

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2012 r.



**GŁÓWNA KOMISJA ORZEKAJĄCA**  
w Sprawach o Naruszenie  
Dyscypliny Finansów Publicznych

Sygn. akt: BDF1/4900/12/10/12/210

**ORZECZENIE**

**Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych**

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Przewodniczący GKO:</i>	<b>Jan Pyrcak</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Kaczorkiewicz (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Władysław Budzeń</b>

przy udziale:

protokolanta Danuty Gzyry

oraz

Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych: Roberta Wydry

po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 5 marca 2012 r., oraz 23 kwietnia 2012 r. odwołania wniesionego przez obrońcę obwinionego (...) (zam. (...)) - pełniącego w czasie przypisanego mu czynu funkcję Dyrektora (...) Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w (...), od orzeczenia Resortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Zdrowia z dnia 16 września 2011 r., sygn. akt: RKO-47/2009 w zakresie uznania go przez Komisję I instancji za winnego nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 19 stycznia 2009 r. przez (...) Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w (...) zamówienia publicznego, na podstawie umowy Nr (...), zawartej pomiędzy Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w (...) z „(...)” Sp. z o.o. z siedzibą w (...), której przedmiotem była „*dostawa nowego ambulansu do pobierania krwi na bazie wysokopokładowego autobusu turystycznego marki (...) model (...) typ (...)*”, a którego to zamówienia publicznego przedmiot opisany został w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, tj. poprzez opisanie parametrów technicznych sprzętu o stopniu zindywidualizowania wskazującym na konkretnego producenta i konkretny typ autobusu, co przejawiało się w następujących zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- a) w pkt 1.2.2 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „*moc: 315 do 330 kW*”,
- b) w pkt 1.2.3 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „*moment obrotowy: min. 2000 Nm w zakresie 1000 do 1400 obr./min.*”,
- c) w pkt 1.2.6 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „*silnik tego samego producenta co autobus*”,
- d) w pkt 1.3.1 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „*manualna ze sterowaniem cięgami elastycznymi i wspomaganie włączania biegów*”,
- e) w pkt 1.3.3 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „*skrzynia biegów tego samego producenta co autobus*”,

f) w pkt 1.8.6 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „pojemność bagażnika głównego 9,5 do 10 m<sup>3</sup>”;

odstępując od wymierzenia kary obwinionemu (...), obciążyła go obowiązkiem zwrotu - na rzecz Skarbu Państwa – kosztów postępowania w wysokości 282,27 zł;

działając na podstawie art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,

### **orzeka:**

na podstawie **art. 147 ust. 1 pkt 2** ustawy uchyla orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Zdrowia w całości w zaskarżonej części i na podstawie **art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 3** ustawy uniewinnia Obwinionego (...).

Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, koszty postępowania w niniejszej sprawie ponosi Skarb Państwa.

### **Pouczenie:**

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ust. 1 ustawy 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**

Zaskarżone orzeczenie zostało wydane na gruncie następującego stanu faktycznego.

W dniu 19 stycznia 2009 r. Obwiniony jako Dyrektor (...) Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w (...), a więc osoba reprezentująca jednostkę, zawarł umowę nr (...) z „(...)” Sp. z o.o. z siedzibą w (...), której przedmiotem była dostawa nowego ambulansu do pobierania krwi na bazie wysokopodłogowego autobusu turystycznego marki (...) model (...) typ (...).

Umowa powyższa została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapoczątkowanego w dniu 28 października 2008 r. wszczęciem postępowania „o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę nowego ambulansu do pobierania krwi na bazie wysokopokładowego autobusu turystycznego” (oznaczenie sprawy: (...)).

W tym dniu została zatwierdzona przez Obwinionego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w której zawarto m.in. następujące zapisy:

1. w pkt 7.18 tiret 2 SIWZ zawarto żądanie „świadczenia dla autobusu specjalnego”;
2. w pkt 1.2.2 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „moc: 315 do 330 kW”
3. w pkt 1.2.3 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „moment obrotowy: min. 2000 Nm w zakresie 1000 do 1400 obr./min.”,
4. w pkt 1.2.6 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „silnik tego samego producenta co autobus”,
5. w pkt 1.3.1 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „manualna ze sterowaniem cięgami elastycznymi i wspomaganiami włączania biegów”,
6. w pkt 1.3.3 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „skrzynia biegów tego samego producenta co

autobus",

7. w pkt 1.8.6 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „pojemność bagażnika głównego 9,5 do 10 m<sup>3</sup>”

Ogłoszenie o powyższym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ((...)).

Jedyną ofertę w postępowaniu złożyła firma (...) Sp. z o.o. W ofercie złożonej przez wykonawcę, w opisie parametrów autobusu, wskazano: moc- 315 kW, moment obrotowy 2100 Nm, silnik tego samego producenta co autobus, skrzynia biegów manualna ze sterowaniem cięgami elastycznymi i wspomaganie włączania biegów, skrzynia biegów tego samego producenta co autobus oraz pojemność bagażnika 9,6 m (k. 1-48). Ponadto, wykonawca dołączył do oferty świadectwo homologacji typu kompletnego dla autobusu typ 632 (k. 2) oraz złożył oświadczenie, iż „autobus do pobierania krwi jest pojazdem wybitnie specjalistycznym i nie ma na rynku polskim producenta posiadającego świadectwo homologacji na taki pojazd. Produkcja takiego samochodu jest produkcją jednostkową w roku i wzmiankowany pojazd może być zarejestrowany tylko na podstawie oświadczenia z badań przeprowadzonych przez uprawniony organ."

Sposób określenia parametrów wzbudził wątpliwości Urzędu Zamówień Publicznych, który przeprowadził kontrolę doraźną zakończoną sporządzeniem „Informacji o wyniku kontroli doraźnej" z dnia 5 października 2009 r. (pismo o znaku UZP(...)), następnie utrzymaną uchwałą z dnia 17 listopada 2009 r., sygn. akt KIO(...) Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych.

W toku kontroli UZP korzystało z opinii rzeczoznawcy, który na podstawie oceny „informacji uzyskanych od sprzedawców 8 marek autobusów oraz z katalogu „Pojazdy samochodowe - wartości rynkowe" firmy wydawniczej INFO-EKSPERT Sp. z o.o., który zawiera dane techniczne pojazdów i ceny pojazdów nowych sprzedawanych przez producentów i głównych importerów" ustalił, iż „jest kilka modeli marek autobusów spełniających większość założonych parametrów technicznych, np.:

- Volvo 9700 H 4x2, ale o mocy 309 kW, ze skrzynią biegów sterowaną elektroniczno-pneumatycznie,
  - SCANIA PB 12.2/35, jednak o mocy 309 kW, o pojemności bagażnika 9 m<sup>3</sup>,
  - MANLion - S, jednakże o mocy 294 kW, i momencie obrotowym 1 900 Nm,
  - BOVA Futura, chociaż z silnikiem i skrzynią biegów innego producenta,
- natomiast załączony opis przedmiotu zamówienia pasuje wyłącznie do autobusów marki (...).

Wobec powyższych konstatacji, Prezes UZP złożył w dniu 27.11.2009 r. zawiadomienie o okolicznościach uzasadniających podejrzenie naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zaś rzecznik dyscypliny finansów publicznych na jego podstawie skierował wnioski o ukaranie Obwinionego za naruszenie określone w /m.in./ art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy przez udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot został określony w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, a więc za naruszenie art. 29 ust. 1 PZP.

W dniu 16.09.2011 r. Resortowa Komisja Orzekająca przy Ministrze Zdrowia uznała Obwinionego za winnego nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i polegającego na udzieleniu w dniu 19 stycznia 2009 r. przez (...) Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w (...) zamówienia publicznego, na podstawie umowy Nr (...), zawartej pomiędzy Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w (...) a „(...)” Sp. z o.o. z siedzibą w (...), której przedmiotem była „dostawa nowego ambulansu do pobierania krwi na bazie wysokopokładowego autobusu turystycznego marki (...) model (...) typ (...), a którego to zamówienia publicznego przedmiot opisany został w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, tj. poprzez opisanie parametrów technicznych

sprzętu o stopniu zindywidualizowania wskazującym na konkretnego producenta i konkretny typ autobusu, co przejawiało się w następujących zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- a) w pkt 1.2.2 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „moc: 315 do 330 kW”,
- b) w pkt 1.2.3 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „moment obrotowy: min. 2000 Nm w zakresie 1000 do 1400 obr./min. ”,
- c) w pkt 1.2.6 Wzór nr 1 SIWZ poprzez przyjęcie parametru „silnik tego samego producenta co autobus”,
- d) w pkt 1.3.1 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „manualna ze sterowaniem cięgami elastycznymi i wspomaganie włączania biegów”,
- e) w pkt 1.3.3 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „skrzynia biegów tego samego producenta co autobus”,
- f) w pkt 1.8.6 Wzór nr 1 SIWZ zawarto parametr „pojemność bagażnika głównego 9,5 do 10 m<sup>3</sup>”.

Komisja odstąpiła od wymierzenia kary.

Z orzeczeniem tym nie zgodził się Obwiniony. Składając odwołanie, wskazał na nieprawidłową ocenę zgromadzonego materiału dowodowego wyrażającą się w naruszeniu zasady in dubio pro reo, nieuwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy oraz brak wskazania, dlaczego komisja nie uwzględniła dowodów przemawiających przeciw przypisaniu mu odpowiedzialności. W zakresie zarzutów materialno-prawnych wskazał, że nieprawidłowo przyjęto, iż sposób określenia przedmiotu umowy został sformułowany w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. W zakresie tego ostatniego zarzutu wskazał, iż zamawiany pojazd był pojazdem wysoko wyspecjalizowanym i na rynku polskim w zakresie tego typu pojazdów konkurencja nie istnieje, a więc nie można jej naruszyć. Do odwołania, strona Obwinionego dołączyła również opinię techniczną z dnia 8.03.2011 r. 50356/3/11-9505 sporządzoną przez rzeczoznawcę. Dowód ten miał w założeniu stanowić polemikę z opinią rzeczoznawcy użytą w toku kontroli doraźnej przez UZP. W złożonym dokumencie rzeczoznawca, podając przykłady autobusów Mercedes Travego, Scania Irizar Century, Man Lion's Coach oraz Setra 415 HD wskazuje, iż konstatacja rzeczoznawcy zatrudnionego przez UZP pomija fakt, iż w autobusach możliwe było montowanie silniejszych jednostek napędowych „w opcji za dopłatą”, a więc jedynie niewielki nakład pracy powodowałby, iż było możliwe dostarczenie produktów czterech różnych producentów spełniających wymogi SIWZ.

Ponadto, na wezwanie GKO, Obwiniony złożył dokumenty dotyczące zasad przeprowadzania w jednostce procedur zamówienia publicznego, a mianowicie Zarządzenie nr 5/2008 w sprawie wprowadzenia regulaminu postępowania przy udzieleniu zamówień publicznych w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w (...) wraz załącznikiem.

GKO stwierdziła, co następuje.

Zaskarżone orzeczenie podlegało uchyleniu, a Obwiniony uniewinnieniu bez względu na zasadność oceny prowadzonej procedury zamówienia publicznego i prawidłowość określenia przedmiotu umowy w SIWZ oraz bez względu na zasadność zarzutów wskazanych w odwołaniu. Powyższe jest wynikiem zmian regulacji prawnych, jakie zaszły w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych pomiędzy dniem orzekania przez Komisję I instancji a GKO. Zmiany powyższe wprowadzone ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o **zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw /Dz.U. Nr 240, poz. 1429/ powodują konieczność oceny stanu prawnego, z uwzględnieniem w pierwszej kolejności oceny prawa międzyczasowego, tj. obowiązującego w czasie popełnienia czynu, jak również obowiązującego w czasie orzekania przed GKO. Kierując się normą określoną w art. 24 ust. 1 ustawy, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie**

dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawy. Zasada wyrażona w przepisie art. 24 ust. 1 ustawy odnosi się w oczywisty sposób, zarówno do ustawy regulującej zasady i tryb egzekwowania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak również do ustaw szczególnych regulujących sposób gospodarowania środkami publicznymi /Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 29 listopada 2010 r. Nr BDF1/4900/93/104/10/94/.

Porównanie regulacji prawnych obowiązujących w dniu wydawania orzeczenia Komisji I instancji /16.09.2011 r./ oraz w dniu orzekania przez GKO /23.04.2012 r./ prowadzi do wniosku, że zmiany idą w dwóch kierunkach. Z jednej strony, w odniesieniu do czynów polegających na naruszeniu art. (dawnego) 17 ust. 1 pkt ustawy, zmieniono zakres skutków, jakie działanie musi wywoływać z konieczności naruszenia konkurencji (wyrażanej zwrotem „w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji” na jedynie potencjalne jej naruszenie „w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”). Z drugiej strony, dokonano rozszerzenia zakresu odpowiedzialności podmiotowej na osoby, które nie będąc udzielającym zamówienia dokonywały w toku wykonywania zadań dla zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia (obecny art. 17 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 3) oraz dokonano zmiany określenia znamion czynu z „udzielenia zamówienia publicznego /dawny art. 17. ust. 1 pkt 3 ustawy/ na „opisanie przedmiotu zamówienia publicznego” /obecny art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy/. W okolicznościach niniejszej sprawy, dla tego konkretnego Obwinionego, obecnie obowiązujące uregulowania są korzystniejsze, gdyż z przyczyn wskazanych poniżej, w ogóle wykluczają możliwość przypisania mu odpowiedzialności za czyny wskazywane we wniosku o ukaranie.

Zasadą ustawy, czy też szerzej całego polskiego porządku prawnego w obszarze przepisów zawierających penalizację określonych zachowań, jest ponoszenie odpowiedzialności za własne działania bądź zaniechania. Oznacza to, iż dla przypisania odpowiedzialności Obwinionemu w tej sprawie konieczne jest nie tylko, by udzielił zamówienia publicznego /co nie było w sprawie sporne/, ale również, by dokonał obecnie penalizowanego czynu polegającego na „opisanu przedmiotu zamówienia”. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, iż to Obwiniony dokonał opisu przedmiotu zamówienia, wręcz przeciwnie, materiał dowodowy przeczy takiemu przebiegowi zdarzeń.

Stosownie do § 22 ust. 1 regulaminu postępowania przy udzieleniu zamówień publicznych w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa stanowiącego załącznik do Zarządzenia nr 5/2008, pracownik Działu Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia przygotowuje SIWZ na podstawie wniosku zawierającego opis przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Kierownika KO /komórki organizacyjnej/. Tak przygotowany opis przedmiotu zamówienia stanowiący element SIWZ podlega jeszcze zatwierdzeniu przez Kierownika danej komórki organizacyjnej /§ 22 ust 4/. Treść regulacji obowiązujących w kierowanej przez Obwinionego jednostce jest zatem jednoznaczna – na żadnym etapie przygotowania i przeprowadzania procedury zamówienia publicznego dyrektor RCKiK nie dokonuje opisu przedmiotu zamówienia. Rzecznik nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, iż w przypadku przygotowania zamówienia na dostawę nowego ambulansu do pobierania krwi na bazie wysokopokładowego autobusu turystycznego, zasady wynikające z regulaminu postępowania przy udzieleniu zamówień publicznych w Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa nie były przestrzegane, a czynu obecnie penalizowanego dopuścił się Obwiniony. Wobec powyższego, w zachowaniu wskazywanym we wniosku o ukaranie nie ma obecnie cech naruszenia dyscypliny finansów publicznych i Obwiniony winien zostać uniewinniony.

Na marginesie sprawy, GKO wskazuje, iż nie podziela części zastrzeżeń wskazanych przez Komisję I instancji kierowanych przeciw sposobowi określenia przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze, nie każde oznaczenie właściwości zawężające krąg możliwych dostawców będzie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wyraźnie wskazała to Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w orzeczeniu z 15 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2588/10 - uprawnieniem zamawiającego jest takie określenie przedmiotu, aby otrzymać produkt odpowiadający jego potrzebom. Zatem wprowadzenie wymogów zawężających grupę wykonawców jest dopuszczalne, jeżeli jest podyktowane obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Skutkiem powyższego stanowiska jest konieczność dokonania przez komisję orzekającą nie tylko oceny, czy doszło do ograniczenia kręgu dostawców, ale również, czy ograniczenie to jest "bezpodstawne", czy też realizuje istotne z punktu widzenia zamawiającego potrzeby. Jeżeli ograniczenie jest podyktowane potrzebami mającymi charakter obiektywny, nie dochodzi do naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i 3 P.z.p., nawet jeżeli wymogi eliminują możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów.

Uwzględniając powyższe dyrektywy rozumienia przepisów PZP, GKO stwierdziła, iż część wymogów SIWZ-u zawężyła liczbę możliwych wykonawców, ale wynikało to z obiektywnych i uzasadnionych merytorycznie potrzeb zamawiającego. Dotyczy to wymogów określonych w SIWZ, a dotyczących dostarczenia silnika, skrzyni biegów i nadwozia pochodzącego od tego samego producenta. Korzyść wynikająca z takiego rozwiązania wydaje się oczywista – przy wszelkiego rodzaju awariach większych rozmiarów możliwość dokonania naprawy wszystkich kluczowych podzespołów w tym samym autoryzowanym serwisie napraw skraca czas wyłączenia autobusu z eksploatacji. Ogranicza również ryzyko konieczności podróżowania autobusu między serwisami producentów różnych podzespołów, a także zmniejsza możliwość powoływania się producentów na nienależyte współdziałanie między elementami składowymi autobusu.

W tym zakresie zatem, nawet gdyby uznać, iż do ograniczenia konkurencji doszło, to było to podyktowane słusznymi interesami zamawiającego a więc nie sposób mówić, iż doszło do naruszenia PZP. W zakresie tych elementów SIWZ orzeczenie byłoby zatem uniewinniające, nawet gdyby do zmiany przepisów między wydaniem zaskarżonego orzeczenia a orzekaniem w GKO nie doszło.