



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

Warszawa, dnia 21 listopada 2019 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Sylwester Kuchnio</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Emil Kawa (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Anna Packo</b>
Protokolant:		<b><i>Anna Jedlińska</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Damiana Grzelki, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniach: 15 kwietnia, 25 lipca, 19 września i 21 listopada 2019 r., odwołania wniesionego przez Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 5 listopada 2018 r. sygn. akt: NDB-50/Ł/49/2017, którym Komisja uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Zespołu Opieki Zdrowotnej w (...), odpowiedzialnego za naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określone w:

- a) art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym 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 (do dnia 27 lipca 2016 r. - art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowił, 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), poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup, (...) teleinformatycznej (...)”, dotkniętego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji udzielenie w dniu 2 kwietnia 2015 r. przedmiotowego zamówienia na rzecz (...), z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.). Ponieważ czynność unieważnienia powinna nastąpić najpóźniej w dniu 2 kwietnia 2015 r., tj. przed udzieleniem zamówienia publicznego, za czas popełnienia naruszenia, stosownie do art. 21 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, należy przyjąć dzień 3 kwietnia 2015 r. Wada postępowania polegała na zamieszczeniu w ogłoszeniu dotyczącym dodatkowych informacji oraz sprostowania, przekazanym Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2015 r., a odnoszącym się do ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2015 r., dwóch różnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców. Powyższe powodowało, że w przypadku ubiegania się o całość zamówienia nie można było ustalić, czy wykonawcy zostali zobligowani do wykazania się wykonaniem min. 1 dostawy o wartości większej niż 4 mln PLN brutto (pkt III. 2.2 ogłoszenia), czy też wykonaniem min. 3 dostaw na kwotę min. 1 mln zł brutto każda (pkt III. 2.3 ogłoszenia), co wynikało z faktu:

- wskazania w pkt III. 2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa, że *„Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał min. 1 dostawę sprzętu komputerowego (w tym co najmniej stacje robocze i drukarki), sprzętu serwerowego (w tym co najmniej serwery i macierze) oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego (w tym co najmniej modułu elektronicznej dokumentacji medycznej) o wartości większej niż 4 mln PLN brutto”*,
- oraz jednocześnie wskazania w pkt III. 2.3) Kwalifikacje techniczne, że: odnośnie części 1 zamówienia *„Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat*

*przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał min. 1 dostawę sprzętu komputerowego (w tym co najmniej stacje robocze i drukarki), sprzętu serwerowego (w tym co najmniej serwery i macierze) oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego (w tym co najmniej modułu elektronicznej dokumentacji medycznej) o wartości większej niż 4 mln PLN brutto”,*

- odnośnie części 2 zamówienia „*Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał min. 3 dostawy sprzętu komputerowego (w tym co najmniej tabletów i drukarek opasek), sprzętu serwerowego oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego (w tym co najmniej modułu elektronicznej dokumentacji medycznej) na kwotę min. 120 tys. PLN brutto (...) każda”,*

- w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia w ramach obu części „*Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał min. 3 dostawy sprzętu komputerowego (w tym co najmniej stacje robocze i drukarki), sprzętu serwerowego (w tym co najmniej serwery, macierze) oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego (w tym co najmniej modułu elektronicznej dokumentacji medycznej) na kwotę min. 1 mln zł brutto (...) każda”.*

b) art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (do dnia 27 lipca 2016 r. - art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowił, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia), poprzez postanowienie w dniu 15 lutego 2015

r., że o udzielenie zamówienia publicznego na „(...) *informacyjnych (...) usług medycznych (...)*”, wszczętego w dniu 23 stycznia 2015 r., w zakresie części 1 zamówienia, którego wartość wynosiła 1.698.125 zł netto, mogli ubiegać się wykonawcy, którzy odnośnie wiedzy i doświadczenia spełniali warunek polegający na wykonaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy, w tym okresie, minimum 1 dostawy sprzętu komputerowego (w tym co najmniej stacji roboczych i drukarek), sprzętu serwerowego (w tym co najmniej serwerów i macierzy) oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego (w tym co najmniej modułu elektronicznej dokumentacji medycznej) o wartości większej niż 4.000.000 zł brutto. Ponadto, w przypadku ubiegania się o całość zamówienia, którego wartość wynosiła 2.703.003,05 zł netto, jeden z warunków zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu był tożsamy z warunkiem dotyczącym części 1 zamówienia. Postawienie wobec wykonawców wskazanego warunku, który z uwagi na wartość należy ocenić, jako nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (od dnia 28 lipca 2016 r. - art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych).

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu i obciążyła go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 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 2019 r. poz. 1440) – zwanej dalej także uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie dotyczącym pkt 1a orzeczenia i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 uondfp, uniewinnia Obwinionego;**
- 2. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, w pozostałym zakresie utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

**Pouczenie:**

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

## UZASADNIENIE

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (dalej „Komisja” lub „Komisja I instancji”), po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2018 r. sprawy Pana (...) – pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Zespołu Opieki Zdrowotnej w (...), uznała Obwinionego winnym naruszenia art 17 ust. 1c uondfp z powodu zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotkniętego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji powyższego nastąpiło w dniu 2 kwietnia 2015 r. udzielenie przedmiotowego zamówienia na rzecz (...) co naruszyło art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Nadto Komisja uznała Obwinionego za winnego naruszenia art art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp, gdyż doszło do określenia warunków udziału w postępowaniu, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Stwierdzone naruszenie dotyczyło postawienia w SIWZ wymagania, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy odnośnie wiedzy i doświadczenia spełniali warunek polegający na wykonaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, dostawy sprzętu komputerowego (w tym co najmniej stacji roboczych i drukarek), sprzętu serwerowego (w tym co najmniej serwerów i macierzy) oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego (w tym co najmniej modułu elektronicznej dokumentacji medycznej) o wartości większej niż 4.000.000,00 zł brutto przy wartości zamówienia 1.698.125,00 zł netto Ponadto, w przypadku ubiegania się o całość zamówienia, którego wartość wynosiła 2.703.003,05 zł netto, jeden z warunków zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu był tożsamy z warunkiem dotyczącym części 1 zamówienia.

Komisja w zakresie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uondfp uznała, iż zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu dopuścił się błędnego ich określenia. Zamawiający dokonał uzupełnienia ogłoszenia o wszczęciu zamówienia przekazanego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2015 r., ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2015 r., Dokonane uzupełnienie w zakresie warunków udziału w postępowaniu spowodowało postawienie dwóch różnych wymagań dla spełnienia tego samego warunku, tj. warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców. Powyższy dualizm wymagań powodował

sytuację, że w przypadku ubiegania się o całość zamówienia nie można było ustalić, czy wykonawcy zostali zobligowani do wykazania się wykonaniem min. 1 dostawy o wartości większej niż 4 mln PLN brutto (pkt III.2.2 ogłoszenia), czy też wykonaniem min. 3 dostaw na kwotę min. 1 mln zł brutto każda (pkt III.2.3 ogłoszenia). Nadto powyższa zmiana Ogłoszenia o zamówieniu, powodowała także sytuację, że w zakresie warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej oraz kwalifikacji technicznych brak było możliwości jednoznacznego wywiedzenia, czy wykonawcy zostali zobligowani do wykazania spełniania tego warunku wykonania minimum 1 dostawy o wartości większej niż 4 mln zł brutto (pkt III.2.2 ogłoszenia), czy też wykonaniem minimum 3 dostaw na kwotę minimum 1 mln zł brutto każda (pkt III.2.3 ogłoszenia).

Zdaniem Komisji zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym dwóch równych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców spowodowało, że postępowanie zostało obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zaniechanie unieważnienia postępowania miało zdaniem Komisji wpływ na jego wynik i tym samym stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uoondfp.

Natomiast w zakresie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 uoondfp, Komisja wskazała, że zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia powinien określić te warunki w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Natomiast na wykonawców, w zakresie części I zamówienia został nałożony wymóg wykazania się wykonaniem jednej dostawy o wartości ponad 4 mln zł brutto, przy wartości zamówienia 2.088.693,75 zł brutto. Warunek doświadczenia został określony prawie jako dwukrotność wartości przedmiotu zamówienia, co w ocenie Komisji, wobec braku proporcjonalności, stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3 uoondfp.

Obwiniony w składanych Komisji wyjaśnieniach podał, że prowadząc przedmiotowe zamówienie dokonał należytego aktu staranności, gdyż koordynowanie postępowania powierzył specjalistce ds. zamówień publicznych zatrudnionej u zamawiającego oraz w zakresie pomocy techniczno-organizacyjnej na przeprowadzenie tego postępowania zawarł umowę z profesjonalnym podmiotem zewnętrznym, do którego obowiązków należało w

szczegółności opracowanie dokumentacji przetargowej, przygotowanie wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w toku postępowania oraz doradztwo przy ocenie złożonych ofert przetargowych. Ponadto, podał, że zamawiający ustalił warunki pozwalające na maksymalne uprawdopodobnienie, że wybrany wykonawca prawidłowo zrealizuje zamówienie. Komisja I instancji oceniając powyższe naruszenia oraz dotychczasową nienaganną pracę Obwinionego uznała go winnym popełnienia zarzucanych mu czynów, jednakże odstąpiła od wymierzenia kary.

Od orzeczenia Komisji Obwiniony wniósł odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszeni Dyscypliny Finansów Publicznych (GKO), w którym w oparciu o przepis art. 138 ust. 2, 3 i 4 zarzucił orzeczeniu Komisji błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy oraz naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów art. 17 ust. 1c i art. 17 ust. 1 pkt 3 uoondfp, poprzez uznanie, że sprawując swoją funkcję dopuścił się naruszeń dyscypliny finansów publicznych, w sytuacji gdy brak było ku temu podstaw, a także wskazał, że nawet gdyby przyjąć, iż naruszenia miały miejsca to nie miały one jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosząc powyższe w oparciu o przepis art. 138 ust. 5 i art. 147 ust. 3 uoondfp, wniósł o uchylenie orzeczenia i uniewinnienie, ewentualnie o uchylenie orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Komisję I Instancji.

Uzasadniając stanowisko zawarte w odwołaniu podał, że sprawując funkcję Dyrektora Zespołu Opieki Zdrowotnej w (...) nigdy nie dopuścił się naruszeń dyscypliny finansów publicznych, a swoją funkcję sprawował w sposób wzorcowy, z zachowaniem najwyższej staranności. Również w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na „(...) informacyjnych (...) usług medycznych (...)” także dochował należytej staranności powierzając koordynowanie postępowania specjaliście ds. zamówień publicznych, jak również w drodze konkursu został wyłoniony wykonawca zewnętrzny, którego zadaniem było prawidłowe przeprowadzenie postępowania. Wskazał, że mając na względzie powyższe ustalenia co do przeprowadzenia postępowania sam nie wydawał w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek poleceń lub wytycznych, pozostając w usprawiedliwionym zaufaniu do wiedzy i profesjonalizmu ww. podmiotów. O zastrzeżeniach do przeprowadzonego postępowania, o udzielenie tego zamówienia publicznego, powziął informację dopiero w toku kontroli przeprowadzonej w dniach 15-17 grudnia 2015 r. Mając powyższe na względzie stwierdził, że zarówno w dniu 15 lutego 2015 r., jak i 3 kwietnia 2015

r. nie miał świadomości jakichkolwiek potencjalnych nieprawidłowości w przeprowadzonym postępowaniu.

Odnosząc się do zakwestionowanych przez kontrolę i Rzecznika ustalonych warunków udziału w postępowaniu podał, że zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę, który miał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał jedną dostawę sprzętu komputerowego oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego o wartości większej niż 4 miliony zł brutto. Jednakże nie zastrzeżono, że oferta wykonawcy, który spełnia warunki określone w pierwotnej specyfikacji (3 dostawy sprzętu komputerowego oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego na kwotę min. 1 mln zł brutto) zostanie odrzucona. Należało przez to zdaniem Obwinionego rozumieć, że do przetargu zostaną dopuszczone oferty spełniające pierwotne warunki wiedzy i doświadczenia oraz te wynikające z odpowiedzi na pytania, albowiem można uznać, że waga doświadczenia w obu warunkach była podobna. Podkreślił, że do postępowania przystąpiło 7 wykonawców, część z nich zadawała pytania, jednakże ostatecznie ofertę złożył tylko jeden wykonawca. W trakcie postępowania żaden z wykonawców nie zgłosił zastrzeżeń do stawianych warunków udziału w postępowaniu, a od dokonanego wyboru nie zostało wniesione odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Podniósł, że mając na uwadze treść SIWZ wraz z jej zmianami oraz opublikowaną treść ogłoszenia o zamówieniu wraz z jej zmianami, Zamawiający określił warunki udziału w sposób pozwalający na maksymalne uprawdopodobnienie realizacji celu wskazanego w przedmiotowym postępowaniu. Przyjęcie warunku na poziomie realizacji jednej dostawy o wartości ponad 4 mln zł brutto (dla części I) nie stało zdaniem zamawiającego w sprzeczności z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie określił jaki procent w kwocie 4 mln zł ma stanowić wartość sprzętu komputerowego, sprzętu serwerowego czy oprogramowania systemowego i narzędziowego. Brak narzuconego udziału poszczególnych wartości elementów dostawy spowodował istotne zwiększenie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców w części I. W przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia w ramach obu części łącznie, zamawiający przewidział również możliwość spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie wykonania min. 3 dostaw sprzętu komputerowego (w tym co najmniej stacje robocze i drukarki), sprzętu serwerowego (w tym co najmniej serwery, macierze) oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego (w tym co najmniej modułu elektronicznej dokumentacji medycznej) na kwotę min. 1 mln zł brutto każda.



Podkreślił, że zamawiający zastosował tym samym bardzo pragmatyczne i liberalne warunki udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia, przy jednoczesnym zachowaniu możliwości wyboru wykonawcy, który w należyty sposób będzie realizował przedmiot umowy. Taki sposób postępowania nie naruszał konkurencji, wręcz przeciwnie pozwalał na możliwość zwiększenia się liczby potencjalnych wykonawców lub co najmniej zainteresowanych. Nie wpłynęło to jednak na zwiększenie się liczby oferentów, gdyż do przetargu przystąpił tylko jeden wykonawca. Jednocześnie, mimo zarzutu dwuznaczności warunków wiedzy i doświadczenia nie było w tym zakresie pytań o ich wyjaśnienie.

Reasumując powyższe stanowisko podał, że tak ustalony stan faktyczny, pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że w doniesieniu do pierwszego z przypisanych czynów, tj. naruszenia art. 17 ust. 1c uooudfp, jeżeli nawet przyjąć, że wystąpiło uchybienie, to w żaden sposób nie wpływało to na rozstrzygnięcie przetargu. Stosownie do tego przepisu naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1 b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Podkreślił, że gdyby jakiś wykonawca został pozbawiony możliwości przystąpienia do przetargu lub wprowadzony w błąd, to z pewnością zaskarżyłby wynik przetargu lub dokumenty przetargowe w trakcie jego trwania. Tymczasem, nikt nie zadał pytania, które mogłoby sugerować dwuznaczność w zakresie wymagań wiedzy i doświadczenia, nikt nie wniósł odwołania, ani nikt poza jednym oferentem nie złożył oferty. Tym samym zupełnie uprawnioną jest teza, że nikt poza jednym oferentem nie był zainteresowany przetargiem.

Odnosząc się do zarzucanego Obwinionemu popełnienia drugiego z czynów dotyczącego naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 3 uooudfp podał, że zarzut w postaci określenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie jest zasadny. Podał, iż ZOZ w (...) otrzymał informację o możliwości dofinansowania projektu w listopadzie 2014 r. z zastrzeżeniem, że inwestycję należy całkowicie przeprowadzić i rozliczyć do końca września 2015 r. Tym samym, w ciągu kilku dni należało udzielić odpowiedzi w zakresie skorzystania z powyższej możliwości wraz z decyzją przystąpienia do tego Projektu. Następnie w dość krótkim czasie należało uaktualnić wniosek aplikacyjny, przeprowadzić postępowanie przetargowe, wyłonić wykonawcę i podpisać umowę. Z oszacowania czasu realizacji zamówienia wynikało, że potencjalnemu

wykonawcy na wykonanie skomplikowanego przedsięwzięcia zostanie 4 do 5 miesięcy z rezerwą dla zamawiającego na odbiór prac i rozliczenie finansowe.

Sytuacja taka spowodowała konieczność sformułowania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby wyłonić wykonawcę dającego największą rękojmię i jak największą gwarancję poprawnej, sprawnej i szybkiej realizacji zadania. Wykonawcę posiadającego duży potencjał techniczny i osobowy, gwarantującego poprawne funkcjonowanie systemu informatycznego i utrzymanie stabilności jego działania poprzez świadczenie pomocy technicznej na właściwym poziomie i ew. późniejsze jego serwisowanie oraz aktualizację popartą możliwościami odnawiania licencji na użytkowanie zgodne z wymaganiami NFZ. Podkreślił, że zdaniem Obwinionego zamawiający ma prawo oczekiwać, iż zamówienie zostanie udzielone wykonawcy zapewniającemu należyte wykonanie zamówienia, gdyż wykonawcy mający mniejsze doświadczenie z reguły nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego. Uznano tym samym, że zamawiającemu wolno opisać warunki udziału oraz sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom. Zadbano przy tym, aby opis ten nie spowodował ograniczenia konkurencji. Postawiono wymaganie adekwatnego do przedmiotu zamówienia, doświadczenia, potwierdzającego możliwości wykonawcy w zakresie wykonywania usług modernizacji systemu informatycznego. Sama wartość wykonywanych zamówień miała nieść informacje nt. doświadczenia i zdolności wykonawców. Domniemano, że wartość wykonanych przedsięwzięć oddaje jakość oraz techniczne zaawansowanie wykonywanych prac i jest obiektywnym miernikiem ich skali. Może również dowodzić lub nawet potwierdzać, że wykonawca spełniający postawione warunki będzie w stanie organizacyjnie podołać wykonaniu umowy o znacznej wartości i znacznym zakresie techniczno-merytorycznego skomplikowania.

Podkreślił, że określając warunki progowe jakimi jest doświadczenie widziane poprzez zakres i wielkość kontraktów uwzględniono cel, jakiemu miało służyć określenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ szczegółowych warunków udziału w postępowaniu, tj. wyboru wykonawcy dającego największą rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Bez względu na to czy dolną granicą spełniania wartości wykonanych prac była kwota 4 mln zł, czy trzykrotność 1 mln zł, to zdaniem Obwinionego należało uznać, że nie odbiega ona od oszacowanej do wydania kwoty 3.324.693,66 zł brutto, a biorąc pod uwagę planowane ew. ewentualne zwiększenie zakresu zamówienia o 3% do kwoty ok. 3.424.434,56 zł. Zamawiający

miał przy tym świadomość specjalistycznego charakteru przedmiotu umowy i obowiązku powierzenia go do realizacji podmiotowi dającemu rękojmię jego wykonania.

**Główna Komisja Orzekająca po przeprowadzeniu rozprawy uznała, że odwołanie w zakresie naruszenia art. 17 ust.1 pkt 3 uondfp nie zasługuje na uwzględnienie i w związku z tym orzeczenie Komisji I instancji w tym zakresie zostało utrzymane w mocy.**

Rozprawa przed GKO odbyła się z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Obwiniony nie stawili się na rozprawę, prawidłowo zawiadomieni o jej terminie. Przed rozprawą do GKO wpłynął wniosek adwokata (...) o odroczenie wyznaczonej na 21 listopada 2019 r. rozprawy w przedmiotowej sprawie, który to wniosek został odrzucony. W realiach niniejszej sprawy GKO podkreśla przede wszystkim, że wbrew twierdzeniom adwokata (...) jakoby działał jako obrońca obwinionego, nie został on upoważniony do reprezentowania Obwinionego na etapie postępowania przed GKO. Znajdujące się w aktach sprawy upoważnienie adwokata (...) do obrony Obwinionego ograniczone jest do działania tylko na etapie postępowania przed I instancją. Potwierdza to również fakt, że sam obwiniony wniósł odwołanie. Co więcej, GKO podkreśla, że w niniejszej sprawie rozprawa była odraczana 15 kwietnia 2019 r., 25 lipca 2019 r. oraz 19 września 2019 r. a Obwiniony przynajmniej od 28 marca 2019 r. (data otrzymania zawiadomienia o rozprawie wyznaczonej na 15 kwietnia 2019 r.) wiedział o toczącym się przed GKO postępowaniu, zatem miał 8 miesięcy na wyznaczenie obrońcy. O obowiązku udzielenia przez Obwinionego odpowiedniego upoważnienia został poinformowany także adwokat (...) (zawiadomienie o wyznaczeniu rozprawy z dnia 28 czerwca 2019 r. ). Pomimo tego do 21 listopada 2019 r. nie zostało przesłane do GKO upoważnienie do obrony, tym samym brak było podstaw do uznania, wniosku o odroczenie rozprawy przesłanego przez adwokata (...). Należy podkreślić, że GKO kilka razy odraczała rozprawę, uwzględniając przedstawiane argumenty i czas potrzebny na ustanowienie pełnomocnictwa, Jednak Obwiniony i jego potencjalni obrońcy, pomimo upływu dłuższego okresu, nie przedstawili upoważnienia do obrony. Dlatego nie było podstaw do odraczania (po raz kolejny) rozprawy.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie

popęlnienia czynu zarzucanego Obwinionemu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna, niż w czasie popęlnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popęlnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Odnosząc się do samego pojęcia „ustawa względniejsza dla obwinionego”, GKO wskazuje, iż oceny sytuacji w tym zakresie należy dokonać mając na względzie ocenę sytuacji prawnej, jaka zaistniała wobec Obwinionego po zmianie przepisów prawa. Dokonując oceny w tym zakresie należy mieć na względzie całość okoliczności zarówno prawnych, jak i faktycznych mogących doprowadzić do uniewinnienia obwinionego bądź zaistnienia sytuacji w której możliwe będzie orzeczenie kary łagodniejszego rodzaju. Określenie „ustawa względniejsza dla sprawcy” indywidualizuje konkretną sytuację danego obwinionego, wskazującą zarówno na możliwość przypisania winy, jak i możliwość przedstawienia przez obwinionego uzasadnienia jego postępowania mogącego wskazywać np. na brak winy w działaniu lub dawać możliwość wykazania zasadności działania w okolicznościach obowiązywania ustawy, w poprzedniej treści. Podstawowym założeniem jest więc tutaj nie pogarszanie sytuacji prawnej sprawcy naruszenia konkretnego przepisu prawa w stosunku do jego nowej treści po zmianie. Oceniając powyższe GKO uznała za prawidłowe w tej kwestii stanowisko Komisji I instancji, która uznała, że przepisy obowiązujące w dniu popęlnienia czynu były względniejsze dla Obwinionego. GKO odnosząc się do stanu faktycznego sprawy wskazanego w orzeczeniu Komisji uznała, że w pełni odzwierciedla on zaistniałą w sprawie sytuację. Nadto sam Obwiniony nie wnosił w odwołaniu o uzupełnienie opisu stanu faktycznego. Stanowisko Obwinionego w zakresie merytorycznym opierało się na innej interpretacji prawnej ustalonego stanu faktycznego w orzeczeniu Komisji. Tym samym GKO uznała, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wymagał uzupełnienia.

Przechodząc do oceny zasadności odwołania w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego nie dokonania unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej także Pzp) z tego powodu, iż zamawiający dopuścił się zamieszczenia w Ogłoszeniu o zamówieniu, dwóch różnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co spowodowało zdaniem Komisji I instancji obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Na wstępie podkreślić należy, że ustalone naruszenie przepisu art. 17 ust. 1c uoondfp polegało na wadliwym opisanu warunków udziału, w wyniku którego w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia na I i II część, czyli na całość zamówienia nie można było ustalić, czy wykonawcy zostali zobligowani do wykazania się min. jednej dostawy o wartości większej niż 4 mln złotych, czy też wykonaniem min. trzech dostaw na kwotę po min. 1 mln złotych każda. Komisja uznała, że postępowanie z tego powodu winno być zostać unieważnione najpóźniej w dniu 2 kwietnia 2015 roku, gdyż w dniu 3 kwietnia 2015 roku została zawarta umowa o udzieleniu zamówienia w tym postępowaniu. Nadto zdaniem GKO podkreślenia wymaga fakt, że w przedmiotowej sprawie została zawarta umowa, która następnie została wykonana i do dnia orzekania nie została zakwestionowana jej prawidłowość i zgodność z prawem.

Osią sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu jest kwestia czy błędne powyższe opisanie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia stanowiło wadę postępowania i to taką, która uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

GKO w tym zakresie wskazuje, że unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter *numerus clausus* (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 Pzp. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

GKO uznała, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp może zatem mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek, tj.

fakt wystąpienia wady postępowania, wada musi być niemożliwa do usunięcia, niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu oraz zagrożenie unieważnieniem umowy, musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe, a działania lub zaniechania zamawiającego muszą dotyczyć czynności fundamentalnych dla wyniku postępowania. Tym samym nie może to być wada zwykła - jakakolwiek wada postępowania.

W tym zakresie, zdaniem GKO należy wskazać na szereg orzeczeń Sądu Najwyższego, który w licznych orzeczeniach odniósł się do kwestii wady postępowania skutkującej potrzebą unieważnienia umowy. Sąd Najwyższy uznał, że dla unieważnienia postępowania musi istnieć wada, która ma charakter nieusuwalny, a przy tym w sposób obiektywny uniemożliwia podpisanie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W orzeczeniach podkreślono, że zachowaniem sprzecznym z prawem w rozumieniu tego przepisu jest jedynie działanie, pozostające w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa (wyrok SN z dnia 6 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 589/08). Okoliczności skutkujące wnioskiem o unieważnienie umowy muszą bowiem być na tyle jednoznacznie i stanowczo ustalone, by mogły być przedmiotem niezbędnej weryfikacji, jako usprawiedliwiającej dopuszczalność skorzystania z przepisu o unieważnieniu umowy. Ocena ta nie może mieć charakteru dowolnego i musi być oparta na badaniu uprzednio ustalonych i dających się jednoznacznie zweryfikować okoliczności, które nie mogą być ograniczone tylko do kategorii okoliczności dających podstawę do podejrzeń czy przypuszczeń wadliwości postępowania zamawiającego, (sygn. akt III CK 73/05). Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż mająca być zawarta umowa będzie może podlegać unieważnieniu w sytuacji, gdy wprawdzie zachowanie strony umowy zawartej w wyniku przetargu, jego uczestnika lub osoby trzeciej było sprzeczne z tymi przepisami, ale nie miało wpływu na ostateczny skutek postępowania przetargowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r. II CSK.523/12).

W świetle powyższych ustaleń i rozważań GKO uznała, że ocena czy zaistniała podstawa z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp winna być odniesiona do konkretnego stanu faktycznego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu fakt opisanie dwóch różnych warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, w wynikające z tego wątpliwości, który z nich mieli spełnić wykonawcy, aby

wziąć udział w postępowaniu, stanowi niewątpliwie wadę postępowania, ale brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wada ta winna skutkować unieważnieniem umowy. Powyższej wady nie można zaliczyć do sytuacji wyjątkowej skutkującej nie tylko koniecznością unieważnienia umowy, ale także grożącej niewykonaniem zamówienia, gdyż nie miała negatywnego skutku dla przedmiotu zamówienia. Jak wskazano powyżej zawarta umowa została wykonana w sposób prawidłowy i nie wystąpiły jakiegokolwiek okoliczności wskazujące na potrzebę jej unieważnienia. Jednocześnie brak jest podstaw do uznania, iż w sprawie zostały spełnione kumulatywnie, przesłanki wymienione w art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 831/10).

Biorąc powyższe pod uwagę GKO na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uodnfp, uchyliła zaskarżone orzeczenie w zakresie dotyczącym pkt 1a orzeczenia i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 tego artykułu uodnfp, uniewinniła Obwinionego;

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania, dotyczącego uznania, że Obwiniony dopuścił się naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 3 uodnfp, poprzez opisanie warunków zamówienia w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, to GKO uznała, iż orzeczenie Komisji w tym zakresie jest prawidłowe i uznaje poczynione w tym zakresie ustalenia za prawidłowe.

Za niezasadne należało uznać stanowisko Obwinionego, iż prawidłowe było postawienie warunku udziału dla części I zamówienia, którego wartość wynosiła 1 698 125,00 zł, wymogu wykazania się przez wykonawców w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, by spełniali wymóg polegający na wykonaniu, rodzajowo podobnego zamówienia o wartości większej niż 4.000.000,00 zł brutto. Ponadto w przypadku ubiegania się o całość zamówienia, którego wartość wynosiła 2.703.003,05 zł netto, jeden z warunków zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu był tożsamy z wymogiem dla ww. części pierwszej zamówienia. Obwiniony tak postawiony warunek uzasadniał krótkim terminem dla wykonania zamówienia, a tym samym potrzeby złożenia ofert przez wykonawców dających jak największą rękojmię i gwarancję szybkiego i sprawnego wykonania zamówienia. GKO podkreśla, że celem zamówień publicznych jest nie tylko umożliwienie zamawiającemu wybór odpowiedniego wykonawcy zamówienia, ale także otwarcia postępowania na możliwość konkurowania w postępowaniu wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia, a więc na każdego wykonawcę zdolnego zamówienie wykonać. GKO za Komisją I instancji uznaje, że tak opisany warunek udziału był zbyt rygorystyczny i nieproporcjonalny do wartości zamówienia. Nie

można odczytywać, że postawienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia przekraczającego prawie dwukrotnie wartość zamówienia, które ma zostać udzielone, spełnia wymóg właściwej proporcji wymagań.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania GKO wskazuje, że zgodnie z art. 19 uoondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Ponadto osobie można przypisać winę w postępowaniu jeżeli jest możliwe wskazanie właściwego wzorca postępowania. Wskazanie wzorca postępowania polega na wskazaniu Obwinionemu właściwego sposobu postępowania, którego przestrzeganie nie wywołałoby nieprawidłowości w gospodarowaniu środkami publicznymi. Wskazanie wzorca postępowania w danej sprawie skutkującej naruszeniem dyscypliny finansów publicznych ma na celu wykazanie błędów Obwinionego w postępowaniu oraz instruuje jak postępować prawidłowo w przyszłości, aby w podobnych przypadkach uniknąć naruszenia prawa.

GKO uznała, że Obwiniony po pierwsze, jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych objęty jest zakresem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a po drugie, jako kierownik zamawiającego miał realny wpływ na ostateczne ukształtowanie treści SIWZ – w tym w zakresie ustalenia warunków udziału w postępowaniu. Sam fakt powierzenia przygotowania postępowania oraz ustalenia treści dokumentacji w tym zakresie nie zdejmował z Obwinionego obowiązku przestrzegania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. To Obwiniony zatwierdzał treść Ogłoszenia o zamówieniu, jego zmiany, a także treść SIWZ. Tym samym miał realny wpływ na końcową treść tych dokumentów.

GKO w pełni akceptuje stanowisko Komisji I instancji, że popełnienie przedmiotowego czynu, wynikało z niezachowania przez Obwinionego należytej ostrożności i nie zastosowania się do norm prawnych mimo posiadania obiektywnie możliwości postępowania zgodnie z tymi normami. Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym było uznanie przez Komisję i GKO, iż zachowanie Obwinionego w czasie popełnienia zarzucanego czynu było zawinione.

Odnosząc się do orzeczenia w zakresie kary GKO uznała, że niewątpliwie Komisja w sposób łagodny potraktowała działania Obwinionego, odstępując od wymierzenia kary. W zasadzie przypisując prawidłowo odpowiedzialność, Komisja nie mogła Obwinionego potraktować łagodniej. Nie ma natomiast wątpliwości, że Obwiniony – jako kierownik zamawiającego, miał obowiązek znać i stosować ważne i podstawowe regulacje dotyczące udzielania zamówień



publicznych. Nie powinien zaakceptować warunków ograniczających konkurencyjność. Akceptując tak wyśrubowane warunki naruszył zasadę uczciwej konkurencji w stopniu, który wyklucza możliwość uznania jego zachowania za znikomo szkodliwe dla finansów publicznych (porównaj art. 28 ust. 3 uodnfp, który stanowi, że przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców).

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania GKO uznała, że wskazane przez Komisję przepisy prawa materialnego zostały naruszone, a tym samym zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych i należało w zakresie wskazanym w sentencji utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie.

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