



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 29 stycznia 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Agata Mikołajczyk (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Leszek Paweł Biedka</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Anna Packo</i>
Protokolant:		<i>Paweł Matusiak</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 29 stycznia 2018 r., odwołania złożonego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie z dnia 7 lutego 2017 r. sygn. akt: RIO-52/DFP-59/2016, RIO-52/DFP-60/2016, którym Komisja, uznała (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r.

poz. 1311) – zwanej dalej uondfp, polegające na udzieleniu w dniu 30 października 2015 r. Spółdzielczemu Bankowi (...) zamówienia publicznego na udzielenie i obsługę kredytu długoterminowego w wysokości (...) z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów oraz pokrycie planowanego deficytu gminy, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zapytania o cenę, tj. z naruszeniem art. 70 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.).

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu (...) karę upomnienia i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,17 zł,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, utrzymuje w mocy orzeczenie w zaskarżonej części.

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

Odwołanie zostało wniesione przez Obroncę Obwinionego (...) od orzeczenia z dnia 7 lutego 2017 r. sygn. akt: RIO-52/DFP-59/2016, RIO-52/DFP-60/2016 Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie (zwanej dalej: „Komisją” lub „RKO”) w zakresie jego punktu II, IV i V, w jakim (...), pełniący funkcję Burmistrza (...), uznany został odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej: „uondfp”), polegające na udzieleniu w dniu 30 października 2015 r. Spółdzielczemu Bankowi (...) zamówienia publicznego na udzielenie i obsługę kredytu długoterminowego w wysokości (...) z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów oraz pokrycie planowanego deficytu gminy, z naruszeniem przepisów

o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zapytania o cenę, tj. z naruszeniem art. 70 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) zwaną dalej: „Pzp”. Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 uondfp wymierzyła karę upomnienia, a na podstawie art. 167 ust. 1 tej ustawy orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

RKO, rozpoznając zarzuty stawiane (...) przede wszystkim wskazała następujące okoliczności i powody podjęcia omawianego rozstrzygnięcia.

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie, zwany dalej „Rzecznikiem”, we wniosku o ukaranie z 25 lipca 2016 r. zarzucił Obwinionemu – (...), naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, opisane w treści orzeczenia. Wniosek o ukaranie został oparty na zawiadomieniu, które złożył Dyrektor (...) na podstawie wyników kontroli, przeprowadzonej w Urzędzie Miejskim (...), w dniach od 22 stycznia do 5 kwietnia 2016 r., w zakresie procedur podejmowania i realizacji decyzji w przedmiocie udzielania wybranych zamówień publicznych w latach 2010 - 2015 (zawiadomienie - k. 1 - 6). W toku rozprawy ujawniony został materiał dowodowy, zgromadzony w aktach sprawy na kartach 1 - 323. Ponadto w trakcie rozprawy Obrońca złożył do akt sprawy dodatkowe dokumenty w postaci pisma procesowego datowanego na 2 stycznia 2017 r. oraz Rekomendacji A dotyczącej zarządzania ryzykiem towarzyszącym zawieraniu przez banki transakcji na rynku instrumentów pochodnych, wydanej w 2010 r. przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Komisja, rozpoznając zarzuty stawiane Obwinionemu przez Rzecznika postanowiła przyjąć za podstawę orzeczenia stan prawny obowiązujący w dacie orzekania, wskazując, że wprawdzie od daty popełnienia zarzucanych czynów do daty wydania orzeczenia w przedmiotowej sprawie zmiana uległy przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ale zmiany te nie dotyczyły przepisów, których naruszenie jest przedmiotem zarzutów. Również art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp nie zmienił się od czasu popełnienia zarzucanego czynu. W tej sytuacji Komisja - działając w oparciu o art. 24 uondfp - zastosowała ustawę nową, ponieważ ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla Obwinionego.

Na podstawie dowodów załączonych do wniosku o ukaranie, ujawnionych na rozprawie RKO ustaliła następujący stan faktyczny w przedmiotowej sprawie.

Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na udzielenie i obsługę kredytu długoterminowego w wysokości 3.797.557 zł z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów oraz pokrycie planowanego deficytu budżetu gminy przeprowadzone zostało w okresie od 22 września 2015 r. do 30 października 2015 r. (k. 37 - 139). W dniu 22 września 2015 r. Obwiniony (...) podpisał wniosek o ustalenie trybu dokonania zamówienia publicznego. Wniosek zawierał propozycję przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w trybie zapytania o cenę na podstawie art. 70 Pzp, ale nie zawierał uzasadnienia faktycznego i prawnego zaproponowanego trybu (k. 70 i 71). Szacunkową wartość zamówienia określono na kwotę (...), co stanowiło (...) euro na dzień określenia wartości zamówienia wg rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (4,2249 zł). Uzasadnienie udzielenia ww. zamówienia w trybie zapytania o cenę zawarto w protokole postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 6 października 2015 r., w którym podano, że jest to usługa powszechnie dostępna o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia nie przekracza kwoty 207.000,00 euro (art. 11 ust. 8, art. 70 Pzp). Kierownikiem zamawiającego był Burmistrz (...). W postępowaniu udział brała Komisja Przetargowa, powołana Zarządzeniem Burmistrza (...) nr (...) (k. 273). Wg zarządzenia Komisja Przetargowa miała charakter stały bez względu na wartość zamówienia. Do jej zadań należało przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonanie oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badanie i ocena ofert, przedstawienie Burmistrzowi propozycji wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty lub przygotowania wniosku o unieważnienie postępowania. Zakres obowiązków osób wchodzących w skład Komisji Przetargowej określony został w załączniku nr (...) do zarządzenia. Komisja Przetargowa przedstawiła Burmistrzowi do zatwierdzenia projekt specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzonym w trybie zapytania o cenę i wybór trybu udzielenia zamówienia (k. 270). Zgodnie z zatwierdzoną przez Obwinionego (...) specyfikacją, przedmiotem zamówienia, które miało być przeprowadzone w trybie zapytania o cenę było udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego w wysokości (...) zł z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów

oraz pokrycie planowanego deficytu budżetu gminy (k. 72 - 86). Jako miejsce i czas składania ofert wskazano Urząd Miejski (...) w terminie do (...) 2015 r. Kryterium wyboru wykonawcy była cena - 80% oraz stała marża banku 20%. W dniu (...) 2015 r. skierowano zaproszenia do składania ofert do następujących wykonawców (k. 68 i 87 - 96): Spółdzielczy Bank (...), Bank Spółdzielczy (...); Powiatowy Bank (...); Bank Spółdzielczy (...); Bank (...). Do dnia upływu terminu składania ofert wpłynęły 2 oferty (k. 37 - 67): Spółdzielczego Banku (...) - cena (...) oraz Banku Spółdzielczego (...). Na podstawie porównania i oceny złożonych ofert wybrano najkorzystniejszą ofertę, złożoną przez Spółdzielczy Bank (...) (k. 110 - 116). W dniu 30 października 2015 r. pomiędzy zamawiającym, Gminą (...), reprezentowaną przez Obwinionego (...) a Spółdzielczym Bankiem (...), podpisana została umowa na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. Ostateczny termin spłaty kredytu, odsetek i innych należności określono na dzień (...) grudnia 2020 r.

Regionalna Komisja Orzekająca, po dokonaniu analizy zgromadzonego materiału dowodowego uznała, że w Urzędzie Miejskim (...) doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, poprzez udzielenie przez (...) - Burmistrza (...) w dniu (...) października 2015 r. Spółdzielczemu Bankowi (...) zamówienia publicznego na udzielenie i obsługę kredytu długoterminowego w wysokości (...) zł z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu zapytania o cenę. RKO wskazała, że zgodnie z art. 7 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (ust. 1), a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3). Stosownie do art. 10 ust. 1 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Udzielenie zamówienia w trybie zapytania o cenę jest szczególnym sposobem nabywania przez zamawiającego określonych dóbr i świadczeń, dopuszczalnym tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. Tryb zamówienia z art. 70 Pzp jest trybem szczególnym i przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych muszą być w każdym przypadku ściśle interpretowane, zgodnie z zamkniętą listą przesłanek uzasadniających zastosowanie tego trybu, a stosownie do powołanego art. 70 wymagane jest łączne wykazanie okoliczności, o których mowa w tym przepisie. „Niewątpliwie skorzystanie z tego przepisu wymaga, aby

spełnione były obie wymienione w nim i interpretowane ściśle przesłanki, tj. przedmiotem zamówienia mogą być tylko dostawy lub usługi powszechnie dostępne na rynku o znormalizowanych standardach, których wartość jest mniejsza - w zależności od kategorii zamawiającego udzielającego zamówienia - od kwot, o których jest mowa w art. 11 ust. 8 Pzp (uchwała KIO z 5 października 2011 r., sygn. KIO/KD 75/11). Jednocześnie powszechnie przyjmuje się, że z uwagi na poza przetargowy charakter zapytania o cenę, przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej, w szczególności przetargu nieograniczonego lub ograniczonego (UZP, Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę, www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie). Stanowisko takie znalazło również swoje odzwierciedlenie np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2010 r. o sygn. KIO/KD 97/10, w którym stwierdzono, że w uzasadnionych przypadkach, ale tylko w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp) dopuszczalne jest korzystanie z innych trybów udzielania zamówień, w tym m. in. zapytania o cenę, którego przesłanki stosowania zostały określone w art. 70 Pzp. Zatem przesłanki zastosowania trybu zapytania o cenę jako wyjątkowego nie powinny być interpretowane rozszerzająco, a ich znaczenie należy ustalać przede wszystkim przy zastosowaniu wykładni gramatycznej. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera legalnej definicji terminów „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe”. Kierując się wykładnią językową pojęcie „powszechnie dostępny” należałoby rozumieć jako dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, popularny. „Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym.” (orzeczenie GKO z 28 czerwca 2010 r. sygn. BDF 1/4900/44/50/ 10/1227). „Przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć „dostępność dla wszystkich zainteresowanych, przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, a zatem brak zindywidualizowania przedmiotu świadczenia dla poszczególnych zamawiających” (UZP „Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”, www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy). „Aby daną dostawę lub usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspokajania bieżących potrzeb. O dostępności usługi nie świadczy to, od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy” (uchwała KIO z 9 kwietnia 2014 r. sygn. KIO/KD 26/14). Winno to być zatem zaspokajanie

potrzeby o charakterze codziennym, bieżącej. Pojęcia „powszechnej dostępności” i „powszechności występowania” nie są równoważne. Fakt, iż istnieje wiele podmiotów na danym rynku oferujących swoje usługi określonego rodzaju (powszechność występowania) nie oznacza, że każdy potencjalnie zainteresowany pozyskaniem danej usługi będzie mógł ją bez problemu uzyskać (powszechna dostępności) - tak uchwała KIO z dnia 28 września 2011 r., sygn. KIO/KD 74/11. Pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” z kolei należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Innymi słowy są to znormalizowane cechy dostaw lub usług, spełniające przeciętne wymagania stawiane danej grupie produktów, dzięki którym nie jest wymagane indywidualne podejście do ich wykonania. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 grudnia 2014 r. (sygn. II GSK 1704/13) trybu zapytania o cenę nie stosuje się do dostaw lub usług, których standardy jakościowe są ustalane w celu zaspokojenia indywidualnych potrzeb zamawiającego. Komisja w pełni podziela zdanie wyrażone w opinii Dyrektora Departamentu Prawnego UZP z (...) 2016 r. (k. 300-302), przedstawione w odpowiedzi na zapytanie Delegatury CBA (...) dotyczące kwestii dopuszczalności udzielenia przez jednostkę samorządu terytorialnego zamówienia na usługę udzielenia i obsługi kredytu długoterminowego w trybie zapytania o cenę. Zgodnie z opinią „w przypadku usługi udzielenia kredytu bankowego uzasadnione jest stwierdzenie, że jest to usługa powszechnie dostępna, ponieważ oferuje ją wiele banków, jednakże nie można przyjąć, że jest to usługa o ustalonych standardach jakościowych. W przypadku udzielania tych usług w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, usługi te posiadają bowiem specjalistyczny, zindywidualizowany charakter, z uwagi na konieczność sprostania wymaganiom zamawiających w zakresie kwoty kredytu, liczby i wysokości rat spłaty, oprocentowania, prowizji, waluty, sposobu zabezpieczenia spłaty itp.” Końcowo opinia stwierdza, że „mając na uwadze powyższe należy uznać, że zamówienie publiczne na usługi udzielenia kredytu bankowego przez jednostki samorządu terytorialnego, nie powinno być udzielone w trybie zapytania o cenę, ponieważ nie jest to usługą charakteryzującą się ustalonymi standardami jakościowymi”. Ustawa prawo bankowe, na co zwrócono uwagę w opinii UZP, nie zawiera legalnej definicji kredytu, lecz „określa podstawowe prawa i obowiązki stron umowy kredytowej oraz niezbędne elementy jej treści, jak również działania banku związane z udzieleniem kredytu oraz kontrolą jego wykorzystania przez

kredytobiorcę. Przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu (art. 69 ust. 1 ustawy Prawo bankowe). W ujęciu leksykalnym kredyt bankowy definiowany jest jako stosunek ekonomiczny pomiędzy bankiem a kredytobiorcą, którego istota polega na dostarczeniu przez bank określonej kwoty środków pieniężnych kredytobiorcy, pod warunkiem jej późniejszego zwrotu wraz z wynagrodzeniem dla banku (odsetki, prowizja, opłaty manipulacyjne) – [zob. Z. Ofiarski - komentarz do art. 69 ustawy Prawo bankowe, LexOnline 2013.] Przepis art. 69 ust. 2 ustawy Prawo bankowe (w opinii UZP omyłkowo wskazano art. 96) stanowi, że umowa kredytu powinna być zawarta na piśmie i określać w szczególności: strony umowy, kwotę i walutę kredytu, cel na który kredyt został udzielony, zasady i termin spłaty, w przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska, szczegółowe zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo - odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę wypłaty albo spłaty kredytu, wysokość oprocentowania kredytu, sposób zabezpieczenia spłaty kredytu, zakres uprawnień banku związanych z kontrolą wykorzystania i spłaty kredytu, terminy i sposób postawienia do dyspozycji kredytobiorcy środków pieniężnych, wysokość prowizji, jeżeli umowa ją przewiduje, warunki dokonywania zmian i rozwiązania umowy. Powyższe wyliczenie zawiera elementy niezbędne umowy kredytu bankowego, tworząc ramy prawne takiej umowy, które mogą być dostosowane do zindywidualizowanych potrzeb kredytobiorców, funkcjonujących w obrocie prawnym w różnorodnych formach organizacyjnych. Inne są bowiem standardy udzielania kredytu dla konsumentów, będących osobami fizycznymi, a inne dla osób prawnych, co do których zaliczają się m.in. zamawiający. W przypadku osób fizycznych umowy kredytu zazwyczaj są umowami o charakterze adhezyjnym, czyli są zawierane poprzez akceptację warunków umowy ustalonych z góry przez poszczególne banki, a w przypadku osób prawnych, do których zaliczają się m.in. zamawiający, treść umowy kredytu może podlegać negocjacji i uzgodnieniom, a nawet może być z góry określona przez zamawiającego. Postanowienia umowy kredytowej mogą być zróżnicowane w zależności od celu kredytowego, wysokości prowizji, czy sposobu jej zabezpieczenia. Inny jest sposób zabezpieczenia umowy kredytu w przypadku zamawiającego, jakim jest gmina, która udziela

zamówienia na usługę udzielenia kredytu na remont szkoły, a inny sposób zabezpieczenia w przypadku zamawiającego sektorowego, który udziela zamówienia na usługę udzielenia kredytu w celu budowy obiektu liniowego (linii kolejowej, gazociągu, rurociągu)” - k. 300-302.

Komisja zgodziła się w pełni z prezentowanym stanowiskiem UZP. Argument podnoszony przez obrońcę, a dotyczący rzekomego braku stanowczości tej opinii (cyt. „enigmatyczne słowo „nie powinno być” nie oznacza bezwzględnej dyskwalifikacji tego konkretnego trybu” - protokół rozprawy - k. 319-320), zdaniem Komisji, nie zasługuje na uwzględnienie. Komisja uznała, że przeprowadzona w treści opinii analiza prawna jest pełna i logiczna i w sposób oczywisty prowadzi do zakwestionowania podstaw do udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę. W świetle przedstawionych argumentów, sprowadzających się do wykazania braku spełnienia przesłanek zastosowania tego trybu, sformułowanie „nie powinno być” należy rozumieć jako kategorię „nie może być”.

RKO wskazała również, że obrońca w piśmie z (...) 2017 r. powołał się na treść innej opinii UZP pt. „Wyłączenie stosowania ustawy — Prawo zamówień publicznych określone w art. 4 pkt 1 lit. a) ustaw. Możliwość stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie udzielania kredytów przez banki krajowe ze środków międzynarodowych instytucji”. Zdaniem obrońcy „zgodnie z opinią (...) za tego rodzaju zamówienie (tj. powszechnie dostępne i posiadające ustalone standardy jakościowej uznać można również usługę polegającą na udzieleniu kredytu, za wyjątkiem przypadków, kiedy kredyt udzielany jest ze środków międzynarodowych instytucji finansowych np. Europejskiego Banku Inwestycyjnego (EBI), Banku Rozwoju Rady Europy (CEB)”. Tymczasem omawiana opinia dotyczy sytuacji wyłączenia stosowania ustawy PZP do zamówień udzielanych na podstawie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej, kiedy zastosowanie owej procedury jest warunkiem uzyskania środków, a nie jest to sytuacja występująca w niniejszej sprawie. W opinii pada wprawdzie stwierdzenie, że „co do zasady zaciągnięcie kredytu należy traktować jako usługę powszechnie dostępną”, ale jest to zbieżne stanowisko z zaprezentowanym w opinii Departamentu Prawnego UZP z dnia (...) marca 2016 r. Również RKO nie neguje powszechnej dostępności usługi kredytu bankowego, ale uznaje, że nie jest to usługa charakteryzująca się ustalonymi standardami jakościowymi. Dopiero łączne spełnienie tych przesłanek uzasadniałoby zastosowanie trybu zapytania o cenę. RKO wskazała ponadto, że obrońca powołał się również na orzeczenie GKO z 8 maja

2014 r. (sygn. akt BDF1/4900/130/131-132/12/3394), stwierdzając jednocześnie, że cytowany fragment uzasadnienia dotyczący zastosowania trybu zapytania o cenę („Jako przykład w zakresie usług można wskazać np.: sprzątanie pomieszczeń biurowych, ubezpieczenia obowiązkowe, kredyty bankowe itd”) nie jest w tej sprawie stanowiskiem Głównej Komisji Orzekającej, a stanowi przytoczenie argumentów podnoszonych przez Obwinionego w skardze. Komisja zauważa również, że orzeczenie GKO dotyczyło innego stanu faktycznego (usługa transportowa). Uzasadniając istnienie ustalonych standardów jakościowych dla umowy kredytowej Obrońca przedstawił Rekomendację Komisji Nadzoru Finansowego, dotyczącą zarządzania ryzykiem towarzyszącym zawieraniu przez banki transakcji na rynku instrumentów pochodnych. Zdaniem Komisji dokument ten nie ma jednak przełożenia na realia niniejszej sprawy z uwagi na przedmiot regulacji, dotyczący rynku instrumentów pochodnych, a zatem zupełnie innych instrumentów finansowych. Rekomendacja odnosi się ponadto do kwestii posiadania przez banki spójnych systemów zarządzania ryzykiem związanym z instrumentami pochodnymi, adekwatnych do „zakresu, wielkości i złożoności ich działania oraz podejmowanego ryzyka”. Ponadto (niezależnie od przedmiotu regulacji) powołane przez Obrońcę Rekomendacje nie mieszczą się w katalogu aktów prawa powszechnie obowiązującego - są to jedynie zbiory „dobrych praktyk”, ale nie narzucają bankom sztywnych norm. Banki powinny się do nich stosować, ale jednocześnie forma rekomendacji daje im swobodę dostosowywania swoich procedur do zaleceń KNF. RKO podkreśliła, że niewątpliwie przepisy ustawy Prawo bankowe wyznaczają ogólne ramy prawne dla umowy kredytu bankowego, jednakże w jej ocenie wskazują tylko na elementy, które w zakresie wykonywanego zamówienia należy uwzględnić, i nie jest możliwe uznanie ich za tożsame z ustalonymi standardami jakościowymi usługi. RKO uznała, że ustawowa przesłanka ustalonych standardów jakościowych „nie odnosi się do standardów, jakie zamawiający ustali opisując przedmiot zamówienia, lecz standardów już na rynku ustalonych, a więc funkcjonujących niejako niezależnie od opisu dokonywanego przez zamawiającego, na które to standardy można się powołać, wskazując nazwę zamawianego towaru czy usługi i podając kilka podstawowych informacji je charakteryzujących”. Regulacje umowne wynikają natomiast z potrzeb zamawiającego i bez wątplenia muszą uwzględniać konkretny stan faktyczny. Komisja stoi na stanowisku, że nie sposób uznać, że nie wymagają one indywidualnego podejścia. Z całą pewnością inne będzie stanowisko banku względem poszczególnych zamawiających, bowiem będzie musiało sprostać określonym wymaganiom zamawiających w zakresie np. kwoty kredytu, liczby i wysokości rat spłaty. Nie ulega

wątpliwości, co podnosił w piśmie obrońca, że „każdy kredyt cechuje to, że jest pieniężny, zwrotny, odpłatny, celowy i zabezpieczony, co oznacza, że przedmiotem kredytowania są pieniądze, które muszą być zwrócone w określonym terminie zgodnie z zawartą umową kredytową, a bank pobiera prowizję uwzględniając cele kredytu oraz jego zabezpieczenie na wypadek niemożliwości spłaty. Jednakowe w przypadku wszystkich kredytów identyczne są również etapy realizowania umowy kredytu bankowego: wnioskowanie, analiza sytuacji finansowej wnioskodawcy, podjęcie decyzji kredytowej przez bank, podpisanie umowy, wypłata kredytu w formie określonej umową, kontrola zgodności wykorzystania kredytu z zapisami umownymi.” Wskazane przez obrońcę cechy kredytu stanowią de facto ramy prawne, co nie zmienia jednak faktu, że szereg elementów umowy kredytowej ustalany jest indywidualnie w stosunku do każdego kredytobiorcy. Podkreślenia wymaga fakt, że w przedmiotowym postępowaniu obwiniony zawarł umowę na udzielenie i obsługę kredytu długoterminowego z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów oraz na pokrycie planowanego deficytu budżetu gminy. Samo określenie przedmiotu zamówienia stanowi już indywidualizację usługi, określając jej wartość i przeznaczenie. W tej sytuacji - w ocenie RKO - uzasadnione jest twierdzenie, że zawarta z bankiem umowa, musiała zostać dostosowana do specyfiki zamawiającego, a zatem zindywidualizowana w sposób wyraźny. Nie bez znaczenia jest również kwestia złożenia w postępowaniu ofert jedynie przez dwa banki spośród pięciu, do których skierowano zaproszenia, do czego nie odniósł się jednak obwiniony. W ocenie RKO wszystkie te okoliczności wskazują, że nie da się ustalić jednego standardu usługi dla wszystkich potencjalnych zamawiających i każdorazowo na potrzeby danego zamawiającego usługa kredytu będzie miała inny zakres szczegółowy. Tym samym w ocenie Komisji nie została spełniona przesłanka ustalonych standardów jakościowych.

Komisja Orzekająca nie dopatrzyła się okoliczności zwalniających obwinionego z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja uznała, że fakty w zakresie popełnienia zarzucanego naruszenia są bezsporne, a obwiniony (...), jako kierownik jednostki, miał obowiązek kierowania podległym mu Urzędem w sposób zapewniający prawidłowe i zgodne z prawem jego funkcjonowanie we wszystkich aspektach. Wina obwinionego, w ocenie Komisji, sprowadza się do tego, że udzielając w dniu 30 października 2015 r. zamówienia publicznego na zadanie p.n. „udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego w wysokości (...) zł z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu

wcześniej zaciągniętych kredytów oraz na pokrycie planowanego deficytu budżetu gminy”, nie uwzględnił zasady, iż podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. W razie jakichkolwiek wątpliwości (konsultacje prowadzone czy to z radcą prawnym Urzędu, czy z kancelarią zewnętrzną dowodzą istnienia takich wątpliwości po stronie zamawiającego) należało zastosować tryb konkurencyjny, bowiem przesłanki zastosowania innych trybów należy interpretować bardzo ściśle. W ocenie Komisji nie ulega wątpliwości, że to kierownik jednostki, podpisując umowę i udzielając tym samym zamówienia publicznego odpowiada za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonego w sprawie postępowania. Zdaniem Komisji odpowiedzialność Obwinionego wynika z pełnionej przez niego funkcji kierownika jednostki. Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. Nie podzieliła argumentacji obrońcy podnoszonej w wystąpieniach, co do braku elementu winy w działaniu Obwinionego. Z wyjaśnienia składanego przez Obwinionego w trakcie kontroli wynika, że „tryb zapytania o cenę w przedmiotowych postępowaniach został wybrany po konsultacjach z kancelarią prawną”. Również obrońca w trakcie rozprawy podnosił okoliczność oparcia się przez Obwinionego na sporządzonej w Urzędzie opinii prawnej (której jednak nie załączono do akt sprawy, mimo zobowiązania się do tego pełnomocnika protokół rozprawy - k. 319-320). RKO nie uznała takiego stanowiska za zasadne. Odpowiedzialność kierownika jednostki dotyczy zarówno merytorycznej jak i formalnej poprawności podejmowanych w toku postępowania czynności, to kierownik zamawiającego podejmuje ostateczną decyzję zatwierdzającą dokonany wybór podpisuje umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z tezą wyrażoną w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 marca 2000 r. (sygn. III SA 840/99) „okoliczność korzystania z pomocy biura prawnego opiniującego projekty umów, jak również komisji przetargowej nie wyłączają odpowiedzialności” kierownika jednostki za zaistniałe nieprawidłowości. Umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zawarł Obwiniony (...), działając w imieniu gminy (...).

Orzekając o wymierzeniu kary upomnienia za przypisane Obwinionemu naruszenie RKO miała na uwadze treść art. 33 uoandfp, zgodnie z którym organ orzekający wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące. Przede wszystkim

Komisja uwzględniła fakt naruszenia jednej z podstawowych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady prymatu trybów przetargowych. Nie bez znaczenia jest również w przedmiotowej sprawie znaczna wartość udzielonego zamówienia. Z drugiej strony Komisja wzięła pod uwagę dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dokonując charakterystyki kary upomnienia, Główna Komisja Orzekająca w jednym z orzeczeń podkreśliła, że „kara upomnienia jest karą najmniej dotkliwą dla Obwinionego. Jednocześnie kara ta wskazuje, że w danej sprawie zachodzą przesłanki działające na korzyść sprawcy, takie jak jego dotychczasowa niekaralność. Z drugiej strony kara ta swoistym ostrzeżeniem, upomnieniem mającym na celu zapobieganie naruszaniu przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych w przyszłości”. Komisja wyraziła nadzieję, że przeprowadzenie postępowania dyscyplinarnego i wymierzenie kary upomnienia odniesie skutek prewencyjny i spowoduje większą dbałość w zakresie przestrzegania dyscypliny finansów publicznych w kierowanej przez p. (...) jednostce.

Uznając Obwinionego p. (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja Orzekająca zobligowana była — w oparciu o art. 167 ust. 1 uondfp — zobowiązać go do zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 316,17 zł.

Wnoszący odwołanie obrońca na korzyść Obwinionego zarzucił orzeczeniu:

- 1) błędną wykładnię przepisu art. 70 Pzp, polegającą na przyjęciu, że usługa polegająca na udzieleniu i obsłudze kredytu bankowego, która była objęta zamówieniem publicznym o numerze IR.271.192015, nie mogła zostać udzielona w trybie zapytania o cenę, gdyż nie cechowała się „ustalonym standardem jakościowym”, o którym mowa w tym przepisie;
- 2) niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 17 ust. 1b pkt 2 oraz przepisu art. 19 ust. 1 i 2 uondfp, a w konsekwencji przypisanie Obwinionemu odpowiedzialności za zarzucany czyn w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w powołanych przepisach;
- 3) zaniechanie zastosowania przepisu art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, a tym samym umorzenia przedmiotowego postępowania w sytuacji, gdy działania Obwinionego nie noszą znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Obrońca wniósł o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i uniewinnienie Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu w dniu 30 października 2015 r. Spółdzielczemu Bankowi (...) zamówienia publicznego na udzielenie i obsługę kredytu długoterminowego w wysokości (...) zł z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów oraz pokrycie planowanego deficytu gminy z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanki stosowania trybu zapytania o cenę; Ewentualnie zaś w przypadku stwierdzenia, że Obwiniony jest winien temu naruszeniu odstąpienie od wymierzenia kary.

W uzasadnieniu odwołania wskazał w szczególności, że wbrew treści orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej zamówienie publiczne, którego przedmiotem było udzielenie Gminie (...) oraz obsługa kredytu bankowego w kwocie (...) zł mogło zostać udzielone w trybie zapytania o cenę, o którym mowa w art. 69-73 Pzp. Powoduje to, że Obwiniony nie może ponosić odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tytułu popełnienia czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1 b pkt 2 uondfp. Zgodnie z treścią przepisu art. 70 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Analizując, czy Obwiniony był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zapytania o cenę należy w pierwszej kolejności wskazać, że Obwiniony przychyliła się do stanowiska wyrażonego w opinii Dyrektora Departamentu Prawnego UZP z dnia (...) 2016 r. w zakresie, w którym stwierdzono, że "(...)w przypadku usługi udzielania kredytu bankowego uzasadnione jest stwierdzenie, że jest to usługa powszechnie dostępna (...). Zgodnie z treścią uzasadnienia orzeczenia powszechnej dostępności usługi kredytu bankowego nie neguje również RKO. Dyrektor Departamentu Prawnego UZP stwierdził jednak - co odwołujący kwestionuje - że nie można przyjąć, iż udzielenie kredytu bankowego jest usługą o ustalonych standardach jakościowych: (...) usługi te posiadają bowiem specjalistyczny, zindywidualizowany charakter, z uwagi na konieczność sprostanie wymaganiom zamawiających zakresie kwoty kredytu, liczby i wysokości rat spłaty, oprocentowania, prowizji, waluty, sposobu zabezpieczenia spłaty itp." Jak wynika zaś z treści opinii UZP „Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę zamieszczonej na stronie (...) przez „powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć (...) dostępność dla wszystkich zainteresowanych. przy czym chodzi

tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, a zatem brak zindywidualizowania przedmiotu świadczenia dla poszczególnych zamawiających.” Dodatkowo zgodnie z tą opinią „(...) istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna więc ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów czy usług, oferowanych przez różnych wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu”. W treści tego dokumentu wskazano również, że na rynku usług w trybie zapytania o cenę mogą być nabywane m. in. standardowe usługi poligraficzne, usługi utrzymania czystości czy usługi pralnicze. Wynika stąd, co pominęła w swoich rozważaniach RKO, że brak indywidualizacji, jako element decydujący o powszechnej dostępności dostaw lub usług odnosi się do przedmiotu świadczenia wykonawcy, a nie do warunków zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego. Przez brak zindywidualizowania przedmiotu świadczenia dla poszczególnych zamawiających należy rozumieć brak jakiegokolwiek różnicowania pod względem jakościowym (cech) dostaw lub usług, które mają być świadczone na rzecz zamawiającego, przy czym nawet UZP w swojej opinii „Nabywanie usług... dopuszcza określanie przez wykonawców podstawowych parametrów oferowanych dostaw lub usług. Innymi słowy o „ustalonych standardach jakościowych” dostaw lub usług można mówić w przypadku gdy każdy zamawiający (obojętnie czy publiczny czy prywatny) otrzymuje takie samo świadczenie pod względem jakościowym (cech). Brak indywidualizacji świadczenia wykonawcy nie dotyczy przy tym zakresu (wielkości) dostaw lub usług, ceny, terminu ich realizacji czy też sposobu zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia za ich wykonanie. Przepis art. 70 Pzp. odnosi się bowiem do ustalonych standardów, które dotyczą jakości świadczenia, a nie innych cech, które muszą zostać ustalone przez strony umowy (zgodnie z słownikiem języka polskiego PWN Wydanie internetowe: (...) przez jakość należy rozumieć „istotne cechy przedmiotu wyróżniające go spośród innych”). Nie ulega wątpliwości, że nawet w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest np. dostawa artykułów biurowych (powoływana przez UZP w opinii „Nabywanie usług...” jako przykład dopuszczalnych dostaw, które mogą być zamawiane w trybie zapytania o cenę) zamawiający indywidualizuje zamówienie poprzez ustalenie jego zakresu, terminu i miejsca realizacji dostaw, sposobu zapłaty wynagrodzenia i innych okoliczności, które jakkolwiek nie dotyczą w sposób bezpośredni przedmiotu świadczenia wykonawcy, to mają znaczenie dla treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że umowy zawierane w wyniku

postępowań o udzielenie zamówienia publicznego mają charakter sui generis adhezyjnych ich treść jest ustalana jednostronnie przez zamawiającego. Tak więc to zamawiający, co do zasady ustala warunki, na których wykonawca zrealizuje swoje świadczenie.

Mając to na uwadze należy ustalić co wchodzi w zakres przedmiotu świadczenia wykonawcy w przypadku umowy kredytu bankowego. Zgodnie z treścią przepisu art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2016 r. poz. 1988) przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Wynika stąd, że przedmiotem świadczenia banku (kredytodawcy) jest oddanie do dyspozycji kredytobiorcy kwoty środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel (zob. M. Bączyk. Komentarz do ustawy Prawo bankowe. rozdział 12.5 (w: Prawo umów handlowych. System Prawa tom 5 wyd. 2014 r.) Można zatem stwierdzić, że przedmiotem świadczenia kredytodawcy są w istocie środki pieniężne, które odda do dyspozycji kredytobiorcy na podstawie zawartej umowy. Obojętnie jaki bank udziela kredytu, kredytobiorca zawsze otrzyma taki sam - pod względem jakościowym - przedmiot świadczenia: środki pieniężne, które będzie mógł wykorzystać na określony umową cel. Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest udzielenie mu kredytu w określonej walucie (złoty), a zatem niezależnie od tego z kim Zamawiający zawarłby umowę zawsze otrzymałby takie same środki pieniężne. Zgodnie z tym w przypadku zamówień publicznych, których przedmiotem jest zawarcie umowy kredytu bankowego, nie sposób mówić o standardach jakościowych przedmiotu zamówienia, gdyż ten, w zakresie pieniądza (złotego), jest ustalony przez odpowiednie przepisy rangi konstytucyjnej, ustawowej oraz wykonawczej. Przy tego rodzaju zamówieniach wykonawcy nie mają faktycznej i prawnej możliwości konkurowania jakością przedmiotu świadczenia - środków pieniężnych. W sytuacji gdy zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia określi warunki, na jakich oczekuje zawarcia umowy kredytu, faktyczna konkurencja między wykonawcami sprowadza się do ceny, którą w takim przypadku stanowi wysokość oprocentowania, prowizji i marży banku oraz innych opłat. Upředzając ewentualne wątpliwości GKO co do faktu, że w przypadku braku jednoznacznego określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia warunków na jakich oczekuje oddania mu przez bank środków pieniężnych

możliwe jest konkurowanie przez wykonawców właśnie poprzez oferowanie korzystniejszych z perspektywy zamawiającego - warunków, należy wskazać, że nawet przyjmując ukutą na potrzeby niniejszych rozważań szeroką definicję świadczenia kredytodawcy, zgodnie z którą świadczenie to stanowiłoby ogół czynności banku zmierzających do oddania kredytobiorcy do dyspozycji środków pieniężnych na oznaczony cel, nie będzie przesadą stwierdzenie, że na tej podstawie można zakwestionować posiadanie „ustalonych standardów jakościowych” przez wszelkie dostawy i usługi, które są oferowane na rynku. Każdy przedsiębiorca, bez względu na przedmiot i zakres oferowanych dostaw i usług (także w przypadku powoływanych w opinii UZP: Nabywanie usług (...) dostaw artykułów biurowych, opału artykułów spożywczych, usług poligraficznych, utrzymania czystości, pralniczych), może (starać się) oferować korzystniejsze niż konkurencja warunki świadczenia tych dostaw/usług dla zamawiającego, które wyróżnią jego ofertę (np. poprzez dodatkowy serwis posprzedażowy, szybszy termin realizacji). Nie dotyczy to jednak przedmiotu świadczenia wykonawcy sensu stricto, które w odniesieniu do dostaw i usług wskazanych w przepisie art. 70 Pzp jest oferowane na rynku według ustalonego standardu. W przypadku usług polegających na udzieleniu kredytu bankowego o oddanie kredytobiorcy do dyspozycji kwoty środków pieniężnych będzie sprowadzało się do wypłacenia przez bank tych środków kredytobiorcy w formie gotówkowej i bezgotówkowej. Nie da się tej czynności wykonać lepiej dla konkurencji - lepiej wypłacić środków pieniężnych lub wypłacić pieniądze lepszej jakości. Ocena wykonania świadczenia może się odbywać wyłącznie na zasadzie wykonane/niewykonane. W tym znaczeniu udzielenie kredytu sprowadza się do dokonania faktycznej wypłaty środków pieniężnych kredytobiorcy. Zamawiający w treści SIWZ w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości określił co jest przedmiotem zamówienia. Zgodnie z treścią SIWZ było to udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego w wysokości (...) zł (IR. (...)). Zamawiający w SIWZ określił również warunki, na jakich oczekuje udzielenia kredytu - warunki zwrotu oddanych mu do dyspozycji środków oraz zapłaty wynagrodzenia wykonawcy (prowizji, marży, odsetek oraz innych opłat). To Zamawiający, czyniąc zadość wymaganiom prawa bankowego, określił inne istotne postanowienia umowy kredytu, w tym sposób zabezpieczenia (weksel in blanco wraz z deklaracją wekslową). W ślad za umieszczonym w SIWZ opisem przedmiotu zamówienia zamawiający wymienił również w treści SIWZ postanowienia, które zostaną wprowadzone do zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że niezależnie od tego co byłoby przedmiotem zamówienia Zamawiający i tak uregulowałyby kwestie zapłaty wynagrodzenia

wykonawcy - w tym przypadku rat kredytu (z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie to stanowi wyłącznie ta część raty, która odnosi się do wartości prowizji, marży, odsetek oraz innych opłat). Zgodnie zaś z treścią uzasadnienia orzeczenia z dnia 7 lutego 2017 r. powołując się na opinię Dyrektora Departamentu Prawnego UZP z dnia (...) 2016 r. RKO stwierdziła, że usługa kredytu bankowego nie jest usługą o ustalonych standardach jakościowych, gdyż posiada specjalistyczny, zindywidualizowany charakter z uwagi na konieczność sprostania wymaganiom zamawiającego w zakresie kwoty kredytu, liczby i wysokości rat spłaty, oprocentowania, prowizji, waluty, sposobu zabezpieczenia spłaty. Odpowiadając na to stanowisko wskazał, że opisywane przez Dyrektora Departamentu Prawnego i przez RKO wymagania zamawiającego, co do wielkości i sposobu realizacji świadczenia wykonawcy oraz ustalenie zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy jest dokonywane w przypadku każdej umowy o zamówienie publiczne nie wyłączając usług poligraficznych, utrzymania czystości oraz pralniczych, które UZP wskazuje jako powszechnie dostępne oraz posiadające ustalone standardy jakościowe w rozumieniu art. 70 Pzp. Również w przypadku przedmiotowych usług zamawiający w treści Opisu przedmiotu zamówienia oraz Umowy wskazuje szczegółowy sposób ich realizacji (częstotliwość, zakres, lista czynności, sposób komunikacji między wykonawcą a zamawiającym, formę nadzoru nad realizacją usług) oraz niejednokrotnie wymaga od wykonawcy legitymowania się przez jego pracowników stosownymi certyfikatami, poświadczeniami bezpieczeństwa na odpowiednim poziomie (koniecznego w celu dostępu do informacji niejawnych i ich przetwarzania). Fakt, że zamawiający ustala te okoliczności i wymaga od wykonawcy, z którym zawrze umowę, by wykonywał zamówienie zgodnie z SIWZ, nie przekreśla faktu, że sama usługa - czynności wchodzące w zakres świadczenia wykonawcy - jest wykonywana według ustalonego, dominującego na rynku standardu jakościowego. Przenosząc te uwagi na grunt stanu faktycznego, który był przedmiotem postępowania przed RKO, należy wskazać, że postawione przez Zamawiającego w właściwych SIWZ wymagania dotyczące liczby i wysokości rat spłaty, oprocentowania, prowizji, waluty nie dotyczyły świadczenia wykonawcy (oddania do dyspozycji Zamawiającemu środków pieniężnych), lecz zwrotu zaciągniętego kredytu wraz z wynagrodzeniem banku przez Zamawiającego. Analogiczne uwagi należy odnieść do sposobu zabezpieczenia spłaty, który został wskazany przez Zamawiającego w SIWZ. To Zamawiający miał dokonać tego zabezpieczenia (w tym przypadku wystawić weksel in blanco wraz z deklaracją wekslowa), a nie wykonawca. Jako całkowicie oderwane od realiów prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego należy, zdaniem Obrońcy, uznać następujący fragment uzasadnienia orzeczenia: „Samo określenie przedmiotu zamówienia stanowi już indywidualizację usługi, określając jej wartość i przeznaczenie. W tej sytuacji w ocenie RKO - uzasadnione jest twierdzenie, że zawarta z bankiem umowa musiała zostać dostosowana do specyfiki zamawiającego, a zatem zindywidualizowana w sposób wyraźny. Nie bez znaczenia jest również kwestia złożenia w postępowaniu ofert jedynie przez dwa banki spośród pięciu do których skierowano zaproszenia, do czego nie odniósł się jednak Obwiniony. Niewątpliwie każda umowa o zamówienie publiczne, bez względu na przedmiot, jest umową zindywidualizowaną z uwagi na to, że jej wykonanie ma służyć realizacji określonych potrzeb określonego zamawiającego. Każda umowa, w tym te zawierane na realizację dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych jest dostosowywana do konkretnych warunków zamawiającego. To zamawiający ustala sposób spełnienia przez wykonawcę świadczenia, które będzie zobowiązany spełnić na jego rzecz wykonawca (np. miejsce świadczenia usług sprzątania, wielkości i charakter poszczególnych powierzchni, ilość pracowników, wymagany do realizacji sprzątania sprzęt i środki czystości. W niniejszym przypadku Zamawiający wymagał zastosowania przez wykonawcę opisanego w SIWZ sposobu obliczania odsetek od zaciągniętego kredytu, co pozostawało jednak bez znaczenia dla treści świadczenia wykonawcy w dalszym ciągu polegało ono wyłącznie na oddaniu Zamawiającemu do dyspozycji określonej ilości środków pieniężnych. Ta okoliczność oraz inne aspekty indywidualizacji zamówienia (np. w zakresie terminu realizacji oraz sposobu zapłaty rat) pozostają bez wpływu na charakter nabytych usług. Odnosiły się one bowiem przede wszystkim do świadczenia Zamawiającego - zapłaty rat. Jedynie na marginesie, odpowiadając na zarzut RKO, wskazał, że Pzp nie formułuje warunku by zamawiający, w odpowiedzi na przesłane zaproszenia do złożenia oferty, otrzymał określoną ilość ofert. Mając na uwadze powyższe wskazał, że usługa kredytu bankowego, która została objęta postępowaniem o numerze (...), stanowiła usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych, co uprawniało Obwinionego do udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę. Jednocześnie stwierdził, że w przypadku uznania, że przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę nie zostały spełnione, zaś działanie Obwinionego nosi znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to powyższe argumenty oraz istniejące w tym względzie wątpliwości w zakresie kwalifikacji tej usługi jako usługi o ustalonych standardach jakościowych przemawiają za odstąpieniem od wymierzenia Obwinionemu kary za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Rozpoznając odwołanie Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności GKO, rozpoznając zarzuty stawiane orzeczeniu pierwszej instancji, postanowiła przyjąć za podstawę stan prawny obowiązujący w dacie orzekania, uznając, podobnie jak RKO, że wprawdzie od daty popełnienia zarzucanego czynu do daty wydania orzeczenia w tej sprawie zmianie uległy przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ale zmiany te nie dotyczyły przepisów, których naruszenie jest przedmiotem zarzutów. Również art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp nie zmienił się od czasu popełnienia zarzucanego czynu. Z tego względu GKO - działając w oparciu o art. 24 uoondfp - zastosowała ustawę nową, ponieważ ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla Obwinionego.

GKO, rozpoznając zarzut błędnej wykładni przepisu art. 70 Pzp i uznając, że jest on niezasadny miała na uwadze następujące okoliczności.

Zgodnie z art. 70 Pzp: *„Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”*. Skorzystanie zatem z tego trybu wymaga, aby spełnione były – oprócz wartości zamówienia – wymienione w pierwszym kryterium dwie interpretowane ściśle przesłanki, a mianowicie przedmiotem zamówienia mogą być tylko dostawy lub usługi powszechnie dostępne na rynku o znormalizowanych standardach. GKO zwraca dodatkowo uwagę, że w dotychczasowym utrwalonym od wielu lat orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych jednolicie podkreślano (przykładowo: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu - I Wydział Cywilny z dnia 27 lutego 2013 r. I ACa 49/13), że przewidziane w art. 70 Pzp kryteria, pierwsze odnoszące się do cech dostaw lub usług, a drugie do ich wartości, muszą być spełnione łącznie. Nie powinno także budzić wątpliwości, że pierwsze kryterium (obejmujące dwie przesłanki) w postaci dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, jako zastrzeżone dla przypadków stanowiących odstępstwo od reguły z art. 10 ust. 1 ustawy, podlega ścisłej wykładni. Dalej wskazuje się, że możliwość stosowania trybu z art. 70 Pzp odnosi się tylko do usług typowych, najprostszych, jak sprzątnięcie, pranie, zakup paliwa, czy prostych usług poligraficznych. W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – organu właściwego

w sprawach zamówień publicznych także co do wydawania opinii (art. 154 c Pzp) - podkreśla się, że przedmiot dostaw lub usług nabywanych w trybie zapytanie o cenę powinien być zestandaryzowany, a zatem oferta nie powinna być dostosowana przez wykonawcę do indywidualnego zapotrzebowania danego zamawiającego, które może się wyrażać także w szczególnie określonym sposobie wykonywania świadczenia. GKO zwraca uwagę na orzecznictwo (przykładowo: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2016 r. KIO/KD 57/16) zgodnie z którym do kategorii usług „o ustalonym standardzie jakościowym” możemy zaliczyć „usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę obiektywną dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania”. Zatem dostawy i usługi „o ustalonym standardzie jakościowym” muszą charakteryzować się powtarzalnymi cechami jakościowymi i technicznymi, niewymagającymi skomplikowanego opisu. Tym samym każde zamówienie, które będzie wymagało, przykładowo sporządzenia obszernego opisu przedmiotu zamówienia czy wprowadzenia do umowy klauzul w miarę szczególnie regulujących sposób wykonania, z założenia nie będzie posiadało ustalonych standardów jakościowych, albowiem jego standard będzie wymagał indywidualnego ustalenia. Tak jak już wskazano, z uwagi na pozaprzetargowy charakter zapytania o cenę, powszechnie przyjmuje się, że przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej, w szczególności przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

Przedmiotem tego zamówienia jest usługa, związana z „udzieleniem i obsługą kredytu długoterminowego w wysokości 3.797.557,00 zł z przeznaczeniem na spłatę zobowiązań z tytułu wcześniej zaciągniętych kredytów oraz pokrycie planowanego deficytu gminy”.

Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniami obrony, że przedmiot tego zamówienia sprowadza się do wypłacenia przez bank określonej kwoty środków w formie gotówkowej lub bezgotówkowej. Przede wszystkim przedmiotem zamówienia nie jest dostawa środków pieniężnych, ale świadczenie usługi na rzecz zamawiającego obejmującej udzielenie i obsługę kredytu według standardu, określonego nie przez bank, ale przez zamawiającego w zaproszeniu oraz w specyfikacji do tego postępowania i, których nieprzyjęcie byłoby równoznaczne z niezgodnością takiej oferty ze specyfikacją. GKO zwraca uwagę, że w części III specyfikacji Zamawiający w jedenastu punktach szczegółowo określił zakres

przedmiotu zamówienia obejmujący także warunki na jakich wymagane jest udzielenie i obsługa kredytu m.in.: warunki zwrotu oddanych mu do dyspozycji środków, w tym co do okresu kredytowania, oprocentowania, terminów spłaty rat kapitałowych i zasad naliczania odsetek, możliwości wcześniejszej spłaty kredytu bez konsekwencji finansowych, a także możliwej wskazanej przez zamawiającego formy zabezpieczenia. Także w specyfikacji w jej części XV odnoszącej się do postanowień przyszłej umowy zostały określone warunki, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy m.in. zastrzeżenia co do możliwości wydłużenia okresu spłaty kredytu, modyfikacji harmonogramu spłat, zasad naliczania odsetek, zasad oprocentowania kredytu i jak już wskazywanych zasad spłat rat kredytu i odsetek.

Fakt, że zamawiający ustalił powyższe okoliczności i wymagał od wykonawcy (banku), z którym zawarł umowę, aby wykonywał zamówienie zgodnie z tymi warunkami, powoduje, że ta usługa - czynności wchodzące w zakres świadczenia wykonawcy – nie mogła być wykonywana według ustalonego, dominującego na rynku standardu jakościowego, właściwego jak niesłusznie twierdził Obrońca zarówno dla podmiotów sektora publicznego jak i prywatnego. Tym samym RKO słusznie stwierdziła, że omawiana usługa związana z udzieleniem i obsługą kredytu długoterminowego kredytu bankowego (...) nie jest usługą o ustalonych standardach jakościowych, albowiem posiada ona specjalistyczny, zindywidualizowany charakter z uwagi na konieczność sprostaną wymaganiom zamawiającego, jak wskazano w zakresie m.in. kwoty kredytu, liczby i wysokości rat spłaty, oprocentowania, prowizji, waluty, sposobu zabezpieczenia spłaty.

Tym sam nie zasługuje na uwzględnienie drugi z zarzutów niewłaściwego zastosowania przez RKO przepisu art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp. Także w stanie faktycznym sprawy RKO prawidłowo zastosowała przepis art. 19 ust. 1 i 2 uoondfp, przypisując w konsekwencji Obwinionemu odpowiedzialność za zarzucany czyn. Komisja, zdaniem GKO, prawidłowo niedopatrzyła się okoliczności zwalniających Obwinionego z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Fakty w zakresie popełnienia zarzucanego naruszenia są bezsporne, a Obwiniony (...), jako kierownik jednostki, miał obowiązek w razie jakichkolwiek wątpliwości, a takie powstały, czego dowodzą jak wskazywał Obwiniony konsultacje prawne, zastosować tryb konkurencyjny. GKO dodatkowo zwraca uwagę, że wniosek o ustalenie trybu udzielenia zamówienia publicznego, zawierający propozycję przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w trybie zapytania o cenę na podstawie art.

70 Pzp, nie zawierał uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowania takiego trybu. Także w protokole postępowania uzasadnienie faktyczne oparto wyłącznie na treści przepisu art. 70 Pzp. Ponadto nie została - nawet w toku rozprawy przed GKO - przedłożona opinia prawna, na której brak wskazywała także RKO. Ta opinia była powoływana na okoliczność świadcząca, o braku - według argumentacji Obrońcy - elementu winy w działaniu Obwinionego. Z wyjaśnień składanych przez Obwinionego w trakcie kontroli wynikało, że „tryb zapytania o cenę w przedmiotowych postępowaniach został wybrany po konsultacjach z kancelarią prawną”. Do przedłożenia takiej opinii Obrońca został zobowiązany przez Komisję w trakcie rozprawy przed RKO (protokół rozprawy - k. 319-320). Przed GKO Obrońca tej okoliczności nie kwestionował. Powyższe dodatkowo dowodzi, że ustalenia RKO są prawidłowe, albowiem odpowiedzialność kierownika jednostki dotyczy zarówno merytorycznej, jak i formalnej poprawności podejmowanych w toku postępowania czynności, w tym decyzji zatwierdzającej wybór trybu. Zgodnie z tezą wyrażoną w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 marca 2000 r. (sygn. III SA 840/99) wskazywanego przez RKO „okoliczność korzystania z pomocy biura prawnego opiniującego projekty umów” (jak również z komisji przetargowej) nie wyłącza, co do zasady odpowiedzialności kierownika jednostki za nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższych ustaleń także podnoszony w odwołaniu zarzut zaniechania zastosowania przepisu art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, a tym samym umorzenia przedmiotowego postępowania jest niesłuszny, albowiem w tym stanie faktycznym działania Obwinionego noszą znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o których stanowi zaskarżone orzeczenie.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej nie ma podstaw do zastosowania wobec Obwinionego nadzwyczajnej instytucji, jaką jest odstąpienie od wymierzenia kary. Podkreślić należy, że w sprawie nie występują szczególne okoliczności, które by na to pozwalały. Co więcej, uwzględniając, że nieuzasadnione zastosowanie niepodstawowego trybu mogło istotnie ograniczyć konkurencje (zaproszenia do składania ofert skierowano tylko do kilku banków, a gdyby zastosowano jeden z podstawowych trybów mogliby zgłosić się dodatkowi oferenci – w każdym razie mieliby taką możliwość). Przede wszystkim trzeba jednak stwierdzić, że RKO zastosowała wobec Obwinionego najłagodniejszą z katalogu kar przewidzianych w uondfp i to w sytuacji, w której Obwiniony nie dostrzega nieprawidłowości w swoim zachowaniu, próbuje je bagatelizować. W takich warunkach zastosowanie

odstąpienia od wymierzenia kary nie spełniłoby - w ocenie GKO – funkcji prewencyjnej postępowania.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.