celem Zamawiającego nie było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownej oceny, albowiem wykonawca, którego oferta została wybrana uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia, jak również celem Zamawiającego nie było zatrzymanie wadium, albowiem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (vide przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp), tylko wobec całkowitej i konsekwentnej negacji zapisów SIWZ w przedmiocie treści zabezpieczenia z jednoczesnym zamiarem Wykonawcy (...) podpisania umowy na warunkach przez niego określonych - niezgodnych z treścią SIWZ uwzględniających wyłącznie interes Wykonawcy. Nadto, jak podkreślił Obwiniony, treść przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w pełni koresponduje z treścią przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, z którego Zamawiający skorzystał, dokonując rozstrzygnięcia postępowania w dniu 3 grudnia 2014 r., albowiem jest to samodzielna przesłanka nie wymagająca wystąpienia dodatkowej okoliczności, o której mowa w punkcie 1 ww. przepisu, w postaci odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Na potwierdzenie powyższego Obwiniony przytoczył treść pisma Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2014 r., w którym ten powoływał się właśnie na zasadę pisemności wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, odwołując się do pisma z dnia 28 listopada 2014 r., w którym wskazywał, iż w korespondencji z Zamawiającym Wykonawca (...) nie dochowywał wymaganej formy pisemnej, mając na uwadze wartość dowodową. To, że Wykonawca (...) nie zachowywał wymaganej formy pisemnej, jak chodzi o składnie oświadczeń, iż nie uchyla się od

zawarcia umowy nie oznacza, na tej podstawie można uznać to za dowód uchylania się od podpisania umowy. Takie podejście jest sprzeczne z zasadą pisemności, na którą powoływał się Zamawiający w piśmie z dnia 3 grudnia 2014 r. Traktowanie powyższego stanowiska Obwinionego, jako niezasadną interpretację ex post własnych pism z dnia 28 listopada 2014 r., 2 grudnia 2014 r. oraz 3 grudnia 2014 r. stoi w rażącej sprzeczności z podstawą prawną wskazaną przez obwinionego w piśmie chociażby z dnia 2 grudnia 2014 r., w którym wyraźnie podaje przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 46 ust. 5 pkt. 2 ustawy Pzp. Z kolei w żadnym z pism, na które powołuje się MKO nie pojawia się, jako podstawa prawna art. 94 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, jak to w sposób nieuprawniony i nieznajdujący potwierdzenia w żadnym dokumencie postępowania przetargowego, stara się wykazać Komisja Orzekająca.

- 2) MKO stwierdza, iż przedmiotem niniejszego postępowania dyscyplinarnego jest „niezbyt skomplikowane zagadnienie prawne”, którego rozwiązanie upatruje choćby w zasięgnięciu opinii, czy też przeprowadzenie roboczej konsultacji, chociażby z pracownikami UZP, negując jednocześnie stanowisko Prezesa UZP w tej sprawie, jak również Krajowej Izby Odwoławczej, którzy nie odmówili Obwinionemu prawa do wyznaczenia terminu do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy uznając tym samym podejmowane przez niego czynności jako nie naruszającego żadnego z przepisów ustawy Pzp.. Obwiniony nie zgodził się również ze stanowiskiem MKO jakoby nie dokonywał aktów zawodowej staranności, będąc profesjonalistą, albowiem w tym postępowaniu zwrócił się o zajęcie stanowiska przez wysokospecjalistyczną komórkę, skupiającą doświadczonych radców prawnych z szerokimi kompetencjami w zakresie znajomości problematyki zamówień publicznych, którzy szczegółowo analizowali, jak również szeroko konsultowali dany stan faktyczny, wszystkie dokumenty były konsultowane i przygotowywane przez wieloosobowy Zespół ds. Zamówień Publicznych który w tym zakresie posiłkował się profesjonalną instytucją. Obwiniony nie miał powodu, ani podstaw do tego by podważać wydaną przez nich opinię i występować o wydanie kolejnej opinii, czy ekspertyzy zewnętrznej w tym zakresie. Tym bardziej, że mogłoby się to spotkać z zarzutem ponoszenia nieuzasadnionych wydatków w sytuacji posiadania opinii w tym przedmiocie wydanej przez pracowników aparatu pomocniczego - pracowników jednostki oraz spowodowało by obciążenie budżetu Policji. Problemem byłoby również określenie trybu wyboru podmiotu zewnętrznego, który miałby wydać taką opinię, z uwzględnieniem pełnego poszanowania procedur związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty w dynamicznym czasie zamknięcia roku budżetowego 2014. W ocenie Obwinionego trudno nie zauważyć również braku konsekwencji w argumentacji przytoczanej przez Komisję Orzekającą w uzasadnieniu orzeczenia, która z jednej strony neguje potrzebę uzyskania opinii od powołanych w tym celu komórek wewnętrznych jednostki wskazując, że powinna być to być indywidualna decyzja Obwinionego, a z drugiej zaś strony zarzuca Obwinionemu brak staranności, powołując się na brak wystąpienia przez niego o wydanie opinii przez podmiot zewnętrzny. Takie niespójne stanowisko przedstawione w uzasadnieniu orzeczenia MKO wprowadza, zdaniem Obwinionego, dużą wątpliwość w stosunku do przyszłych czynności podejmowanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, choćby na pojawienie się pytania, czy Obwiniony winien w każdej wątpliwej kwestii zwracać się o wydanie opinii przez podmiot zewnętrzny, pomijając tym samym komórki w tym celu powołane w jego jednostce i czym jest to uzasadnione?
- 3) Według Obwinionego nie sposób się zgodzić również ze stanowiskiem Komisji Orzekającej w zakresie tożsamości treści zabezpieczenia dotyczącego złożonego przez Wykonawcę wzoru gwarancji zabezpieczającego wyłącznie niewykonanie lub

niewłaściwe wykonanie robót budowlanych z określonym w SIWZ i żądanym przez zamawiającego zabezpieczeniem dotyczącym niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (w tym kar i odsetek). Obowiązująca od dnia 20 lutego 2013 roku przypisana do ustawy Pzp definicja robót budowlanych dotyczy enumeratywnie określonych prac w których zakresie w żaden sposób nie ujawniono rozliczeń z podwykonawcami, zgłoszeń podwykonawców zabezpieczenia zaliczek - co było przedmiotem umowy i zgodnie z SIWZ musiało być zabezpieczone w odniesieniu do przyszłych ryzyk wg równych zasad dla wszystkich uczestników postępowania zarówno tych aktywnych w toku procedury, jak i pozostałej grupy wykonawców, albowiem obie te grupy, na równych zasadach, są wyposażone w uprawnienie do kontrolowania działań Zamawiającego podejmowanych zarówno na etapie zawierania, jak i realizacji umowy.

- 4) Obwiniony nie podzielił również stanowiska Komisji Orzekającej wyrażonego w orzeczeniu, że odpowiada za „wyznaczenie” terminu podpisania umowy. Wartym podkreślenia są postanowienia SIWZ wskazujące osoby uprawnione do określonych czynności i przewidzianą formę realizacji tych czynności. Komisja wykazała, iż Zastępca Komendanta nie poinformował o terminie zawarcia umowy, a zrobił to pracownik z naruszeniem pkt XVI SIWZ jednak przypisała odpowiedzialność Zastępcy. Obwiniony jako zastępca Komendanta (...) Policji (...) realizujący określone czynności w procedurze odpowiadał za swoje działania decyzyjne zgodnie z treścią SIWZ realizowane w formie zgodnej z danymi formalno-prawnymi przypisanymi mu w realizowanej procedurze. Obwiniony wyznaczył termin wniesienia zabezpieczenia i zgodnie z zajęтым w tej sprawie stanowiskiem Prezesa UZP, KIO, jak również przytoczonego stanowiska doktryny oraz orzecznictwa było to nie tylko prawo Obwinionego, a wręcz jego obowiązek. Natomiast nie wyznaczył terminu podpisania umowy, co jest Obwinionemu niesłusznie przypisywane.
- 5) Obwiniony zwrócił uwagę oraz jednocześnie zakwestionował stanowisko Komisji Orzekającej w zakresie krótkiego czasu wskazanego (...) na wniesienie zabezpieczenia. (...) od dnia 20 listopada 2014 roku posiadał wiedzę o wyborze oferty podmiotu jako najkorzystniejszej w procedurze i przez 13 dni nie przedkładał zabezpieczenia w wymaganej formie, forsował niezgodną z SIWZ treść zabezpieczenia nie chroniącej wszystkie zdefiniowane interesy Skarbu Państwa (możliwej do uzyskania od podmiotu ubezpieczeniowego w niższej cenie), a gdy w dniu 3 grudnia 2014 roku o godzinie 11:12 uzyskał informację o wyborze kolejnego w kolejności oferenta potrzebował trzech godzin (godzina 14:50) na wzniesienie zabezpieczenia zgodnego z SIWZ - w ocenie Obwinionego wyłącznie w celu walki o przyszłe odzyskanie wpłaconego wadium.
- 6) Obwiniony nie zgodził się ze stanowiskiem Komisji Orzekającej dotyczącym całkowitego zakwestionowania argumentu Obwinionego dotyczącego wiedzy w zakresie potencjalnych ryzyk dotyczących współpracy z nierzetelnymi wykonawcami w kontekście zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa - wdrożenia działań w celu wyeliminowania potencjalnego, przyszłego uszczerbku dla finansów publicznych. Identyfikacja, analiza a w konsekwencji odpowiedź na ryzyko (wypracowanie wzoru gwarancji, określenie jej w SIWZ i konsekwentne dążenie do jej uzyskania w wyznaczonym terminie) winno być zauważone jako element systemu kontroli zarządczej wdrożone przez Obwinionego w toku zarządzania środkami publicznymi.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Obwiniony przedstawił szczegółowy opis zaistniałej sytuacji, akcentując celowość i legalność prowadzonego postępowania, przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie wymagań szczegółowych określonych w SIWZ. Obwiniony wskazał, że w toku realizacji procedury

szczególny nacisk dotyczył zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa, wdrożenia konsekwentnych działań zmierzających do wyboru wykonawcy zgodnie z reżimem ustawy Pzp, podejmującego po zawarciu umowy ryzyko gospodarcze realizacji robót, a w przypadku braku możliwości ich zakończenia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, dającego gwarancje pokrycia wszelkich możliwych obciążeń i kosztów związanych z zadaniem, wynikających z treści określonej w SIWZ umowy.

Od samego początku procesu przygotowania zadania inwestycyjnego pn. „(...) - budowa nowej siedziby (...) - kontynuacja” Obwiniony, w jego ocenie, podejmował dostępne prawem działania mające doprowadzić do zakończenia realizacji inwestycji przy jednoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa finansów publicznych, czego nadrzędnym przejawem było dążenie do zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa w zakresie określenia wymogów zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz pokrycia ewentualnych ryzyk dla budżetu Policji w zakresie możliwych roszczeń w tym kar i odsetek dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wymagania dotyczące zabezpieczenia zostały wprowadzone do treści SIWZ i pozostawały niezienne przez cały okres trwania procedury. Obwiniony podkreślił, że żaden z podmiotów uczestniczących w procedurze przetargowej nie kwestionował poziomu i zakresu zabezpieczeń w trybie określonym dla procedury pytań i odwołań.

Obwiniony podniósł ponadto, że treść regulacji wskazanych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych determinuje, że pracownicy jednostki sektora finansów publicznych będą ponosili odpowiedzialność za czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansowej w sytuacji, gdy zostaną im powierzone określone zadania, a w toku wykonywania przez nich czynności nastąpi umyślne lub nieumyślne działanie skutkujące powstaniem zdarzenia powodującego naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie Obwinionego wszystkie podejmowane przez Obwinionego działania były zgodne z prawem oraz procedurą dysponowania środkami publicznymi i metodyką realizacji zamówień. Zarówno na etapie przygotowania procedury, w toku jej realizacji oraz na etapie wniesienia zabezpieczenia oraz zawarcia umowy konsekwentnie żądano od wszystkich uczestników postępowania spełnienia wymagań określonych w SIWZ, a wszystkie wymagania proceduralne w zakresie ogłoszenia o zamówieniu, udzielenia odpowiedzi na pytania, wzywania do uzupełnienia dokumentów, rozstrzygnięcia procedury, żądania wniesienia zabezpieczenia, zawarcia umowy w zakresie czynności Obwinionego były dokonywane w wymaganej formie i treści w ramach zadań dotyczących mojego upoważnienia.

Realizując zadanie Obwiniony nie mógł dopuścić do jakiegokolwiek zmiany, po otwarciu ofert, w treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Wykonawcę (...) stąd Wykonawca ten wielokrotnie był wzywany przez kierownika Zamawiającego do wniesienia zabezpieczenia o treści zgodnej z treścią SIWZ. Wobec jego oporu w tym zakresie, jako uprawniony Zastępca Komendanta (...) Policji (...) w piśmie z dnia 28.11.2014 r. Obwiniony wyznaczył mu ostateczny i nieprzekraczalny termin do wniesienia zabezpieczenia. Wyznaczony przez kierownika Zamawiającego termin 02.12.2014 r. nie został dotrzymany przez Wykonawcę (...), co skutkowało materializacją przepisu art. 46 ust. 3 pkt ustawy Pzp, a w konsekwencji przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Obwiniony zaznaczył, że wniesione po terminie zabezpieczenie (wyznaczony termin upłynął 2 grudnia 2014 roku o godzinie 23:59) - wniesione elektronicznie w dniu 3 grudnia 2014 roku o godzinie 11:14 zgodnie z stwierdzeniem Rzecznika nie było zgodnie z SIWZ, a jego wniesienie było realizowane w reakcji na informację otrzymaną od kierownika Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2014 roku z godziny 11:12, o wyborze następnego w kolejności Wykonawcy, jakim była (...). Obwiniony podkreślił, że Wykonawca (...) dopiero

na skutek wdrożenia przez kierownika Zamawiającego rozwiązań przewidzianych przepisami ustawy Pzp, uzupełnił, lecz niestety po terminie wymagania gwarancji w ciągu 3 godzin, dostosowując je do wymagań określonych SIWZ i w dniu 3 grudnia 2014 roku złożył gwarancję o godzinie 14:50, jak się okazało wyłącznie w celu możliwości walki o odzyskanie wadium wykorzystując treść e-maila osoby nieuprawnionej do określania terminu zawarcia umowy, którego na etapie rozstrzygnięcia procedury kilkakrotnie sam kwestionował. Obwiniony dodał, że (...) reprezentowany przez (...) zarówno w czasie ubiegania się o zamówienie jaki i późniejszym okresie okazał się Wykonawcą całkowicie nierzetelnym, który nie zrealizował dla jednostek sektora finansów publicznych wielu umów i naraził Skarb Państwa na roszczenia podwykonawców, koszty sądowe, dodatkowe koszty realizacji inwestycji, opóźnienia, co w konsekwencji powodowało większe wydatki z budżetu, braki realizacji celów i zadań tych jednostek.

W dalszej części odwołania Obwiniony przedstawił determinanty swojego działania jako kierownika Zamawiającego, które były już przedstawiane przez Obwinionego na etapie postępowania przed MKO .

Dalej Obwiniony po raz kolejny przedstawił stanowisko (prezentowane już w toku postępowania przed MKO), że wniosek o ukaranie został oparty na 3 zasadniczych dla sprawy kwestiach, które, jak sam uznał Rzecznik, mają złożony charakter oraz budzą szereg wątpliwości wymagających analizy a mianowicie:

- 1) wyznaczenie przez Obwinionego - kierownika Zamawiającego w oficjalnym piśmie z dnia 01 grudnia 2014 r. terminu do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, stanowiącego podstawę podpisania umowy, do 2 grudnia 2014 r.;
- 2) wysłanie maila w dniu 01 grudnia 2014 r. przez osobę wyznaczoną do kontaktów z wykonawcami, w którym dana osoba sama wyznacza termin podpisania umowy. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż najprawdopodobniej wskazany przez nią termin był efektem samodzielnej i nieuprawnionej interpretacji ciągu zdarzeń - co zostało zweryfikowane przez Sąd (...) w toku przesłuchania świadka Pani (...);
- 3) zatrzymanie wadium na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia wymaganego zabezpieczenia w terminie wyznaczonym przez kierownika Zamawiającego tj. do 2 grudnia 2014 r.

Obwiniony w dalszej części uzasadnienia odwołania wskazał, że co do tych trzech zasadniczych kwestii prezentowane są trzy zgoła odmienne stanowiska, a mianowicie:

1. Wykonawca (...) uznaje, że:

- 1) wyznaczony przez kierownika Zamawiającego termin do wniesienia wymaganego zabezpieczenia w żaden sposób go nie wiąże z uwagi na fakt, iż w opinii Wykonawcy, pierwotnie przedłożony wzór gwarancji spełniał wymagania określone w SIWZ;
- 2) wyznaczony termin podpisania umowy również w żaden sposób go nie wiąże, albowiem został on wskazany i wysłany przez enigmatycznego pracownika (faktycznie wysłany mail nie został przez nikogo podpisany) z naruszeniem zasady pisemności wyrażonej w art. 9 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż przedmiotowy termin nie został wyznaczony przez upoważnioną do tego osobę tj. kierownika Zamawiającego;
- 3) zatrzymanie wadium przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp na skutek niewniesienia wymaganego wadium nastąpiło w sposób nieuprawniony, z uwagi na fakt, iż w opinii Wykonawcy, pierwotnie przedłożony

wzór gwarancji spełniał wymagania określone w SIWZ;

2. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznaje, że:

- 1) wyznaczony przez kierownika Zamawiającego termin do wniesienia wymaganego zabezpieczenia w żaden sposób nie wiąże (...) z uwagi na fakt, iż osoba wyznaczona do kontaktów z wykonawcami w korespondencji mailowej wskazała termin podpisania umowy na 3 grudnia 2014 r.;
- 2) termin podpisania umowy wskazany w mailu przez osobę wyznaczoną do kontaktów z wykonawcami jest wiążący pomimo faktu, iż nie była ona upoważniona do dokonania przedmiotowej czynności przez kierownika Zamawiającego;
- 3) zatrzymanie wadium przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp na skutek niewniesienia wymaganego zabezpieczenia w wyznaczonym przez kierownika Zamawiającego terminie nastąpiło w sposób nieuprawniony, albowiem przedmiotowy termin tj. 2 grudnia 2014 r. nie jest wiążący, natomiast za wiążący należy uznać termin wyznaczony mailowo przez osobę wskazaną do kontaktów, chociaż przedmiotowy mail nie został przez nikogo podpisany, nie zaś termin wyznaczony w oficjalnym piśmie przez kierownika Zamawiającego, abstrahując od faktu, iż data podpisania umowy nigdy nie pojawiła się żadnym oficjalnym piśmie podpisanym przez osobę upoważnioną ze strony Zamawiającego.

3. Zamawiający Komenda (...) Policji (...) uznaje, iż:

- 1) termin do wniesienia wymaganego zabezpieczenia wyznaczony w dwóch oficjalnych pismach (28 listopada i 2 grudnia 2014 r.), podpisanych przeze mnie - kierownika Zamawiającego tj. osobę do tego upoważnioną, wiąże Wykonawcę (...);
- 2) wyznaczenie terminu wniesienia zabezpieczenia wskazuje jednocześnie termin podpisania umowy zgodnie ze stanowiskiem Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze właściwym do Spraw Administracji Publicznej zawartym w uzasadnieniu, zgodnie z którym, analogicznie, termin podpisania umowy pośrednio określa termin wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z zapisami wzoru umowy zawartymi w § 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ;
- 3) termin podpisania umowy wskazany przez osobę wyznaczoną do kontaktów z wykonawcami nie jest wiążący albowiem nie była ona upoważniona do dokonania przedmiotowej czynności przez kierownika Zamawiającego;
- 4) zatrzymanie wadium przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp na skutek niewniesienia wymaganego zabezpieczenia nastąpiło w sposób uprawniony, albowiem stanowiło konsekwencję niedotrzymania przez Wykonawcę (...) terminu wyznaczonego przez kierownika Zamawiającego.

W ocenie Obwinionego zaprezentowane powyżej stanowisko Wykonawcy (...) w odniesieniu do wymienionych kluczowych kwestii, w szczególności wyrażonych w pkt. 1 i 3, oparte jest na wątpliwej argumentacji, której przyjęcie oznaczałoby usankcjonowanie zachowań Wykonawcy, który nie tylko nie stosuje się do zapisów przewidzianych w treści SIWZ, ale również do terminów wyznaczonych przez Zamawiającego, dążąc do zawarcia umowy na swoich warunkach, co w świetle przepisów ustawy Pzp jest założeniem nie do przyjęcia i rodzi zasadnicze pytanie w jaki instrument wyposażył Zamawiającego ustawodawca w sytuacji, gdy wybrany wykonawca żąda podpisania z nim umowy przedkładając treść zabezpieczenia niezgodną z treścią SIWZ?

Obwiniony przedstawił pogląd, że po szczegółowej analizie wszystkich aspektów przedmiotowej sprawy należy dojść do wniosku, że winno się skorzystać z rozwiązań przewidzianych przepisem art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, przyjmując następującą sekwencję czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu:

- 1) wyznaczenie przez kierownika Zamawiającego ostatecznego terminu na wniesienie zabezpieczenia przez Wykonawcę (...);
- 2) zatrzymanie wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku jego niewniesienia w wyznaczonym przez kierownika Zamawiającego terminie;
- 3) wybór następnego w kolejności wykonawcy bez dokonywania powtórnej oceny ofert na podstawie przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Na skutek braku wniesienia zabezpieczenia w terminie wyznaczonym przez kierownika Zamawiającego, Zamawiający skorzystał z rozwiązania przewidzianego w przepisie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec zatrzymania wadium, oferta Wykonawcy (...) nie była zabezpieczona wadium, a co za tym idzie straciła przymiot oferty. W takiej sytuacji ustawodawca nie przewiduje ponownego wniesienia wadium. To jednocześnie czyniło niemożliwym zawarcie umowy z Wykonawcą, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium, albowiem zostało one zatrzymane na skutek niewniesienia zabezpieczenia. Natomiast Zamawiający przyznaje słuszność Wykonawcy (...) odnośnie poglądu wyrażonego w pkt. 2, co potwierdza sam zapis treści SIWZ rozdz. XIV, który stanowi, że: „O wyborze oferty zamawiający powiadomi wykonawcę drogą faksową lub elektroniczną, natomiast o terminie podpisania umowy telefonicznie na podany w ofercie nr telefonu stacjonarnego lub komórkowego. W przypadku braku numeru telefonu Zamawiający skorzysta z drogi faksowej lub e-mailowej, a następnie prześle niezwłocznie niniejsze wezwanie pocztą.”

Warunek dotyczący przesłania przez Zamawiającego, drogą pocztową, pisma informującego o terminie podpisania umowy nie został spełniony, a zatem przedmiotowego maila przesłanego przez nieuprawnionego pracownika nie można w żaden sposób traktować, jako wiążącego wyznaczenia terminu podpisania umowy. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest pismo Wykonawcy z dnia 3 grudnia 2014 r., w którym wzywa Zamawiającego do wyznaczenia terminu zawarcia umowy, stwierdzając tym samym, że przedmiotowy termin nie został uprzednio skutecznie wyznaczony przez Zamawiającego - co świadczy, iż Wykonawca znał szczegółowo postanowienia SIWZ w tym zakresie. Na uwagę według Obwinionego zasługuje fakt, iż gdyby Zamawiający dążył do wyznaczenia w sposób wiążący terminu zawarcia umowy, czego słusznie oczekiwał Wykonawca przesyłając w dniu 3 grudnia 2014 r. ww. pismo, to mając na uwadze zapisy rozdziału XIV SIWZ, z całą pewnością nadałby stosowne wezwanie także drogą pocztową.

Wskazując na powyższe okoliczności Obwiniony podsumował, że za jedyny i wiążący należy uznać wyznaczony przez Zamawiającego termin 2 grudnia 2014 r. na wniesienie zabezpieczenia, o którym Wykonawca (...) był niejednokrotnie informowany przez Zamawiającego, choćby w pismach z dnia 28 listopada i 2 grudnia 2014 r., które zostały podpisane przez Obwinionego - osobę upoważnioną. Podkreślenia wymaga bowiem fakt, że Zamawiający był gotowy do zawarcia umowy już w dniu 26 listopada 2014 r. i jedynie na skutek opieszałości Wykonawcy i podejmowania przez niego działań, które mogły budzić wątpliwość co do jego ostatecznych zamiarów, do podpisania umowy nie doszło. Jedynym warunkiem niezbędnym do zawarcia umowy było przedłożenie zabezpieczenia w formie i o treści wymaganej przez Zamawiającego. Spełnienie tego warunku skutkowałoby zawarciem umowy w każdym dniu - począwszy od 26 listopada w którym warunek ten zostałby spełniony. Nie było zatem konieczności wyznaczania daty zawarcia umowy, bowiem samo

podpisanie dokumentu umowy uzależnione było wyłącznie od aktywności Wykonawcy.

Według Obwinionego oczywistym jest, że zawarcie umowy następuje, po dokonanej wcześniej akceptacji projektu gwarancji. Wynika to m.in. z faktu, że Zamawiający powinien mieć czas, aby sprawdzić przedstawiony projekt gwarancji pod kątem jej zgodności z przepisami prawa i zgodności z SIWZ, a nadto aby uzyskać akceptację swojego Zespołu Prawnego. W tym czasie ma miejsce ścisła współpraca pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym, którzy utrzymują ze sobą stały kontakt, przekazując na bieżąco korespondencję w tym zakresie.

W efekcie, według Obwinionego, podpisanie umowy następuje automatycznie z chwilą uzyskania akceptacji przedłożonego wzoru gwarancji przez Zamawiającego, bez konieczności wyznaczenia terminu na podpisanie umowy, co jest powszechnie przyjętą praktyką wśród zamawiających. Przykładem tego jest procedura podpisania umowy z nowo wybranym wykonawcą w tym samym postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp również nie przewidują obowiązku wyznaczenia terminu zawarcia umowy, a przepis art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie wymaga do zatrzymania wadium by kumulatywnie zostały spełnione dwie przesłanki w postaci niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana oraz wyznaczenia terminu podpisania umowy przez zamawiającego.

Natomiast stanowisko prezentowane przez Prezesa UZP, jak ocenił Obwiniony, jest nie tylko niespójne i wewnętrznie sprzeczne, ale także obarczone błędem wynikającym z nieprawidłowego wnioskowania opartego na trzech niewłaściwych założeniach poprzez:

- 1) nadanie osobie wskazanej do kontaktów z wykonawcami przymiotu osoby - decydenta, która tym samym uzyskała status kierownika Zamawiającego, w pełni wchodząc w jego kompetencje. Obwiniony zaznaczył, że osoba wskazana do kontaktów pełni wyłącznie funkcję pośredniczącą w kontaktach pomiędzy Wykonawcą, a decydem, którym jest kierownik Zamawiającego. Gdyby kierownik Zamawiającego chciał wyznaczyć termin podpisania umowy, to zawarłby taką informację w swoim piśmie. Inne podejście do przedmiotowej kwestii powoduje absurdalną konstrukcję, a mianowicie kierownik Zamawiającego w formie pisemnej wyraża swoje stanowisko i formułuje wezwanie, kierując je do wykonawcy, a następnie jego stanowisko jest zmieniane przez osobę wyznaczoną do kontaktów z wykonawcą - żaden sposób do tego nieupoważnioną, która pełni w postępowaniu wyłącznie funkcję techniczną, przekazując wykonawcom pisma kierownika Zamawiającego.

Gdyby kierownik Zamawiającego chciał scedować swoje uprawnienia w tym zakresie na osobę wskazaną do kontaktów z Wykonawcami to z pewnością udzieliłby jej w tym zakresie stosownego upoważnienia. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której osoba wskazana do kontaktów z wykonawcami przekazując informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawartą w oficjalnym piśmie podpisanym przez kierownika Zamawiającego, omyłkowo gratuluje wygranej innemu wykonawcy, aniżeli wybrany, wzywając go jednocześnie do wniesienia zabezpieczenia i podpisania umowy. Obwiniony sformułował pytanie, czy taki mail należałoby uznać za wiążący i podpisać umowę z innym wykonawcą, aniżeli ten, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Uznał to pytanie za retoryczne, ponieważ taki mail nie stanowiłby podstawy do skutecznego egzekwowania zawarcia umowy. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Obwiniony zwrócił uwagę na fakt, że Wykonawca (...) dostrzegając nie tylko niezgodność z przepisami ustawy Pzp z w zakresie art. 9, ale także zapisami rozdz. XIV SIWZ, jak również brak stosownego umocowania, podnosił zarzut nieskuteczności czynności dokonanej przez osobę wyznaczoną do kontaktów z wykonawcami w

przedmiocie wyznaczenia terminu podpisania umowy.

Obwiniony wyjaśnił, że podobna analogia występuje w umowach cywilnoprawnych zawieranych przez osoby do tego upoważnione, które w swoich zapisach mają wskazane osoby do kontaktów, ale nie oznacza to, że osoby te jednocześnie zostały wyposażone w kompetencje przysługujące stronom umowy i np. skutecznie podpisują aneks do umowy, na podstawie którego wprowadzają dowolne zmiany wg własnego uznania, bądź nawet ją wypowiadają.

W tym względzie Obwiniony podzielił pogląd Sądu (...), który w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lipca 2015 r. sygn. akt (...) w sposób jednoznaczny stwierdził, iż cyt.: „poinformowanie (...) o terminie zawarcia umowy odbyło się niewątpliwie z naruszeniem pkt XIV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Co więcej również sam Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w zawiadomieniu podkreśla: „zamawiający przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest związany zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zaś wszelkie zmiany treści bądź interpretacyjne zapisów SIWZ są bezwzględnie zakazane po upływie terminu składnia ofert”, jednakże czyni to jedynie w odniesieniu do zapisu wzoru umowy wyrażonego w § 7 ust.1, przy jednoczesnym dopuszczeniu zmiany w zapisie rozdziału XIV SIWZ po upływie terminu składnia ofert. Taka dowolność w podejściu do kwestii dokonywania modyfikacji po upływie terminu składnia ofert jest w opinii Obwinionego niedopuszczalna i może rodzić poważne konsekwencje negatywne zarówno dla wykonawców, jak i samego zamawiającego, narażając go w ostateczności nawet na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez ograniczanie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie uczestników postępowania.

- 2) przyjęcie błędnego założenia omówionego w punkcie 1) rodzi doniosłe skutki w postaci uznania za wiążący termin podpisania umowy wyznaczony przez osobę nieuprawnioną, z czym nie zgadza się nie tylko Zamawiający (oraz Obwiniony), ale również Wykonawca (...), który kilkakrotnie formułował zarzut w swoich pismach w aspekcie skuteczności wyznaczenia terminu zawarcia umowy, ze względu na niezachowanie formy przewidzianej w treści SIWZ w rozdziale XIV. Trudno nie zgodzić się z takim stanowiskiem, albowiem termin wyznaczony, jak to określa Wykonawca (...) przez enigmatycznego pracownika Zamawiającego, stoi w sprzeczności z terminem wyznaczonym w oficjalnym piśmie przez Zamawiającego notabene przesłanym tego samego dnia i o tej samej godzinie, co mail wysłany przez ww. osobę;
- 3) uznanie, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, albowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający niezasadnie uznał, iż Wykonawca (...) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, co nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym, jak również dokumentacji postępowania w postaci oficjalnych pism Zamawiającego, kierowanych do Wykonawcy (...). W ocenie Zamawiającego (oraz Obwinionego) przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp miał zastosowanie, gdyż wystąpiła jedna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania ww. czynności, a mianowicie brak wniesienia zabezpieczenia. Do zastosowania ww. przepisu nie wymaga się łącznego spełnienia przesłanek tj. niewniesienia zabezpieczenia i uchylania się od zawarcia umowy. Wystarczy ziszczenie się jednej z przesłanek w tym przypadku niewniesienie zabezpieczenia, by można było skutecznie zastosować ww. przepis. Zamawiający wyraźnie podkreśla, iż podwodem zastosowania ww. przepisu było niewniesienie

zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia na co jednoznacznie wskazuje treść rozstrzygnięcia postępowania w dniu 3 grudnia 2014 r. Zamawiający miał pełną świadomość dotyczącą braku możliwości powołania się dodatkowo na przesłankę dotyczącą uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy, co także zasygnalizował w przedmiotowym rozstrzygnięciu, nawiązując do pisma z dnia 28 listopada 2014 r., w którym odwoływał się intencji Wykonawcy, które nie przybrały formy dowodowej.

Gdyby, jak twierdzi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający uznał, że Wykonawca (...) uchyla się od podpisania umowy to już 28 listopada 2014 r. skorzystałby z tej przesłanki, jaką jest uchylanie się od podpisania umowy, a nie kierowałby do niego kolejnego pisma, w którym wyznaczył ostateczny termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy pod rygorem zatrzymania wadium w trybie przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Taka pragmatyka w sposób jednoznaczny wskazuje, iż celem Zamawiającego nie było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownej oceny, albowiem wykonawca, którego oferta została wybrana uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia, jak również celem Zamawiającego nie było zatrzymanie wadium, albowiem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (vide przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp), tylko wobec całkowitej i konsekwentnej negacji zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiocie treści zabezpieczenia z jednoczesnym zamiarem Wykonawcy (...) podpisania umowy na warunkach przez niego określonych - niezgodnych z treścią SIWZ uwzględniających wyłącznie interes Wykonawcy. Nadto treść przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w pełni koresponduje z treścią przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, z którego Zamawiający skorzystał, dokonując rozstrzygnięcia postępowania w dniu 3 grudnia 2014 r., albowiem jest to samodzielna przesłanka niewymagająca wystąpienia dodatkowej okoliczności, o której mowa w punkcie 1 ww. przepisu, w postaci odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przytacza treść pisma z dnia 3 grudnia 2014 r., w którym powoływał się właśnie na zasadę pisemności wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, odwołując się do pisma z dnia 28 listopada 2014 r., w którym wskazywał, iż w korespondencji z Zamawiającym Wykonawca (...) nie dochowywał wymaganej formy pisemnej, mając na uwadze wartość dowodową. To, że Wykonawca (...) nie zachowywał wymaganej formy pisemnej, jak chodzi o składnie oświadczeń, iż nie uchyla się od zawarcia umowy nie oznacza, na tej podstawie można uznać to za dowód uchylania się od podpisania umowy. Takie podejście jest sprzeczne z zasadą pisemności, na którą powoływał się Zamawiający w piśmie z dnia 3 grudnia 2014 r.

Natomiast odnosząc się do kwestii treści wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy zważyć należy, że Zamawiający działając w interesie publicznym, często w celu zaspokojenia potrzeb szerszej zbiorowości, zobowiązany jest ponosić ryzyko przekraczające zwyczajowe ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Wobec powyższego, obowiązkiem Zamawiającego jest skuteczne zabezpieczenie interesów własnych oraz społeczeństwa. Działanie Zamawiającego polegające zatem na dążeniu do zwiększenia odpowiedzialności wykonawców za należyte wykonanie zamówienia jest działaniem uprawnionym, nie uchybiającym zasadzie swobody umów.

W tym względzie Zamawiający K(...)P w (...) w rozdziale XV SIWZ oraz § 7 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał w

pkt 1-6 poszczególne cele zabezpieczenia, jak również zaakcentował, że w złożonej przez Wykonawcę gwarancji powinny znaleźć się zapisy, z których, wynikać będzie, iż zabezpieczenie pokryje kwoty nałożonych na wykonawcę kar umownych za niewykonanie, nienależyte wykonanie lub odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w szczególności z tytułu kar umownych i odsetek wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bądź odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zamawiający w ten sposób zmierzał do optymalnego zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa, tym bardziej, iż przedmiotem postępowania przetargowego było ukończenie rozpoczętej przez innego wykonawcę inwestycji (Zakład Ogólnobudowlany (...)). Inwestycja została zrealizowana jedynie w części przez pierwszego wykonawcę. W toku jej wykonywania zaistniała konieczność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu utraty płynności finansowej wykonawcy, uniemożliwiającej całościowe wykonanie przedmiotu umowy. Stąd Zamawiający w procedurze przetargowej zastosował instrumenty, które w zamyśle miały skutecznie zabezpieczyć go w przyszłości przed negatywnymi skutkami zachowań podejmowanych przez przyszłego wykonawcę (niewypłacalność, brak zgłoszenia podwykonawców).

Na uwagę zasługuje fakt, iż żaden z przystępujących do postępowania wykonawców nie zakwestionował zapisów SIWZ w zakresie wymaganych zabezpieczeń w toku postępowania przetargowego. Po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zwrócił się do wykonawcy firmy (...) o przedłożenie wymaganego wzoru gwarancji ubezpieczeniowej, który miał być zgodny z SIWZ i treścią § 7 ust. 2 wzoru umowy. Uwagi i zastrzeżenia do wzoru gwarancji zostały sprecyzowane w piśmie z dn. 28.11.2014 r. przez Zamawiającego po konsultacji z Zespołem Prawnym i Zespołem Zamówień Publicznych.

Zabezpieczenia zmierzały do zabezpieczenia interesów SP K(...)P w (...) w dwóch zasadniczych obszarach:

- 1) zagwarantowania zgodności gwarancji z wymogami formalnymi SIWZ i § 7 ust. 2 wzoru umowy (w przypadku akceptacji gwarancji niezgodnej z wymogami SIWZ i wzoru umowy Zamawiający był narażony na zarzuty pozostałych oferentów w zakresie co najmniej nierównego traktowania uczestników w prowadzonym postępowaniu przetargowym oraz ewentualnych konsekwencji w postaci karnej odpowiedzialności kierownika zamawiającego za zawarcie umowy niezgodnie w warunkami określonymi w SIWZ).
- 2) koniecznością objęcia zakresem gwarancji przyszłych zdarzeń w zakresie całościowego przedmiotu umowy, a nie tylko zawężenia ich do niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych zdefiniowanych enumeratywnie w odniesieniu do ustawy Pzp w szczególności wobec zdarzeń wynikających z dość częstej praktyki niezgłaszania podwykonawców umowy Zamawiającemu przez wykonawcę, co z reguły znacznie utrudnia możliwość rzetelnego rozliczenia wykonywanych przez nich robót budowlanych i skutkuje przyjęciem solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego i wykonawcy za zobowiązania podwykonawców, które nierzadko ulegają już zaspokojeniu przez Zamawiającego wobec wykonawcy uchylającego się od zapłaty należności dla podwykonawcy oraz innych zdarzeń dotyczących postanowień umowy a niemieszczących się w kategorii robót budowlanych.

Obwiniony podkreślał, że po dokonaniu wyboru oferty złożonej przez (...) wybrany Wykonawca cały czas negocjował potrzebę przedłożenia gwarancji ubezpieczeniowej zgodnej z treścią SIWZ i § 7 ust. 2 wzoru umowy, lecz finalnie dążąc do odzyskania wadium po

dokonaniu wyboru następnego w kolejności wykonawcy, przedłożył wzór gwarancji ubezpieczeniowej spełniający stawiane wymogi formalne przez Zamawiającego, jednak nastąpiło to po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (02.12.2014 r.) w piśmie z dnia 28.11.2014 r. Zamawiający celowo nie wyznaczył terminu podpisania umowy, albowiem było to uzależnione wyłącznie od aktywności Wykonawcy, który miał obowiązek przedstawić w wymaganym terminie treść gwarancji ubezpieczeniowej, czyniącej zadość zapisom treści SIWZ. Spełnienie tego warunku skutkowałoby zawarciem umowy w każdym dniu - począwszy od 26 listopada, w którym warunek ten zostałby spełniony. Jednocześnie Zamawiający uprzedził Wykonawcę, że niezłożenie poprawionej gwarancji lub złożenie jej po terminie skutkować będzie uznaniem, że Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, stanowiącego podstawę zawarcia umowy, co doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych złożonych i ważnych ofert. Zamawiający skorzystał w tym przypadku z uprawnienie określonego w treści art. 94 ust. 3 ustawy Pzp który stanowił, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 cyt. ustawy.

W podsumowaniu odwołania Obwiniony podkreślił jeszcze raz, że, po przedstawieniu rzeczywistego i obiektywnego obrazu przebiegu procedury, wszystkie czynności wykonywane przez Obwinionego, jako kierownika Zamawiającego, były zgodne z nadrzędnymi zasadami finansów publicznych - legalności, przejrzystości i celowości w ramach obowiązujących wykładni literalnych i celowościowych ustawy o finansach publicznych oraz ustawy Pzp.

Obwiniony stoi na stanowisku, że treść regulacji wskazanych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych determinuje, że pracownicy jednostki sektora finansów publicznych będą ponosili odpowiedzialność za czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansowej w sytuacji, gdy zostaną im powierzone określone zadania, a w toku wykonywania przez nich czynności nastąpi umyślne lub nieumyślne działanie powodujące powstanie zdarzenia powodującego naruszenie dyscypliny finansów publicznych - żadne działanie Obwinionego w ramach kompetencji i uprawnień określonych w SIWZ nie doprowadziło do materializacji zdarzeń powodujących naruszenie dyscypliny.

Podejmowane przez Obwinionego w zakresie żądania zabezpieczenia obejmującego gwarancją wszystkie zdarzenia określone szczegółowo w SIWZ świadczą bezwzględnie o przestrzeganiu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - umowa została zwarta z Wykonawcą, który wniósł zabezpieczenie o wymaganej treści określonej w SIWZ, a nie z wykonawcą który tego nie uczynił w wyznaczonym terminie. Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie niewłaściwego działania K(...)P w (...) (po prowadzonej w okresie od grudnia 2014 roku do września 2017 roku kontroli zamówienia) dotyczy wyznaczenia terminu na podpisanie umowy, który wyznaczył samowolnie nieuprawniony pracownik (z którym po zdarzeniu została rozwiązana umowa o pracę) i dotyczy zdarzenia, o którym Obwiniony nie miał wiedzy na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród zabezpieczonych wadium.

Zarówno na etapie przygotowania procedury, w toku jej realizacji oraz na etapie wniesienia zabezpieczenia oraz zawarcia umowy konsekwentnie żądano od wszystkich uczestników postępowania spełnienia jednolitych i niezmiennych wymagań określonych w SIWZ, a wszystkie wymagania proceduralne w zakresie ogłoszenia o zamówieniu, udzielenia

odpowiedzi na pytania, wzywania do uzupełnienia dokumentów, rozstrzygnięcia procedury, żądania wniesienia zabezpieczenia, zawarcia umowy w zakresie czynności podejmowanych przez Obwinionego były dokonywane w wymaganej formie i treści w ramach zadań dotyczących mojego upoważnienia. Powyższe miało na celu skuteczne zabezpieczenie interesów Skarbu Państwa oraz społeczeństwa w ramach działania w interesie publicznym, by uchronić się przed nierzetelnymi wykonawcami, co wpływa negatywnie na cały proces inwestycyjny.

Finalnie Obwiniony podkreślił, że firma wybrana do realizacji zadania dokończyła bez opóźnień budowę nowej siedziby (...) i od 2015 roku służy ona obywatelom, funkcjonariuszom i pracownikom Policji.

Dodatkowo późniejsze życie gospodarcze potwierdziło prawidłowość kierunku określonego w SIWZ w postaci żądania szczegółowych zabezpieczeń w gwarancji - firma (...) wpadła w zatory finansowe i zbankrutowała. Wiele jednostek sektora finansów publicznych, w tym K(...)P (...) dla zadania inwestycyjnego budowa nowej siedziby (...), musiały zawierać umowy z podwykonawcami i dochodzić kar oraz odsetek nie tylko z tytułu niewykonania lub niewłaściwego wykonania robót budowlanych, ale również kar i odsetek dotyczących innych postanowień umowy.

Jak argumentował Obwiniony nie zostały zmaterializowane żadne okoliczności przedmiotowe dotyczące ukarania. Realizacja czynu nie miała charakteru bezprawnego (nie złamano żadnego enumeratywnie określonego przepisu ustawy prawo zamówień publicznych), nie wystąpiły również ustawowe znamiona mogące zakwalifikować zachowanie obwinionego w sposób naganny. Przepisy uondfp nie definiują winy - winą można określić jako subiektywny, inaczej indywidualny, uwarunkowany przeżyciami i poglądami danej osoby stosunek sprawcy do czynu stanowiącego podejrzenie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zachowania Obwinionego w tej trudniej i skomplikowanej sprawie w rzeczywistych okolicznościach i dacie w żaden sposób nie można odnieść do:

- a) działania łamiącego dyscyplinę, czyli czynnym zachowaniu sprawcy, które jest zakazane przez ustawę na gruncie bezwzględnie powiązanych katalogów zdarzeń wynikających ze złamania innych norm prawnych (np. ustawy Pzp);
- b) zaniechaniu, czyli biernym, pasywnym zachowaniu się sprawcy i niedopełnieniu nakazanego obowiązku.

Obwiniony wskazał, że w przypadku jego innego działania w ramach procedury pt. Budowa nowej siedziby (...) - kontynuacja, w danym czasie i miejscu także byłoby przypisać winę w zakresie dyscypliny finansów publicznych:

- a) godząc się na zaproponowane zabezpieczenie niezgodne z treścią SIWZ w zakresie wzoru umowy można by było przypisać Obwinionemu odpowiedzialność wynikającą z treści art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - naruszeniem jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Dodatkowo zgoda dla jednego podmiotu na zmianę treści zabezpieczenia na gorsze - zabezpieczające w mniejszym zakresie ochronę interesów Skarbu Państwa niż wymagania określone w SIWZ jednolite dla wszystkich uczestników postępowania doprowadziło by również do złamania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czyli naczelnych zasad, na jakich opierają się zamówienia publiczne;
- b) nie dokonując identyfikacji oraz analizy zagrożeń związanych z procesem

inwestycyjnym, jak również i nie wdrażając działań eliminujących ryzyko dla Skarbu Państwa w zakresie objęcia zabezpieczeniem wszystkich postanowień umowy zgodnie z SIWZ, a przyjmując rozwiązania narzucane przez wybranego wykonawcę, które wyłącznie zabezpieczały jego interesy, ograniczając zakres ochrony przewidziany we wzorze umowy wyłącznie do określonych przez (...) robót budowlanych i tym samym naruszające jej zapisy, mając wiedzę o nierzetelności wykonawcy, mogłem się spotkać z zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z treścią art. 18 c, w zakresie braku realizacji kontroli zarządczej w jednostce - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce sektora finansów publicznych (której elementem jest proces zarządzania ryzykiem), jeżeli miało ono wpływ na uszczuplenie (potencjalnych przyszłych wpływów z zabezpieczenia) oraz zawarcie umowy z wykonawcą, który nie został wybrany z godnie z przepisami ustawy (nie wniósł w wyznaczonym przez osobę upoważnioną terminie zabezpieczenie zgodnie z SIWZ).

Obwiniony wyjaśnił, że jego celem na każdy etapie procesu decyzyjnego było dbanie o interesy Skarbu Państwa w sprawie skomplikowanej i trudnej którą kolejne organy rozpatrywały kilkadziesiąt miesięcy. Interes Skarbu Państwa dotyczył zarówno zabezpieczenia gwarancją budowy nowej Komendy (...) Policji (...) finansowanej ze środków publicznych, wykorzystania w danym roku budżetowym środków wygasających w danym roku niezbędnych do dokończenia budowy oraz szybkim zakończeniem budowy w celu rozwiązania umowy dzierżawy z podmiotem prywatnym obiektu dotychczasowej siedziby (...), generującej koszty ponad 180 tys. zł rocznie.

W kontekście ewentualnego odstąpienia od wymiaru kary Obwiniony wniósł o uwzględnienie czasookresu który upłynął od zdarzenia oraz zaangażowania Obwinionego w wyjaśnianie jego działań przez wieloma organami, które to działania same w sobie spowodowały potężne oddziaływanie na moją osobę w zakresie świadomości ładu finansów publicznych zarówno w zakresie prewencyjnym jak i dyscyplinującym.

Uwzględniając powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także „GKO”) ustaliła i zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu w dniach 11 kwietnia i 30 maja 2019 r. rozprawy przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Pani Anny Rotter, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, uchyliła zaskarżone orzeczenie MKO w części dotyczącej wymierzenia Obwinionemu kary upomnienia i odstąpiła od wymierzenia kary.

Główna Komisja Orzekająca nie podzieliła stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika, który wniósł o oddalenie odwołania.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 uondfp, GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

GKO w pierwszej kolejności dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 uondfp nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były

względniejsze dla sprawcy. Do oceny popełnienia przedmiotowych czynów, GKO postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, uznając iż przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego czynu nie są względniejsze dla Obwinionego (merytorycznie ich treść nie uległa zmianie).

W przedmiotowej sprawie Obwinionemu został przypisany czyn z art. 17 ust. 1c uondfp, który stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b, i 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej.

Naruszonym przepisem ustawy Pzp jest art. 94 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do brzmienia art. 94 ust. 3 ustawy Pzp: „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1”. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Dla przypisania odpowiedzialności z art. 17 ust. 1c uondfp należało ustalić, czy w toku postępowania przetargowego naruszono przepisy ustawy o zamówieniach publicznych, czy istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy naruszeniem a wynikiem tego postępowania oraz czy udzielono zamówienia publicznego.

GKO uznała, że Komisja Orzekająca I instancji prawidłowo dokonała subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod obowiązujące normy prawne, co zostało uzasadnione szczegółowo w dalszej części uzasadnienia.

Główna Komisja Orzekająca dokonując, w związku z wniesionym odwołaniem, kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia stwierdziła okoliczności uzasadniające, w oparciu o kompetencję wynikającą z art. 147 ust. 1 pkt uondfp, uchylenie rozstrzygnięcia Komisji Orzekającej w części dotyczącej orzeczonej wobec Obwinionego kary upomnienia i odstąpiła od wymierzenia kary.

W pierwszej kolejności GKO wskazuje, że rozstrzygnięcie MKO jest prawidłowe pod względem formalnym. Zawiera elementy przedmiotowo istotne, wskazane w art. 135 ust. 2 i ust. 3 uondfp.

Weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia MKO doprowadziła GKO także do wniosku, że Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody.

Odmienne poglądy w tym zakresie przedstawił natomiast Obwiniony. Jeden z zarzutów sformułowanych przez Obwinionego we wniesionym odwołaniu dotyczy dokonania przez MKO błędnej oceny materiału dowodowego, polegającej na:

- 1) błędnie w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, które miało wpływ na treść orzeczenia, w szczególności maili wysłanych przez Panią (...) do Wykonawcy (...) dotyczących samowolnego wyznaczenia przez nią terminu podpisania umowy na 3 grudnia 2014 r. bez jakiegokolwiek konsultacji i uzgodnień z Obwinionym - co zostało

potwierdzone w toku przesłuchania byłego pracownika Policji przed Sądem (...) (Sądem (...), w sprawie sygn. akt (...)) oraz składanych w tym zakresie wyjaśnień przez Obwinionego, w których w sposób jednoznaczny i konsekwentny stwierdzał, opierając się na podpisanych przez siebie dokumentach, że wyznaczył on jedynie termin do wniesienia zabezpieczenia (do 2 grudnia 2014 r.).

- 2) uznaniu przez MKO, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, albowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający niezasadnie uznał, iż Wykonawca (...) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, co nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym, jak również dokumentacji postępowania w postaci oficjalnych pism Zamawiającego, kierowanych do Wykonawcy (...). Powyższą błędną oceną materiału dowodowego, jak również błąd w ustaleniach faktycznych w konsekwencji doprowadziło do ukarania Obwinionego, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że Obwiniony nie dopuścił się popełnienia zarzucanego mu czynu.

Z powyższymi zarzutami ściśle powiązany jest sformułowany przez Obwinionego zarzut obrazy przez MKO przepisów prawa, tj. art. 17 ust. 1c uoondfp poprzez ich rozszerzającą interpretację i niewłaściwe zastosowanie w odniesieniu do przepisów ustawy Pzp, co zdaniem Obwinionego skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia wymienionego przepisu, w sytuacji, w której z zebranego materiału dowodowego wynika, że nie doszło do złamania przepisów ustawy Pzp, a wszystkie działania dążyły do ochrony interesów Skarbu Państwa oraz jednolitego stosowania wymagań określonych w SIWZ wobec wszystkich uczestników postępowania, a oceniane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami, a Obwiniony nie ponosi winy.

Odnosząc się do zarzutu popełnienia przez MKO błędu w ustaleniach faktycznych, Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że zarzut ten nie jest zasadny.

Analiza treści wniesionego odwołania wskazuje, że Obwiniony uznaje za błąd w ustaleniach faktycznych:

- 1) ustalenie przez MKO, że Obwiniony wyznaczył Wykonawcy (...) termin podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 r.;
- 2) ustalenie przez MKO, że Wykonawca (...) nie uchylał się od zawarcia umowy a przedłożona przez Wykonawcę (...) ubezpieczeniowa gwarancja należytego wykonania i właściwego usunięcia wad, a wcześniej przedłożony projekt tejsze gwarancji były zgodne z odpowiednimi postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz z postanowieniami stanowiącego załącznik do SIWZ wzoru umowy o roboty budowlane a także, że udzielona przez gwaranta tj. (...) Zamawiającemu ochrona ubezpieczeniowa obejmowała również roszczenie Zamawiającego względem Wykonawcy z tytułu kar umownych i odsetek, co skutkowało uznaniem przez MKO, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, albowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający niezasadnie uznał, iż Wykonawca (...) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, Komisja Orzekająca I instancji w sposób wyjątkowo staranny, skrupulatny i szczegółowy ustaliła oraz opisała przebieg zdarzeń, a także działań podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców (...) oraz (...)w okresie od dnia 20 listopada 2014 r. tj. daty wyboru oferty najkorzystniejszej do dnia 3 grudnia 2014 r. tj. daty podpisania przez Zamawiającego z Wykonawcą (...) umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz złożenia przez Wykonawcę (...) ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr (...) wystawionej przez Towarzystwo (...) wraz z aneksem nr 1 do tej gwarancji, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...) - budowa nowej (...) – kontynuacja”.

Główna Komisja Orzekająca przeanalizowała szczegółowo treść wyjaśnień Obwinionego złożonych w toku postępowania przed MKO oraz treść odwołania w celu ustalenia, z jakich przyczyn Obwiniony sformułował wobec Komisji Orzekającej I instancji zarzuty dotyczące błędów w ustaleniach faktycznych.

Ad 1)

W zakresie dotyczącym wyznaczenia Wykonawcy (...) terminu podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 r. Obwiniony nie podzielił stanowiska Komisji Orzekającej wyrażonego w orzeczeniu, że odpowiada za „wyznaczenie” terminu podpisania umowy. Wyjaśnił, że są postanowienia SIWZ wskazujące osoby uprawnione do określonych czynności i przewidzianą formę realizacji tych czynności. Według Obwinionego Komisja Orzekająca wykazała, że Zastępca Komendanta (Obwiniony) nie poinformował o terminie zawarcia umowy, a zrobił to pracownik z naruszeniem pkt XVI SIWZ jednak przypisała odpowiedzialność Obwinionemu. Obwiniony wskazywał, że jako zastępca Komendanta (...) Policji (...) realizujący określone czynności w procedurze odpowiadał za swoje działania decyzyjne zgodnie z treścią SIWZ realizowane w formie zgodnej z danymi formalno-prawnymi przypisanymi Obwinionemu w realizowanej procedurze. Wyzaczył termin wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i zgodnie z zajęтым w tej sprawie stanowiskiem Prezesa UZP, KIO, jak również przytoczonego stanowiska doktryny oraz orzecznictwa było to nie tylko prawo Obwinionego, a wręcz obowiązek. Natomiast Obwiniony nie wyznaczył terminu podpisania umowy, co – jego zdaniem - jest mu niesłusznie przypisywane.

Ponadto Obwiniony stoi na stanowisku, że wyznaczenie przez pracownika Zamawiającego, Panią (...), terminu podpisania umowy na 3 grudnia 2014 r. nastąpiło bez jakiegokolwiek konsultacji i uzgodnień z Obwinionym, a Obwiniony dowiedział się o wyznaczeniu terminu zawarcia umowy dopiero w dniu 4 grudnia 2014 r.

Obwiniony twierdzi jednocześnie, że wyznaczył Wykonawcy (...) termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na dzień 2 grudnia 2014 r., a niedotrzymanie tego terminu przez Wykonawcę (...) skutkowało materializacją przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp (zatrzymane wadium), a w konsekwencji przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp (wybór najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny ze względu na uchylanie się wykonawcy, którego oferta została wybrana od zawarcia umowy lub niewniesienie przez niego zabezpieczenia należytego wykonania umowy).

Z treści wniesionego odwołania wynika, że Obwiniony uważa, że wyznaczony przez niego termin 2 grudnia 2014 r. na wniesienie przez Wykonawcę (...) zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wymaganej przez Zamawiającego treści powinien być przez MKO interpretowany jako wyznaczenie terminu zawarcia umowy.

Taki wniosek, w ocenie GKO, wynika z fragmentu odwołania, w którym Obwiniony wykazuje, że zgodnie ze stanowiskiem MKO zawartym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, jeżeli wyznaczenie terminu popisanania umowy pośrednio określa termin wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to analogicznie, wyznaczenie terminu wniesienia zabezpieczenia wskazuje jednocześnie termin podpisania umowy, zgodnie z zapisami wzoru umowy zawartymi w § 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Ponadto przypomnienia w tym kontekście wymaga, że Obwiniony w toku postępowania przed MKO podkreślał, że *za jedyny i wiążący należy uznać wyznaczony przez Zamawiającego termin 02 grudnia 2014 r. na wniesienie zabezpieczenia, o którym Wykonawca (...) był niejednokrotnie informowany przez Zamawiającego, choćby w pismach z dnia 28 listopada i 02 grudnia 2014 r., które zostały podpisane przeze mnie – osobę upoważnioną*”. W tym zakresie Obwiniony nie podzielił także stanowiska Prezesa UZP, wskazującego na brak wiążącego charakteru terminu wyznaczonego Wykonawcy na wniesienie zabezpieczenia. Wskazał także, że nie było w jego ocenie konieczności wyznaczania daty zawarcia umowy, bowiem samo podpisanie dokumentu umowy uzależnione było wyłącznie od aktywności Wykonawcy, zwłaszcza, że przepisy ustawy Pzp *„również nie przewidują obowiązku wyznaczania terminu zawarcia umowy”*. Obwiniony wskazał, że *„celowo nie wyznaczył terminu podpisania umowy, albowiem było to uzależnione wyłącznie od aktywności Wykonawcy, który miał obowiązek przedstawić w wymaganym terminie treść gwarancji ubezpieczeniowej, czyniącej zadość zapisom treści SIWZ” (...)*;

Dodatkowo, w ocenie Obwinionego, również zastosowane przez Komisję Orzekającą określenie „tryb roboczy” w odniesieniu do procedury ustalenia terminu na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie znajduje umocowania ani w przepisach ustawy Pzp, ani w zapisach SIWZ i można je uznać za nadinterpretację, która jest zarzucana Obwinionemu. Obwiniony przedstawił w tym zakresie pogląd, że każda czynność w postępowaniu w postaci wezwania Wykonawcy do określonego zachowania w tym przypadku do wniesienia zabezpieczenia musi być obwarowana wyznaczeniem terminu, w przeciwnym razie takie wezwanie byłoby nieskuteczne i wpływałoby na przewlekłość postępowania. Wskazał, że podobnie jest w sytuacji przewidzianej w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który reguluje postępowanie wyjaśniające, zmierzające do ustalenia, czy w postępowaniu o zamówienie publiczne złożono oferty zawierające rażąco niską cenę lub koszt.

Główna Komisja Orzekająca stoi na stanowisku, że powyższa argumentacja przedstawiona przez Obwinionego w odwołaniu oraz w toku postępowania przed MKO w zakresie dotyczącym wyznaczenia Wykonawcy (...) terminu podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 r. jest wewnątrznie sprzeczna i nielogiczna, przez co nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto, w ocenie GKO, Obwiniony stawiając Komisji Orzekającej I instancji zarzut dotyczący błędów w ustaleniach faktycznych w istocie polemizuje jednocześnie z dokonaną przez MKO oceną prawną ustalonych w toku postępowania faktów.

Odnosząc się do kwestii wyznaczenia terminu zawarcia umowy, Główna Komisja Orzekająca podziela stanowisko prezentowane w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 16 października 2018 r., sygn. akt: BMO-361-1-2/2018, zawiadomieniu Prezesa UZP oraz we wniosku o ukaranie, że *termin zawarcia umowy w dniu 3 grudnia 2014 r. był dla Zamawiającego wiążący. Termin ten został określony w e-mailu z dnia 28 listopada 2014 roku, z godz. 14:45. Wiadomość ta została przesłana do Wykonawcy przez Zespół do Spraw Zamówień Publicznych (...), przez - jak wynika z wyjaśnień złożonych w czasie rozprawy przez Obwinionego – Panią (...), pracownika wyznaczonego w pkt. VII ust. 5 SIWZ do porozumiewania się z wykonawcami. Wiadomość ta została potwierdzona w kolejnym e-mailu Zespołu Zamówień Publicznych (...) do Wykonawcy w dniu 1 grudnia 2014 roku, o godz. 14:13. W e-mailu tym wskazano, że*

wyznaczenie terminu podpisania umowy na dzień 3 grudnia 2014 r. jest związane z wyjazdem Komendanta (...) Policji – na odprawę. Ponadto Zamawiający dopuścił w SIWZ (pkt VII oraz pkt XIV) jako jedną z form porozumiewania się z wykonawcami – drogę elektroniczną. Mając powyższe na uwadze oraz związanie Zamawiającego przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapisami SIWZ oraz zakazem ich zmiany lub zmian interpretacyjnych po upływie terminu składania ofert. Komisja Orzekająca przyjęła, w ocenie GKO, w pełni zasadnie, że brak jest podstaw faktycznych i prawnych do kwestionowania przez Obwinionego skuteczności zawiadomienia Wykonawcy o terminie podpisania umowy.

Komisja Orzekająca I instancji słusznie uznała, że chociaż powiadomienie o terminie podpisania umowy zostało dokonane z naruszeniem pkt XIV SIWZ, to nie powodowało nieskuteczności, ani nieważności tej czynności. Brak jest bowiem przepisu prawa, który przewidywałby taki skutek, a samo powiadomienie co do terminu było konkretnie i jednoznacznie sformułowane i nic nie wskazuje na jego „orientacyjny” charakter.

Obwiniony powołał się w analizowanym zakresie także na pogląd Sądu (...), który w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lipca 2015 r. sygn. akt (...) w sposób jednoznaczny stwierdził, że „poinformowanie (...) o terminie zawarcia umowy odbyło się niewątpliwie z naruszeniem pkt. XIV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

Główna Komisja Orzekająca przeanalizowała szczegółowo wskazane orzeczenie S(...) i stwierdza, że Obwiniony w sposób wybiórczy, instrumentalny i oderwany od kontekstu całej analizy przeprowadzonej przez (...) posłużył się ww. cytatem. W istocie w bezpośrednio poprzedzającym fragmencie uzasadnienia S(...) poczynił następujące ustalenia:

(...) Forma oraz sposób przekazania informacji o terminie zawarcia umowy zostały jednakże uregulowane w osobnym punkcie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. w punkcie XIV w którym stwierdza się, że o terminie podpisania umowy zamawiający powiadomi wykonawcę telefonicznie na podany w ofercie numer telefonu stacjonarnego lub komórkowego. W przypadku braku numeru telefonu zamawiający skorzysta z usługi faksowej lub e-mailowej, a następnie prześle niezwłocznie wezwanie pocztą (k. 73, 155). Z treści tego postanowienia SIWZ wynika, że poinformowanie wykonawcy o terminie zawarcia umowy powinno nastąpić telefonicznie, a dopiero w przypadku braku numeru telefonu zamawiający mógł skorzystać z drogi faksowej lub e-mailowej. Powinien także przesać niezwłocznie wezwanie pocztą. Z okoliczności niniejszej sprawy wynika, że zamawiający znał numer telefonu powodowej spółki, chociażby już tylko z tego względu, że spółka miała swoje biuro i to w dwóch punktach miasta, a także osoby zatrudnione do obsługi kancelaryjnej, biurowej, w związku z czym - jak można zasadnie sądzić kierując się zasadami doświadczenia życiowego - z pewnością posiadała także ogólnodostępne znane środki łączności. Ponadto, wiceprezes zarządu „(...) kontaktował się telefonicznie z Zastępcą Komendanta (...) Policji (...), który - jak wynika z jego zeznań złożonych w niniejszej sprawie - miał numer telefonu (...)w swoim telefonie komórkowym. Pomimo tego zamawiający nie zawiadomił jednakże powodowej spółki o terminie zawarcia umowy telefonicznie, ani też w formie pisemnej, która - zgodnie z treścią art. 27 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - zawsze była dopuszczalna i prawidłowa. Uczynił to natomiast drogą elektroniczną, najpierw w e-mailu z 28 listopada 2014 roku (k. 24,316), a następnie w e-mailu z 1 grudnia 2014 roku (k. 319). (...)”.

Główna Komisja orzekająca podziela także stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn.. akt (...), że zaniechanie wysłania powyższego pisma drogą pocztową nie przesądza o nieważności przekazanych informacji, a jedynie o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie rozdziału XIV SIWZ. Co istotne, Wykonawca (...) nie miał świadomości, że pracownik Zamawiającego nie był uprawniony do działania w jego imieniu (jak twierdzi Zamawiający),

choć był wprost wskazany w SIWZ do kontaktu z wykonawcami. Zatem, należy domniemywać, iż wszelkie czynności dokonywane przez ww. Wykonawcę, zmierzające do podpisania umowy w terminie 3 grudnia 2014 r., były dokonywane w dobrej wierze. Jakikolwiek rozbieżności Zamawiającego w treści przesyłanych przez Zamawiającego wezwań, nie mogły być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy.

Warto także zaakcentować, że Komisja Orzekająca I instancji prawidłowo oceniła, że gdyby nawet hipotetycznie podzielić stanowisko Obwinionego co do tego, że termin na podpisanie umowy nie został w sposób skuteczny i wiążący wyznaczony, to w takim razie – w dniu, w którym Wykonawca (...) wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy tj. w dniu 3 grudnia 2014 r. uczyniłby to w jak najbardziej prawidłowy i terminowy sposób, z powodu braku cenzusu czasowego wyznaczonego przez Zamawiającego, czyli braku powiadomienia/informacji o terminie podpisania umowy.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza także, że Obwiniony prezentując swoje stanowisko w analizowanej kwestii konsekwentnie pomija okoliczność, że Zamawiający Komenda (...) Policji (...), reprezentowana przez Obwinionego, w ramach postępowania przetargowego na realizację zadania pod nazwą „(...) - budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja” w SIWZ, w § 7 ust. 1 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 6 do SIWZ) zawarł jednoznacznie brzmiące postanowienie, że zabezpieczenie zostanie wniesione przez wykonawcę w formach przewidzianych w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp, najpóźniej w dniu zawarcia umowy.

Jak słusznie zauważył Sąd (...) w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 lipca 2015 r., w sprawie sygn. akt (...), termin ten był wiążący tak dla Zamawiającego, jak i Wykonawców, przy czym zauważyć należy, że określał o jedynie końcowy ostateczny moment, w jakim Wykonawca mógł wnieść zabezpieczenie, wiążąc go z terminem zawarcia samej umowy o roboty budowlane. Nic jednakże nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający i Wykonawca uzgodnili wcześniejszy termin wniesienia zabezpieczenia, zwłaszcza gdy - tak jak w tej sprawie - Zamawiający chciał się wcześniej zapoznać z treścią projektu ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania umowy. Uzgodnienia te nie mogły jednakże w żadnym razie niweczyć przewidzianego we wzorze umowy o roboty budowlane, stanowiącym integralną część treści SIWZ, uprawnienia Wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy najpóźniej w dniu zawarcia umowy. Reasumując stwierdzić należy, że Wykonawca mógł wcześniej złożyć zabezpieczenie należytego wykonania umowy, jednakże mógł to również uczynić w dniu zawarcia umowy. Tylko ten ostatni termin był terminem wiążącym i nieprzekraczalnym i w konsekwencji tylko przekroczenie tego terminu polegające na niewniesieniu przez Wykonawcę do dnia zawarcia umowy o roboty budowlane zabezpieczenia należytego wykonania umowy, aktualizowało określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp uprawnienie Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, a także uprawnienie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp do wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.

Główna Komisja Orzekająca podziela także stanowisko prezentowane przez S(...), że żaden przepis ustawy, ani postanowienie SIWZ oraz wzoru umowy o roboty budowlane, nie nakładały na Wykonawcę obowiązku wcześniejszego, tj. przed dniem podpisania umowy, przedstawienia projektu gwarancji ubezpieczeniowej (bądź innego zabezpieczenia), a skoro tak to tym bardziej nieprzedłożenie przez Wykonawcę takiego dokumentu o treści odpowiadającej wymogom wynikającym ze SIWZ oraz wzoru umowy (niezgodnego w ocenie zamawiającego) do czasu zawarcia umowy, nie mogło skutkować utratą przez wykonawcę uprawnienia do skutecznego złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w dniu jej zawarcia.

Byt prawny zabezpieczenia zależy od istnienia stosunku zobowiązaniowego pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym w tym sensie, że nie może ono powstać bez umowy w sprawie zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Sądu (...) z dnia 18 lipca 2013 r., (...) fakt, iż zamawiający ma wyłącznie prawo, a nie obowiązek ustawowy żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wskazuje na to, że wniesienie zabezpieczenia nie jest nigdy elementem konstrukcyjnym umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz odrębnym zobowiązaniem o niesamoistnym charakterze.

Przepisy ustawy Pzp nie określają terminu wniesienia zabezpieczenia. Możliwe jest określenie w SIWZ szczegółowych wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym także terminu jego wniesienia najpóźniej w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 15 Pzp). Niedopuszczalne natomiast jest wniesienie zabezpieczenia już po podpisaniu umowy. Wniosek taki wynika z obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, prowadzenia postępowania z należytą starannością.

W rozpatrywanej sprawie termin wniesienia zabezpieczenia został przez Zamawiającego w § 7 ust. 1 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 6 do SIWZ) powiązany z terminem zawarcia umowy (zabezpieczenie należało złożyć najpóźniej w dniu zawarcia umowy) i to postanowienie nie mogło być zmodyfikowane przez Obwinionego po terminie składania ofert poprzez jakiegokolwiek oświadczenie stojące w sprzeczności z treścią § 7 ust. 1 wzoru umowy. Przypomnieć należy, że Obwiniony wielokrotnie podkreślał w kontekście treści § 7 ust. 2 wzoru umowy, który odnosił się do zakresu przedmiotowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, że po otwarciu ofert nie mógł dopuścić do jakiegokolwiek zmiany w treści dokumentacji postępowania przez Wykonawcę (...), stąd wykonawca ten wielokrotnie był wzywany przez kierownika Zamawiającego do wniesienia zabezpieczenia o treści zgodnej z treścią SIWZ. GKO zauważa, że analogicznie Obwiniony swoim działaniem nie powinien modyfikować terminu na wniesienie przez Wykonawcę (...) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zgodnie z treścią § 7 ust. 1 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego mogło by wniesione najpóźniej w dniu zawarcia umowy.

Dlatego jako niewiarygodne i niezgodne z ustalonym przez GKO i Komisję Orzekającą I instancji stanem faktycznym, należy uznać stanowisko Obwinionego, że nie wyznaczając Wykonawcy terminu zawarcia umowy (tj. 2 grudnia 2014 r.) mógł jednocześnie w sposób wiążący wyznaczyć termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania, a niedotrzymanie tego terminu przez Wykonawcę uznać za wystarczającą podstawę do zatrzymania wadium i wyboru oferty innego Wykonawcy w trybie określonym w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Główna Komisja Orzekająca nie podziela też zapatrywania Obwinionego, że termin zawarcia umowy był uzależniony wyłącznie od aktywności Wykonawcy, który miał obowiązek przedstawić w wymaganym terminie treść gwarancji ubezpieczeniowej, zgodnej z postanowieniami SIWZ i wzoru umowy. Obwiniony uważa, że w takim przypadku data wniesienia zabezpieczenia przez Wykonawcę determinuje datę zawarcia umowy, bez jakiegokolwiek dodatkowej aktywności Zamawiającego w kwestii wyznaczenia daty zawarcia umowy. Taka zależność, według oceny GKO, nie wynika ani z treści § 7 ust. 1 wzoru umowy ani z innych postanowień SIWZ, a tym bardziej z treści przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z SIWZ na Zamawiającym ciążył obowiązek powiadomienia/poinformowania Wykonawcy o terminie podpisania umowy.

GKO zwraca uwagę, że w praktyce stosowania przepisów ustawy Pzp w zakresie procedury wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeśli zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest wnoszone w formie innej niż pieniądz, dla Wykonawcy, gwaranta

oraz Zamawiającego wskazanie przez Zamawiającego daty zawarcia umowy jest kluczowe, ponieważ od tej daty liczony jest termin obowiązywania zabezpieczenia, a także wyliczane są terminy obowiązywania zabezpieczenia w okresie rękojmi za wady i powiązana z tymi datami kwestia proporcjonalnego zmniejszenia koty zabezpieczenia, a także termin zwrotu zabezpieczenia. Wszystkie te dane (daty i kwoty) powinny znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji i zazwyczaj są skrupulatnie sprawdzane przez służby finansowo-księgowo poszczególnych zamawiających. Zgodnie bowiem z art. 151 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. W myśl ustępu 2 kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Z kolei ustęp 3. Tego przepisu stanowi, że kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

Wyznaczenie daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest prerogatywą Zamawiającego, a niewyznaczenie tej daty w praktyce niweczy, a co najmniej istotnie utrudnia, przygotowanie zgodnego z wymaganiami Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie innej niż pieniądź.

Skoro, jak twierdził wielokrotnie w toku postępowania przed MKO Obwiniony, Obwiniony nie wyznaczył terminu zawarcia umowy to chociażby z tego powodu nie mógł, w ocenie Głównej Komisji Orzekającej, skutecznie skorzystać z określonego w art. 46 ust. 5 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp uprawnienia Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, a także z uprawnienia wynikającego z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp do wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.

Ad 2)

MKO wyjaśniła w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp zawiera w swojej treści dwie niezależne przesłanki umożliwiające zamawiającemu dokonanie tzw. „zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej”. Pierwszą z nich jest uchylanie się wybranego „zwycięskiego” wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Drugą przesłanką zastosowania instytucji uregulowanej przez ustawodawcę w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jest niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Obwiniony w toku postępowania przed MKO oraz w odwołaniu uznał za nietrafne ustalenia przez MKO, że Wykonawca (...) nie uchylał się od zawarcia umowy a przedłożona przez Wykonawcę (...) ubezpieczeniowa gwarancja należytego wykonania i właściwego usunięcia wad, a wcześniej przedłożony projekt tejże gwarancji były zgodne z odpowiednimi postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz z postanowieniami stanowiącego załącznik do SIWZ wzoru umowy o roboty budowlane a także, że udzielona przez gwaranta tj. (...)w Warszawie zamawiającemu ochrona ubezpieczeniowa obejmowała również roszczenie zamawiającego względem wykonawcy z tytułu kar umownych i odsetek. Według Obwinionego te błędy w ustaleniach faktycznych skutkowały uznaniem przez MKO, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, albowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający niezasadnie uznał, iż Wykonawca (...) nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy.

Co do poczynionego przez MKO ustalenia, że Wykonawca (...) nie uchylał się od zawarcia umowy, Główna Komisja Orzekająca na podstawie analizy stanowisk prezentowanych w

toku postępowania przez Obwinionego ustaliła, że Obwiniony, w istocie temu ustaleniu Komisji Orzekającej I instancji nie zaprzecza, chociaż pomimo tego w niektórych swoich wystąpieniach Obwiniony prezentuje stanowisko przeciwne. Z prezentowanego przez Obwinionego stanowiska wynika, że Zamawiający miał jednak pełną świadomość dotyczącą braku możliwości powołania się dodatkowo na przesłankę dotyczącą uchylania się przez Wykonawcę od zawarcia umowy, co także zasygnalizował w przedmiotowym rozstrzygnięciu, nawiązując do pisma z dnia 28 listopada 2014 r., w którym odwoływał się do intencji Wykonawcy, które nie przybrały formy dowodowej. Gdyby, jak twierdzi Prezes UZP, Zamawiający uznał, że Wykonawca (...) uchyla się od podpisania umowy to już 28 listopada 2014 r. skorzystałby z tej przesłanki, jaką jest uchylanie się od podpisania umowy, a nie kierowałby do niego kolejnego pisma, w którym wyznaczył ostateczny termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy pod rygorem zatrzymania wadium w trybie przepisu art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Obwiniony argumentował także, że w żadnym z pism, na które powołuje się MKO nie pojawia się, jako podstawa prawna art. 94 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Obwinionego przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp miał jednak zastosowanie, gdyż wystąpiła druga z przesłanek uprawniających Zamawiającego do dokonania wskazanej czynności, a mianowicie brak wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Wykonawcę (...) Obwiniony wyjaśnił, że do zastosowania tego przepisu nie wymaga się łącznego spełnienia przesłanek, tj. niewniesienia zabezpieczenia i uchylania się od zawarcia umowy. Wystarczy ziszczenie się jednej z przesłanek w tym przypadku niewniesienia zabezpieczenia, by można było skutecznie zastosować przepis. Obwiniony wyraźnie podkreślił, iż podwodem zastosowania przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp było niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia na co, zdaniem Obwinionego, jednoznacznie wskazuje treść rozstrzygnięcia postępowania w dniu 3 grudnia 2014 r.

Według Obwinionego nie sposób się zgodzić również ze stanowiskiem Komisji Orzekającej w zakresie tożsamości treści zabezpieczenia dotyczącego złożonego przez Wykonawcę wzoru gwarancji zabezpieczającego wyłącznie niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie robót budowlanych z określonym w SIWZ i żądanym przez zamawiającego zabezpieczeniem dotyczącym niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (w tym kar i odsetek). Obwiniony argumentował, że obowiązująca od dnia 20 lutego 2013 roku przypisana do ustawy prawo zamówień publicznych definicja robót budowlanych dotyczy enumeratywnie określonych prac w których zakresie w żaden sposób nie ujawniono rozliczeń z podwykonawcami, zgłoszeń podwykonawców zabezpieczenia zaliczek - co było przedmiotem umowy i zgodnie z SIWZ musiało być zabezpieczone w odniesieniu do przyszłych ryzyk wg równych zasad dla wszystkich uczestników postępowania zarówno tych aktywnych w toku procedury, jak i pozostałej grupy wykonawców, albowiem obie te grupy, na równych zasadach, są wyposażone w uprawnienie do kontrolowania działań zamawiającego podejmowanych zarówno na etapie zawierania, jak i realizacji umowy.

Także w tym zakresie Główna Komisja Orzekająca nie podziela przedstawionej przez Obwinionego argumentacji, uznając za w pełni prawidłowe ustalenia faktyczne i analizę prawną zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia MKO.

Podstawę prawną żądania Zamawiającego wniesienia przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi art. 147 ust. 1 Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (art. 147 ust. 2 ustawy Pzp). Dopuszczalne formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostały natomiast określone przez ustawodawcę w art. 148 ust. 1 i 2

ustawy Pzp. Z treści art. 147 ustawy Pzp wynika, że ustawodawca określił cel, jakiemu może służyć zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnoszone przez wykonawcę wskazując, iż służy ono pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.. Nie jest zatem możliwe ustanowienie zabezpieczenia, o jakim mowa w tym przepisie, w celu pokrycia jakichkolwiek innych roszczeń zamawiającego względem wykonawcy, a zatem nie będących konsekwencją niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

We wzorze umowy o roboty budowlane, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest wnieść w formach przewidzianych w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy, najpóźniej w dniu zawarcia umowy (§ 7 ust. 1 wzoru umowy). Zabezpieczenie miało służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w szczególności kar umownych i odsetek (§ 7 ust. 2 wzoru umowy).

Główna Komisja Orzekająca podziela w pełni stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku S(...) z dnia 30 lipca 2015 r., w sprawie sygn. akt (...), że kara umowna jest roszczeniem związanym z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Na powyższe wskazuje już treść i wykładnia art. 483 § 1 k.c. oraz art. 484 § 1 k.c. Pierwszy z tych przepisów stanowi, iż można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W myśl natomiast art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Kara umowna jest rodzajem odszkodowania za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zastępuje to odszkodowanie. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a zatem przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określone są przez pryzmat ogólnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Nie ulega więc wątpliwości, że z zabezpieczenia należytego wykonania umowy można dochodzić kar umownych.

Nieuzasadnione jest stanowisko Obwinionego, że przedłożony przez Wykonawcę (...) projekt ubezpieczeniowej gwarancji nie był zgodny z wzorem umowy o roboty budowlane i nie spełniał wymogów postawionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację ww. inwestycji przez Zamawiającego., ponieważ w treści zabezpieczenia nie wymieniono kar umownych i odsetek, pomimo iż zamawiający wyraźnie określił w § 7 ust. 2 wzoru umowy o roboty budowlane zakres zabezpieczenia z tego tytułu, a zamiarem Zamawiającego było objęcie zabezpieczeniem również przypadków określonych w § 12 wzoru umowy, które nie w każdym zdarzeniu stanowią będą niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie umowy. Nawet gdyby przyjąć stanowisko Obwinionego dotyczące stawianych przez niego wymagań w zakresie treści zabezpieczenia to i tak nie zmienia to faktu, że zabezpieczenie takie zostało skutecznie wniesione, ponieważ w dniu 3 grudnia 2014 roku Wykonawca (...) złożył aneks do gwarancji ubezpieczeniowej, który w pełni zaspokajał żądania pozwanego.

Główna Komisja Orzekająca podziela także stanowisko MKO, że nietrafne są wywody Obwinionego przedstawione w wyjaśnieniach złożonych pisemnie w dniu 22 lutego 2018 r. jak i na rozprawie przed Komisją Orzekającą, jakoby przedłożony pierwotnie Zamawiającemu przez (...) wzór gwarancji był niezgodny z SIWZ ze względu na fakt, że

gwarancja odnosiła się do roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych a nie jak wymagał Zamawiający do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Obwiniony powoływał się w tym miejscu na stanowiące podstawę jego działania opinie prawne. Planowana do zawarcia umowa była umową na roboty budowlane, a treść gwarancji odnosiła się do robót budowlanych objętych umową, co oznacza, że zakres ochrony ubezpieczeniowej był w przekonaniu MKO tożsamy.

Kluczowa dla oceny działań Obwinionego jest także okoliczność, że wbrew twierdzeniom Obwinionego, opinie prawne dotyczące nieprawidłowego zakresu zabezpieczenia należytego wykonania umowy udzielane przez Zespół Prawny (...) w badanym okresie, tj. pomiędzy 28 listopada 2014 r. a 3 grudnia 2014 r. nie przedstawiały takiej argumentacji. Jak prawidłowo ustaliła MKO argumentacja odnośnie negatywnej oceny wzoru gwarancji złożonej pierwotnie przez (...) z powodu odniesienia się w nim wyłącznie do robót budowlanych, została przedstawiona ex post - w opinii prawnej wydanej przez Zespół Prawny K(...)P w dniu 14 lutego 2018 r., jako uzupełnienie opinii z 2014 roku. Opinia ta została załączona do wyjaśnień Obwinionego przesłanych do Komisji Orzekającej przy piśmie z dnia 22 lutego 2018 r.

Wykonawca (...) nie negocjował w żadnym razie zapisów SIWZ, natomiast konsekwentnie stał na stanowisku, że przedłożony przez niego projekt gwarancji czy też następnie sama gwarancja złożona o godz. 11 w dniu 3 grudnia 2014 r. do Zamawiającego jest w pełni zgodna z SIWZ i wymaganiami wzoru umowy, co podkreślał w każdym piśmie kierowanym do Zamawiającego.

Według GKO wszystkie przytoczone argumenty przemawiają za tym, że Komisja Orzekająca I instancji w sposób w pełni uzasadniony doszła do prawidłowego przekonania, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały ustawowe przesłanki do wyboru przez Obwinionego najkorzystniejszej oferty spośród ofert pozostałych bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny. MKO prawidłowo ustaliła, że w prowadzonym postępowaniu przetargowym Obwiniony niezasadnie uznał, że Wykonawca (...) nie wniósł wymaganego w formie (treści) zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uchylał się od zawarcia umowy, czym w konsekwencji naruszył dyspozycję art. 94 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podejmując suwerenną decyzję o wyborze firmy (...) jako wykonawcy, zakończonego tym rozstrzygnięciem, postępowania przetargowego.

Powyższe wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uoondfp, ponieważ naruszenie przez Obwinionego przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp przesądziło o wyniku postępowania przetargowego, poprzez ustalenie „nowego” wykonawcy - (...), któremu udzielono zamówienia publicznego w dniu 3 grudnia 2014 r. zawierając z nim umowę o roboty budowlane dla dokończenia realizacji zadania inwestycyjnego pn. „(...)– budowa nowej siedziby (...)– kontynuacja”.

Także czas naruszenia dyscypliny finansów publicznych został przez MKO ustalony zgodnie z art. 21 uoondfp i przypada na dzień 4 grudnia 2014 r. – tj. na dzień następujący po dniu zawiadomienia o wyborze innego wykonawcy ((...)) Jeszcze bowiem w dniu 3 grudnia 2014 r. naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na zaniechaniu zaakceptowania gwarancji i zawarcia umowy z (...) mogło i powinno zostać usunięte.

Działania Obwinionego naruszały również przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zasada udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, określona w art. 7 ust. 3 tej ustawy, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Niezależnie od omówionych powyżej zarzutów dotyczących błędów MKO w ustaleniach

faktycznych, a w konsekwencji dokonania przez MKO nietrafnej oceny prawnej w zakresie naruszenia przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych, Obwiniony w swoim odwołaniu sformułował także zarzuty dotyczące naruszenia przepisów postępowania, jakkolwiek nie przedstawił w odniesieniu do tych zarzutów w treści uzasadnienia odwołania jakiegokolwiek dodatkowej argumentacji.

Pierwszy z tej grupy zarzutów dotyczy naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 5 uoondfp poprzez wszczęcie działań w oparciu o twierdzenia Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w zawiadomieniu nr UZP/DKD/PWKZ/421/4(15)/16/AOKND/3/16/DKD z 5 września 2017 roku, w sytuacji, w której osobą zawiadamiającą był Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, który nie działał w tym zakresie na postawie upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ponieważ upoważnienie nie zostało przedstawione, doręczone Obwinionemu został on, jak twierdzi, pozbawiony prawa dokonania jego weryfikacji zarówno co do jego zakresu, czasu obowiązywania jak i poprawności formalno-prawnej.

Według Obwinionego istnieje podejrzenie, iż Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, zgłaszając zawiadomienie działań w imieniu własnym. Świadczą o tym, jak wskazuje Obwiniony, zarówno nagłówek pisma, jak i podpis Wiceprezesa bez wskazania odniesienia do delegacji uprawnionego organu.

Główna Komisja Orzekająca uznaje ten zarzut za nieuzasadniony. Do znajdującego się w aktach sprawy zawiadomienia o stwierdzonym naruszeniu przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówienia publicznego, nr UZP/DKD/PWKZ/421/4(15)/16/AO, KND/3/16/DKD z 5 września 2017 roku załączone jest upoważnienie nr 343/04/17 z dnia 5 kwietnia 2017 r. (załącznik nr 1 do zawiadomienia). Nie ulega wątpliwości, że Pan Hubert Nowak, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, był należycie umocowany do sporządzenia zawiadomienia i przesłania go do właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. To, że Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych działał z upoważnienia Prezesa UZP wynika także z informacji zawartych we wskazanych w zawiadomieniu danych identyfikacyjnych i adresowych dotyczących podmiotu zawiadamiającego.

Drugi z tej grupy zarzutów dotyczy naruszenia art. 113 ust. 1 uoondfp poprzez brak doręczenia Obwinionemu pełnego odpisu wniosku o ukaranie poprzez niedołączenie załączników przywołanych w jego treści. Obwiniony wywodzi, że ma prawo i powinien zostać zapoznany z całą treścią wniosku, a więc pełną argumentacją podnoszoną przez wnioskującego, która ma uzasadniać jego wniesienie, jak również potwierdzać zasadność podniesionych w nim zarzutów. Załączniki do wniosku, mimo iż formalnie wyodrębnione przez wnioskującego z zasadniczej części wniosku, stanowią jego integralny element, będąc jednocześnie merytoryczną treścią wniosku.

Według oceny Głównej Komisji Orzekającej doręczenie Obwinionemu odpisu wniosku o ukaranie bez odpisu załączników dołączonych do tego wniosku nie stanowi naruszenia art. 113 ust. 1 uoondfp z następujących przyczyn. Art. 110 ust. 1 uoondfp określa zakres przedmiotowy i warunki, jakie powinno spełniać jedno z najważniejszych pism w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. wniosek o ukaranie. Z kolei art. 110 ust. 2 uoondfp wskazuje, że do wniosku o ukaranie dołącza się postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, a także zebrany materiał dowodowy oraz dowody i wyjaśnienia przedstawione przez obwinionego na swoją obronę lub informację o odmowie ich złożenia, natomiast ust. 3 art. 110 uoondfp stanowi, że do wniosku o ukaranie dołącza się, w miarę możliwości, także:

1) zaświadczenie o wysokości wynagrodzenia, obliczonego jak za urlop wypoczynkowy,

otrzymywanego przez obwinionego w czasie popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz nazwę i adres aktualnego pracodawcy tej osoby;

- 2) opinię przełożonych o sposobie wywiązywania się obwinionego z obowiązków służbowych.

Z powyższego wynika, że ustawodawca rozróżnia w sposób wyraźny wniosek o ukaranie oraz załączniki do tego wniosku. Z treści normatywnej art. 113 ust. 1 uondfp wynika, że przewodniczący komisji orzekającej, w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania zarządza doręczenie odpisu wniosku obwinionemu, kieruje wniosek do rozpoznania na posiedzenie albo rozprawę, wyznacza ich terminy oraz skład orzekający. Wykładnia gramatyczna tego przepisu wskazuje, że obowiązek doręczenia Obwinionemu ustawodawca ograniczył do odpisu wniosku, pomijając kwestię doręczenia odpisu załączników do tego wniosku.

Jeśli ustawodawca wymaga doręczenia stronie odpisu pisma oraz odpisu załączników do tego pisma wyraźnie akcentuje to w treści normatywnej przepisu. Tytułem przykładu art. art. 128. § 1 kodeksu postępowania cywilnego stanowi, że *„do pisma procesowego należy dołączyć jego odpisy i odpisy załączników dla doręczenia ich uczestniczącym w sprawie osobom, a ponadto, jeżeli w sądzie nie złożono załączników w oryginale, po jednym odpisie każdego załącznika do akt sądowych.”*.

Ponadto przypomnieć należy, że w zarządzeniu o doręczeniu odpisu wniosku o ukaranie przewodniczący komisji orzekającej wskazuje miejsce i czas, w którym akta sprawy są udostępnione do wglądu obwinionemu lub jego obrońcy, a także poucza o prawie składania wniosków dowodowych. Zarządzenie o doręczeniu odpisu wniosku o ukaranie, w terminie 7 dni od dnia jego wydania, przewodniczący komisji orzekającej przekazuje stronom.

Tym samym uprawnienia Obwinionego procesowe w zakresie możliwości zapoznania się z treścią załączników do wniosku o ukaranie są gwarantowane poprzez dostęp do akt sprawy.

Zgodnie z treścią przepisu art. 28 ust. 1 uondfp, nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. Główna Komisja Orzekająca dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wzięła pod uwagę wagę naruszonych obowiązków przez Obwinionych, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia i stwierdza, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych każdego z naruszeń jest większy niż znikomy. Działanie Obwinionego doprowadziło bowiem do sytuacji, w której zamówienia udzielono innemu podmiotowi, niż ten który został wyłoniony zgodnie z przepisami. Wiązało się to także z koniecznością prowadzenia przez jednostkę przegranego postępowania sądowego i obowiązkiem zwrotu wadium. W tych okolicznościach zarówno waga naruszonych obowiązków jak i skutki naruszenia przemawiają przeciwko uznaniu znikomej szkodliwości czynu.

Główna Komisja Orzekająca potwierdza prawidłowość orzeczenia MKO w zakresie przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Obwinionemu (...).

Jak trafnie uznała MKO Obwiniony (...) jest podmiotowo zdolny do ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, należąc do kręgu osób określonych w art. 4 ust. 1 pkt 3 uondfp, który stanowi, że *odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają, z zastrzeżeniem art. 4a, 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.*(...).

W rozpatrywanej sprawie Zamawiającym był Skarb Państwa - Komenda (...) Policji (...). W postępowaniu przetargowym pn. „(...) - budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja”, osobą wykonującą czynności w postępowaniu obok kierownika Zamawiającego – Komendanta (...) Policji (...), której kierownik Zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności, w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia był Obwiniony – Zastępca Komendanta (...) Policji - Pan (...). Zarówno kierownik Zamawiającego jak i sam Obwiniony w pismach lub wyjaśnieniach znajdujących się w aktach sprawy, wskazują pisemne powierzenie czynności, jako podstawę działania Obwinionego w imieniu kierownika Zamawiającego. Potwierdza to również treść Protokołu z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie (...), zatwierdzonego przez Obwinionego Pana (...) w dniu 4 grudnia 2014 roku. Takie powierzenie było możliwe na mocy przepisu art. 18 ust. 2 ustawy Pzp.

W ramach tego powierzenia Obwiniony wykonywał czynności w postępowaniu przetargowym, w tym - w dniu 3 grudnia 2014 roku, działając na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę złożoną przez Wykonawcę (...) bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert i zawiadomił o tym wykonawcę (...).

W ocenie GKO, działanie Obwinionego, jak słusznie wskazano w uzasadnieniu orzeczenia MKO, było zawinione w rozumieniu art. 19 ust. 2 uodnfp. Dla przypisania winy kluczowa jest możliwość wskazania Obwinionemu prawidłowego wzorca zachowania, a więc z udowodnionych okoliczności faktycznych musi wynikać, że w chwili popełnienia czynu istniała możliwość alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa i które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zdaniem Komisji Orzekającej I instancji przy prawidłowej realizacji przez Obwinionego obowiązków, w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „(...) – budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja”, nie powinno dojść do sytuacji, w której czynności w postępowaniu podejmowane przez Obwinionego są dokonane z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, wyrażając się w szeregu następujących po sobie czynności, które złożyły się finalnie na popełnienie deliktu dyscyplinarnego. MKO podkreśliła, że Obwiniony, według opinii pracodawcy znajdujących się w aktach sprawy oraz własnych wyjaśnień złożonych przed Komisją Orzekającą, miał duże doświadczenie i wiedzę w prowadzeniu inwestycji (budowa 9 komend powiatowych) sprawując stanowisko Zastępcy Komendanta (...) Policji (...) od 11.12.2009 r.

Obwiniony, podejmując się zadań wchodzących w zakres obowiązków przypisanych do pełnionej funkcji tym bardziej, w ocenie Komisji Orzekającej, którą podziela także Główna Komisja Orzekająca, powinien mieć świadomość co do obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów o zamówieniach publicznych oraz przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, powinien je respektować i stosować w bieżącej realizacji powierzonych zadań.

Obwinionego nie tłumaczy wskazywanie, że działał w przedmiotowym postępowaniu przetargowym polegając na doświadczeniu, wiedzy czy opiniach, komórek merytorycznych czy też komórki prawnej albo określonych jej przedstawicieli oraz w stałej z nimi konsultacji, a którzy to pracownicy w zakresie swoich obowiązków mają m.in. obowiązek znajomości przepisów obowiązującego prawa i umiejętności ich stosowania.

Oceniając zawinienie Obwinionego Komisja Orzekająca I instancji słusznie stwierdziła, że nie wystąpiły obiektywne przeszkody, aby Obwiniony w sposób bardziej wszechstronny i staranny dokonał oceny prawnej wniesionego przez Wykonawcę (...) zabezpieczenia należytego wykonania umowy pod kątem jego zgodności z wymaganiami określonymi przez

przepisy ustawy Pzp oraz określonymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz wzorze umowy, co determinowało możliwość prawidłowej oceny możliwości zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Według oceny dokonanej przez Komisję Orzekającą I instancji Obwiniony zaniechał czynności, które mógł potencjalnie podjąć dla wykluczenia bądź chociażby zminimalizowania ryzyka podejmowanych decyzji, ograniczając swoje działania do forsowania raz przyjętego stanowiska wobec Wykonawcy (...), które to stanowisko Obwinionego nie było spójne i przekonywujące. Takie zachowanie Obwinionego, zdaniem Komisji Orzekającej, nie realizowało jego obowiązku działania z zachowaniem najwyższej staranności, aktywności i dbałości o prawidłowość i legalność działania podejmowanych działań w stosunku do powierzonego mu przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Główna Komisja Orzekająca w pełni podziela także konkluzję poczynioną przez MKO, na podstawie całokształtu działań i czynności podejmowanych przez Obwinionego można wnioskować, że priorytetowo traktował dokończenie budowy (...), jednak nie w aspekcie prawidłowego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i postanowień SIWZ, którymi był związany i które powinny służyć do zgodnego z prawem rozstrzygnięcia o wyniku postępowania przetargowego, tym bardziej, że w dniu 3 grudnia 2014 r po wniesieniu przez Wykonawcę (...) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego, umowa z tym wykonawcą mogła być podpisana.

Trafnie także Komisja Orzekająca I instancji zważyła, że nawet w tak krótkim czasie w jakim trwała wymiana korespondencji z Wykonawcą (...) Obwiniony miał kilkakrotnie szansę by nie eskalować swoich żądań i podjąć próbę innego rozwiązania w ramach dostępnych mu możliwości prawnych oraz działać z należytą starannością i ostrożnością, w szczególności w zakresie niczym nie uzasadnionego aż w takim zakresie w ocenie Komisji Orzekającej, narzuconego przez niego samego tempa wykonywania poszczególnych czynności w postępowaniu, chociażby na kilka dni kalendarzowych.

Komisja Orzekająca I instancji prawidłowo uznała, że charakter czynu oraz okoliczności jego popełnienia wskazują, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło z winy Obwinionego, który przy dochowaniu należytej staranności mógł przewidzieć możliwość popełnienia deliktu dyscyplinarnego i mu zapobiec. Tym samym miał możliwość zachowania zgodnego z prawem, co jednocześnie uchroniłoby od negatywnych konsekwencji prawnych.

Tym samym GKO nie znalazła podstaw do uchylecia orzeczenia Komisji w zakresie dotyczącym przypisania odpowiedzialności Obwinionemu. Czyn popełniony przez Obwinionego miał charakter zawiniony. Obwiniony miał bezsprzecznie możliwość zgodnego z prawem zachowania się.

Główna Komisja Orzekająca uznaje jednak orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji za nieprawidłowe w części dotyczącej orzeczenia o karze.

GKO przychyliła się do jednego z wniosków alternatywnych zawartych we wniesionym przez Obwinionego odwołaniu, który dotyczył zmiany orzeczenia MKO poprzez odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 36 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 2 pkt 2 uondfp, uznając, że w tym zakresie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W myśl 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.

Przesłanką zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia jest „przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie”. Określenie to ma charakter klauzuli generalnej, która na przestrzeni ostatnich lat podlegała wykładni organów orzekających w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz sądów administracyjnych. Aby można było mówić o „przypadku zasługującym na szczególne uwzględnienie” musi być spełniona jedna z dwóch alternatywnie sformułowanych (alternatywa łączna) przesłanek:

- 1) o charakterze przedmiotowym, która odnosi się do czynu będącego naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, tj. rodzaju i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
- 2) o charakterze podmiotowym, która dotyczy osoby sprawcy - właściwości i warunków osobistych sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazuje się jednolicie, że z wykładni gramatycznej art. 36 ust. 1 uodfnp nie wynika nakaz stosowania przez organ orzekający sekwencji opisanych w art. 36 uodfnp rozstrzygnięć (wymierzenia kary łagodniejszego rodzaju, odstąpienia od wymierzenia kary). Nie da się bowiem wywieść z tego przepisu obowiązku stosowania przez organ orzekający, w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie, w pierwszej kolejności wymierzenia kary łagodniejszego rodzaju, a dopiero w późniejszym czasie odstąpienia od wymierzenia kary (L. Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II, LEX).

Obowiązek rozważenia możliwości zastosowania dobrodziejstwa instytucji odstąpienia od wymierzenia kary komisja orzekająca powinna rozważyć w przypadku zgłoszenia takiego wniosku przez obwinionego lub jego obrońcę, a także wówczas, gdy sama poweźmie przekonanie o istnieniu przesłanek określonych w art. 36 uodfnp. Wynik tych rozważań powinien zostać uzewnętrznlony w uzasadnieniu wydanego orzeczenia (L. Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II, LEX). Mając na względzie treść normatywną art. 36 ust. 1 uodfnp oraz okoliczności faktyczne ustalone przez organy orzekające w sprawie podlegającej rozpoznaniu Główna Komisja Orzekająca, znalazła podstawy do zastosowania nadzwyczajnej instytucji - odstąpienia od wymierzenia kary (o co wnosił Obwiniony w jednym z dwóch alternatywnych wniosków odwoławczych).

Instytucja odstąpienia od wymierzenia kary ma charakter fakultatywnego środka nadzwyczajnego, dotyczącego przypadków zasługujących na szczególne uwzględnienie (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 października 2013 r., GSK 914/12). W literaturze przedmiotu podkreśla się, że przed zastosowaniem instytucji odstąpienia od wymierzenia kary zawsze należy rozważyć, czy spełni ona wobec sprawcy cele prewencji indywidualnej (art. 135 ust. 3 pkt 2, art. 137 ust. 2 pkt 4 uodfnp).

Nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzania, do którego daje podstawę normatywną przepis art. 36 uodfnp jest zawsze, jak już wcześniej podkreśliła GKO, fakultatywne, co nie oznacza, że jest w pełni dowolne. Dobrodziejstwo zastosowania tych instytucji nie jest powinnością, ale prawem komisji orzekającej.

Przepis art. 36 ust. 2 uodfnp zawiera otwarty katalog okoliczności łagodzących, które mogą skutkować zastosowaniem przez komisję orzekającą nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Ustawodawca w katalogu okoliczności łagodzących wymienia 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.

Rozważając wymiar kary za przypisane Obwinionemu naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Komisja Orzekająca I instancji uznała, że w tym przypadku znajduje zastosowanie przepis art. 36 ust. 1 i 2 uondfp, tj. zachodzą przesłanki pozwalające na wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju – kary upomnienia. Komisja Orzekająca wzięła pod uwagę szczególne warunki działania Obwinionego, który był odpowiedzialny za sukcesywną, terminową i dostosowaną do potrzeb i możliwości finansowych Zamawiającego realizację zadań inwestycyjnych na całym obszarze województwa zachodniopomorskiego. Komisja Orzekająca uznała ponadto, że za takim wymiarem kary przemawiają także: postawa Obwinionego, który brał aktywny udział w postępowaniu przed Komisją Orzekającą, składając obszerne wyjaśnienia tak pisemne, jak i podczas przeprowadzonej rozprawy, pozytywne opinie wyrażone przez pracodawcę Obwinionego, dotychczasowa niekaralność Obwinionego. Komisja Orzekająca przyjęła także w dobrej wierze deklaracje Obwinionego, co do przestrzegania przez niego regulacji obowiązującego Prawa zamówień publicznych i zachowania staranności oraz ostrożności w prowadzonych aktualnie postępowaniach, także na skutek wiedzy jaką zdobył na tle przedmiotowej sprawy. Komisja uznała także, że sam udział w postępowaniu przed Komisją Orzekającą, jak i przed innymi organami i instytucjami w sprawie mającej już swoją czteroletnią historię stanowi sam w sobie dużą dolegliwość dla Obwinionego.

Komisja Orzekająca I instancji uznała, że wymierzona Obwinionemu kara upomnienia spowoduje, że cele prewencyjne i dyscyplinujące postępowania zostaną osiągnięte, a wymierzona kara pozostaje adekwatna do stopnia zawinienia.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej w analizowanej sprawie możliwe jest, zamiast wymierzenia Obwinionemu kary upomnienia, odstępnie od wymierzenia kary przede wszystkim ze względu na:

- 1) działanie Obwinionego 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;

MKO ustalając, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło z winy Obwinionego, po zbadaniu stanu faktycznego sprawy i ocenie zachowań Obwinionego w tej sprawie, po pierwsze nie uznała wielokrotnie akcentowanego przez Obwinionego argumentu, że jego działania chroniły interes Skarbu Państwa i zapewniały zgodność z przepisami ustawy Pzp. MKO wyjaśniła, że dbałość o interesy Skarbu Państwa nie może uzasadniać naruszeń w zakresie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i taki argument Obwinionego jest pewnym nadużyciem. Takich naruszeń nie mogą także uzasadniać negatywne doświadczenia Obwinionego ze współpracy z nierzetelnymi wykonawcami. W tym wyraża się obowiązek osób i podmiotów realizujących zadania publiczne, także te związane z realizacją zamówień publicznych, aby respektować m.in. przepisy ustawy Pzp z

pierwszeństwem przed innymi dobrami chronionymi, tak aby określone działania nie przynosiły uszczerbku łaadowi systemu finansów publicznych.

Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, o ile powyższe wywody MKO są uzasadnione w odniesieniu do stwierdzenia, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło z winy Obwinionego, o tyle błędne jest całkowite pominięcie przez MKO przy rozważaniach MKO dotyczących wymiaru kary podnoszonej przez Obwinionego wielokrotnie kwestii ochrony interesu Skarbu Państwa oraz akcentowanej przez Obwinionego nierzetelności Wykonawcy (...).

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej nie ulega najmniejszej wątpliwości, że Obwiniony popełniając zarzucane mu naruszenie dyscypliny finansów publicznych działał ze szczególnych pobudek, a także w szczególnych warunkach zasługujących na uwzględnienie, w celu zapobieżenia szkodzie w mieniu Skarbu Państwa - Komendy (...) Policji w (...).

Jak podkreślał wielokrotnie Obwiniony w toku postępowania przed MKO oraz GKO Wykonawca (...) nie miał, w ocenie Obwinionego, wystarczającego potencjału technicznego i doświadczenia własnego do prawidłowego wykonania zamówienia, a zawarcie umowy z tym Wykonawcą nie pozwoliłoby na dokończenie planowanej inwestycji. Również postawa Wykonawcy (...) w procesie uzgadniania treści zabezpieczenia należytego wykonania umowy budziła wątpliwości Obwinionego. Konieczność zawarcia w treści zabezpieczenia należytego wykonania umowy postanowień dotyczących wynikała z wcześniejszych, negatywnych doświadczeń Obwinionego związanych z poprzednim Wykonawcą tego samego zadania inwestycyjnego, Zakładem Budowlanym Zbigniewa Olejnika i treścią złożonej przez tego Wykonawcę, wystawionej 27 czerwca 2013 roku przez (...) gwarancji należytego wykonania umowy i usunięcia wad lub usterek, z której zakresu wyłączono roszczenia z tytułu kar umownych i odsetek, co uniemożliwiło Zamawiającemu pełne zaspokojenie się z tego zabezpieczenia.

W tym miejscu GKO wskazuje na fragment uzasadnienia wyroku wydanego (...) przez Sąd (...), na mocy którego Sąd ten zasądził od pozwanego Skarbu Państwa – Komendy (...) Policji (...) na rzecz powoda (...) kwotę 130.000 zł tytułem zwrotu zatrzymanego wadium:

(...) Zupełnie nie przekonuje przy tym argumentacja Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa przedstawiona w sprzeczności od nakazu zapłaty, że pomimo istnienia stosownego zapisu w umowie o roboty budowlane zawartej 1 lipca 2013 roku z Zakładem Budowlanym (...) dotyczącej realizacji inwestycji „(...) - budowa nowej siedziby (...) nakładającego na wykonawcę obowiązków zapłaty kar umownych w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zamawiający nie miał możliwości skutecznego potrącenia kar umownych i odsetek z zabezpieczenia wniesionego w formie niepieniężnej przez ówczesnego wykonawcę z powodu braku precyzyjnych zapisów w treści gwarancji ubezpieczeniowej (k. 138). Analiza treści postanowień ww. umowy z 1 lipca 2013 roku prowadzi do wniosku, że nie zawierała ona postanowień, które precyzowałyby, jakie konkretnie roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winna zabezpieczać gwarancja ubezpieczeniowa, a zatem - odwołując się w tym miejscu do treści art. 147 ust. 2 Prawa zamówień publicznych należy stwierdzić, iż winno było ono służyć zabezpieczeniu wszelkich roszczeń zamawiającego względem wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także z tytułu kar umownych, na co zresztą wskazuje treść § 6 ust. 3 14 ww. umowy z 1 lipca 2013 roku (k. 275). Tymczasem, z wystawionej 27 czerwca 2013 roku przez (...) Towarzystwo (...) gwarancji należytego wykonania umowy i usunięcia wad lub usterek wynika, iż co prawda zabezpieczała ona roszczenia zamawiającego względem wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy oraz w przypadku nieusunięcia lub nienależytego usunięcia przez zobowiązanego wad lub usterek

powstałych w przedmiocie umowy, jednakże w sposób wyraźny zostały wyłączone w niej roszczenia z tytułu kar umownych i odsetek (k. 281). W tym stanie rzeczy jako oczywisty jawi się zatem wniosek, że przedłożona wówczas przez wykonawcę gwarancja należytego wykonania umowy i usunięcia wad lub usterek po pierwsze była częściowo niezgodna z postanowieniami ww. umowy roboty budowlane z 1 lipca 2013 roku w analizowanym zakresie, a po drugie brak możliwości skutecznego potrącenia kar umownych i odsetek z zabezpieczenia wniesionego w formie niepieniężnej przez ówczesnego wykonawcę o jakim wspomina Prokuratora Generalna Skarbu Państwa w sprzeciwie od nakazu zapłaty nie wynikał z braku wystarczająco precyzyjnego sformułowania zapisów ww. gwarancji, lecz - jak można zasadnie sądzić - był konsekwencją wyraźnego wyłączenia z jej zakresu roszczeń z tytułu kar umownych i odsetek (k. 281). (...)”.

Przypomnienia wymaga, że Komenda (...) Policji (...) prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp, którego przedmiotem było wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego „(...) – budowa nowej siedziby (...)”. W wyniku tego postępowania prowadzonego w 2013 roku jako najkorzystniejsza wybrana została oferta (...) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany (...). W dniu 1 lipca 2013 r. pomiędzy (...) a Komendantem (...) Policji (...) podpisana została umowa o roboty budowlane obejmująca wykonanie ww. robót budowlanych. W toku realizacji powyższej umowy o roboty budowlane, jej wykonawca utracił płynność finansową, która uniemożliwiła mu dalsze realizowanie tej umowy. W tej sytuacji Zastępca Komendanta (...) Policji (...) pismem z dnia 7 sierpnia 2014 r. złożył (...) oświadczenie o odstąpieniu od umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nadto zamawiający był zmuszony do zaspokojenia roszczeń podwykonawców oraz dochodzenia roszczeń z tytułu kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy oraz niezgłoszeniem podwykonawców, na drodze postępowania cywilnego. Wobec faktu, że realizacja zadania inwestycyjnego „(...) – budowa nowej siedziby przy ulicy (...)” nie została ukończona, zamawiający ogłosił w 2014 roku, na podstawie przepisów ustawy Pzp, nowy przetarg nieograniczony pod sygnaturą ZZ-2380-155/14 w celu wyłonienia wykonawcy, który dokończyłby przedmiotowe zadanie. Nowy przetarg prowadzony był pod nazwą „(...) – budowa nowej siedziby przy ulicy (...) – kontynuacja”.

Obwiniony podkreślał wielokrotnie, że Wykonawca (...) zarówno w czasie ubiegania się o zamówienie, jak i w późniejszym okresie okazał się Wykonawcą nierzetelnym, który nie zrealizował dla jednostek sektora finansów publicznych wielu umów i naraził Skarb Państwa na roszczenia podwykonawców, koszty sądowe, dodatkowe koszty realizacji inwestycji, opóźnienia, co w konsekwencji powodowało większe wydatki z budżetu, braki realizacji celów i zadań tych jednostek.

Odnosząc się do podnoszonej przez Obwinianego kwestii negatywnej oceny potencjału Wykonawcy (...) i zdolności tego Wykonawcy do wykonania zamówienia „(...) – budowa nowej siedziby (...) – kontynuacja” należy wskazać także na treść normatywną i wykładnię obowiązującego ówczesnie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”.

Przepis ten nastęczał wielu Zamawiającym praktycznych kłopotów, ponieważ wystarczającym warunkiem spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu było przedłożenie oświadczenia podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia potencjału, przy czym podmiot ten nie musiał uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca. W praktyce oznaczało to, że pomimo, że Zamawiający wiedział, że dany Wykonawca nie był samodzielnie zdolny do realizacji zamówienia nie było w ustawie Pzp skutecznych mechanizmów, aby wyeliminować takiego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nowelizacja Pzp tj. ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) wprowadziła rozwiązanie, które uniemożliwiło skuteczne powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, jeżeli ten podmiot trzeci nie będzie realizował tej części zamówienia do której został wykazany jego potencjał.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (tekst jednolity Dz. U. 2015 r. poz. 2164) tj. w brzmieniu sprzed nowelizacji, wykonawca mógł polegać na potencjale podmiotu trzeciego i jak się ostatecznie utrzymało się w orzecznictwie, podmiot ten nie musiał uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca (wyrok z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt: V Ca 243/13).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp i niektórych innych ustaw uchyliła art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który zostaje zastąpiony dużo obszerniejszym art. 22a znowelizowanej ustawy Pzp. W przywołanym art. 22a ust. 4 znowelizowanej ustawy Pzp wskazano, że *„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”*

W związku z powyższym po nowelizacji w określonym wyżej zakresie, podmiot trzeci musiał być podwykonawcą przy realizacji zamówienia.

Obwiniony w wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2018 r. składanych na rozprawie mówił o swojej ówczesnej wiedzy co do braku potencjału wykonawczego po stronie Wykonawcy (...), który to wykonawca *„posiłkował się wyłącznie swoim partnerem (...)”*. Także z innych wyjaśnień Obwinionego wynikało, że negatywnie oceniał możliwości rzeczywistej realizacji przez tego Wykonawcę zamówienia publicznego pn. *„(...)– budowa nowej (...) – kontynuacja”*.

GKO uwzględniła także wyjaśnienia Obwinionego, że sytuacja w prowadzonym postępowaniu, w okresie po wyborze najkorzystniejszej oferty była dynamiczna, napięta, determinowana zbliżającym się końcem roku budżetowego, więc i możliwości czasowe dla podjęcia określonych działań były mocno ograniczone, co nie dawało możliwości na spokojną, pozbawioną presji czasu, analizę kolejnych działań. Obwiniony wskazał także, że on i osoby go wspierające – nie miały komfortu czasowego dla podjęcia ważnych decyzji w toku postępowania przetargowego.

W toku postępowania przed GKO Obwiniony wyjaśnił, ponadto że jego działania były skoncentrowane na realizacji zadania, w tym realizacji procedur kontroli zarządczej. Obwiniony był uprzednio audytorem wewnętrznym i bardzo dużą uwagę zwraca na przestrzeganie tych mechanizmów. Jeżeli chodzi o przepisy uoondfp to stanowią one wprost, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie kontroli zarządczej, a elementem kontroli zarządczej jest zarządzanie ryzykiem. Mając świadomość, że na rynku (...) Wykonawca (...) nie realizuje zadań dla różnych zamawiających, w tym urzędu gminy oraz wojska, te ryzyka determinowały konieczność

zapewnienia od tej firmy spełnienia wszystkich wymagań SIWZ, szczególnie w zakresie gwarancji należytego wykonania umowy i zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa. Według Obwinionego wydatkowanie środków publicznych zabezpieczone powinno być właściwymi mechanizmami transmisji ryzyka, gdzie jednym z takich elementów jest przeniesienie ryzyka ze Skarbu Państwa na firmę ubezpieczeniową, która później zapewni rekompensatę tych zdarzeń negatywnych, które mogą zaistnieć, a w przypadku Wykonawcy (...) było wysokie prawdopodobieństwo, że zaistnieją.

Obwiniony zwracał też uwagę na aspekt przestrzegania zasad gospodarowania środkami publicznymi- między innymi terminowej realizacji zadań w ramach Programu Standaryzacji Komend i Komisariatów Policji – środki na realizację zadania w 2014 roku, pomimo zerwania umowy z pierwotnym wykonawcą, musiały być zrealizowane i nie podlegały przesunięciu na lata kolejne, a środki na 2015 rok dotyczyły wyłącznie zakupu wyposażenia łącznościowego i kwaterunkowego dla (...), oraz przestrzegania zasad finansów publicznych w zakresie zawierania umów na roboty budowlane zgodnie z przepisami ustawy Pzp, na warunkach określonych w SIWZ, a nie narzucanych przez Wiceprezesa (...), bezkompromisowo forsującego w ramach prowadzonych postępowań i robót budowlanych na rzecz różnych jednostek sektora finansów publicznych indywidualną interpretację prawa i postanowień umów.

Główna Komisja Orzekająca uznała, że powyższe okoliczności potraktowane łącznie można zakwalifikować jako działanie Obwinionego ze szczególnych pobudek lub w szczególnych warunkach, zasługujących na uwzględnienie, w celu zapobieżenia szkodzie w mieniu publicznym. W ocenie GKO opisane przez Obwinionego okoliczności faktyczne w ww. zakresie powinny być potraktowane jako okoliczności łagodzące, które zostały w drugiej instancji uwzględnione przy decyzji dotyczącej odstąpienia od wymierzenia kary.

Natomiast wśród okoliczności łagodzących odnoszących się do osoby sprawcy, są według orzecznictwa GKO przede wszystkim: dobra opinia o wykonywaniu przez Obwinionego obowiązków służbowych, usunięcie stanu niezgodnego z prawem z własnej inicjatywy, postawa Obwinionego przed MKO GKO i wyczerpujące wyjaśnienie sprawy, stosunkowo długi czas, jaki upłynął od naruszenia dyscypliny finansów publicznych, przy wzorowym wypełnianiu w tym okresie obowiązków, zmiana sytuacji życiowej sprawcy, jaka nastąpiła po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, niekaralność za naruszenie dyscypliny, przekonanie komisji orzekającej, że zastosowanie ogólnych zasad wymiaru kary pozostawałoby w jawnej sprzeczności z zasadą trafnej represji i pozytywna prognoza względem sprawcy naruszenia.

W niniejszej sprawie zachodzą co najmniej niektóre z wyżej wymienione okoliczności, tj. dobra opinia o wykonywaniu przez Obwinionego obowiązków służbowych, postawa Obwinionego w postępowaniu przed MKO oraz GKO i wyczerpujące wyjaśnienie sprawy, stosunkowo długi czas, jaki upłynął od naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Finalnie Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że w stosunku do Obwinionego nie zachodzą przesłanki negatywne określone w art. 36 ust. 3 i 4 uondfp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji.