



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 13 lutego 2017 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Agata Mikołajczyk (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Przemysław Szelerski</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Leszek Biedka</i>
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 13 lutego 2017 r., odwołania wniesionego przez obwinionego - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 12 września 2016 r., sygn. akt: RIO/KO/4111/33/2016, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.), zwanej uondfp, dokonanego w dniu 30 kwietnia 2014 roku, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w Gminie“, polegającego na:

niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych opisaniu przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w zakresie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania,

co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

oraz wymierzyła obwinionemu karę nagany i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł,

orzeka:

- 1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i uniewinnia obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp,**
- 2) na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

Pouczenie:

Niniejsze orzeczenie 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

Orzeczeniem z dnia 12 września 2016 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy [dalej: RKO lub Komisja orzekająca] uznała Pana [dalej: obwiniony], pełniącego w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy, winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie czynu określonego w art. 17

ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.) [dalej: uondfp] dokonanego w dniu 30 kwietnia 2014 roku, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w Gminie”, polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych opisanu przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w zakresie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) [dalej: ustawa Pzp]. Za przypisany czyn wymierzyła obwinionemu karę nagany oraz orzekła zwrot od obwinionego na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO podała, że podstawą wszczęcia postępowania wobec obwinionego było cyt. „(...) zawiadomienie o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 16 lutego 2016 r., złożone przez Urząd Zamówień Publicznych, Departament Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej w Warszawie, przesłane Rzecznikowi Dyscypliny Finansów Publicznych pismem z dnia 23 lutego 2016 r.”. Powyższe zawiadomienie było wynikiem kontroli doraźnej następczej przeprowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych w Gminie, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotem przeprowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych kontroli było prowadzone przez gminę w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w gminie”.

Na podstawie powyższego zawiadomienia Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych postanowieniem z dnia 27 kwietnia 2016 r. wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a następnie w dniu 12 lipca 2016 r. skierował do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy wniosek o ukaranie. We wniosku tym Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych [dalej: Rzecznik] wniósł o uznanie obwinionego, na zasadach określonych w art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – winnym naruszenia

dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp dokonanego w dniu 30 kwietnia 2014 r. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w Gminie”, polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w zakresie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania, co stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Rzecznik wniósł o uznanie obwinionego za winnego popełnienia wyżej wymienionego czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i wymierzenie z tego tytułu kary pieniężnej w wysokości 4.880,31 zł (słownie: cztery tysiące osiemset osiemdziesiąt złotych 31 groszy), czyli w wysokości połowy miesięcznego wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych obliczonego jak wynagrodzenie za czas urlopu wypoczynkowego należnego w roku 2014, tj. w roku, w którym doszło do tego naruszenia, stosownie do przepisów art. 31 ust 1 pkt 3 i ust. 2 w związku z art. 34a uondfp. Rzecznik, we wniosku o ukaranie podkreślił, że organem zawiadamiającym jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [Prezes Urzędu], centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych do zadań którego należy m.in. wydawanie opinii dotyczących poprawności stosowania określonych przepisów o zamówieniach publicznych (interpretacji norm prawa z zakresu zamówień publicznych). Na rozprawie, obwiniony nie zgodził się ze stawianym mu zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych, twierdząc, że w jego ocenie opis przedmiotu zamówienia nie naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Kwestionowany wymóg zawarty w opisie przedmiotu zamówienia miał na celu wyłącznie zagwarantowanie, że dostarczony sprzęt i oprogramowanie będzie odpowiedniej jakości.

Analizując przedstawiony przez Rzecznika wniosek o ukaranie, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz złożone przez obwinionego w postępowaniu wyjaśniającym i na rozprawie wyjaśnienia, Komisja orzekająca ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

RKO, wskazując na przepis art. 26 ust. 1 w związku z art. 31 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 446) oraz na pełnioną przez obwinionego w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję wójta Gminy, stwierdziła, że wójt - zgodnie z art. 33 ust. 1 i 3 wyżej powołanej ustawy - wykonuje zadania przy pomocy urzędu, którego jest kierownikiem. Znajduje się zatem w kręgu podmiotów podlegających

odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 uooudfp. Gminy, jako jednostki samorządu terytorialnego, udzielając zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane są zobowiązane stosować procedury wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie, bowiem do postanowień art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.), gminy są zamawiającymi w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp.

Wykonując dyspozycję art. 24 ust. 1 uooudfp, RKO stwierdziła, że nie znalazła przesłanek do uznania, że przepisy obowiązujące w czasie orzekania są względniejsze dla obwinionego. Wobec czego za podstawę rozstrzygnięcia przyjęła przepisy obowiązujące w czasie popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający, Gmina przeprowadziła w 2014 r. w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w gminie. Zamówienie współfinansowane było ze środków wspólnotowych Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013, 8 Oś priorytetowa, Społeczeństwo informacyjne - zwiększenie innowacyjności gospodarki, Działanie 8.3. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu. Zgodnie z treścią z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 2.306.062,70 zł, co stanowiło równowartość 545.826,58 euro, w tym wartość zamówień uzupełniających 658.875,06 zł (155.950,45 euro). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 30.04.2014 r. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 26.05.2014 r. W postępowaniu złożona została jedna oferta przez firmę Spółka z o.o. Oferta tej firmy uznana została za najkorzystniejszą, w związku z czym w dniu 6 czerwca 2014 r. z wybranym w przetargu wykonawcą zawarta została umowa na wykonanie przedmiotowego zamówienia. RKO wskazała, że cyt.: „Projekt Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) sporządzony został na zlecenie Wójta Gminy przez podmiot zewnętrzny. Obwiniony zatwierdził SIWZ w dniu 30 kwietnia 2014 r. W rozdziale III pkt 5 SIWZ, dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia zawarto postanowienie, o treści: *„W przypadku wątpliwości co do parametrów urządzeń wskazanych w ofercie Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy, przed podpisaniem umowy, do dostarczenia w terminie wcześniejszym niżby to wynikało z harmonogramu prac, w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania na własny koszt do siedziby Zamawiającego: 1 szt. przełącznika głównego węzła głównego sieci,*

1 szt. firewall z węzła głównego sieci, 1 szt. routera brzegowego, 1 szt. przełącznika radiowego węzła rdzeniowego i przełącznika dostępnego JPG, 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci, 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci NAC, 1 szt., kontrolera WiFi wraz z punktem dostępowym WiFi, 1kompletu urządzeń radiowej sieci dostępowej 5GHz (punkt wielopunkt radiowego urządzenia abonenckiego, oprogramowania zarządzającego urządzeniami aktywnymi (sieciowymi radiowymi) w sieci i wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 1 do SIWZ (Tabele 1, 2,3,5,6, 7,9,10,11,12,13,14) parametrów i wyników testów przez ich uruchomienie na dostarczonym sprzęcie. Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół podpisany przez przedstawicieli obu stron bez zastrzeżeń. W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nie uruchomienia sprzętu oraz niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona. Sprzęt dostarczony przez Wykonawców do przeprowadzenia testów pozostanie w siedzibie Zamawiającego do upływu terminu przewidzianego do wniesienia środka ochrony prawnej, a w przypadku Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza pozostanie do dnia dostawy i będzie stanowił wzorzec". W trakcie prowadzonego postępowania, do tak sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia zastrzeżenia wniósł jeden z oferentów, tj. Spółka z o.o. z siedzibą w (...). Firma ta, pismem z dnia 5 maja 2014 r., poinformowała Zamawiającego o niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności, polegającej na ustanowieniu w SIWZ w rozdziale III pkt 5 postanowień, które naruszają art. 7 ust. 1 Pzp. W uzasadnieniu oferent wskazał, że postanowienia zawarte w tym rozdziale prowadzą „w prostej linii do nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia". Wskazał, m.in., że dostarczenie w celu demonstracji tak drogiego sprzętu wymaga dużych nakładów finansowych i jest to ryzykowna inwestycja dla wszystkich uczestników postępowania. Nadto, że czas, który uczestnik ma na ich zdobycie oraz przedstawienie Zamawiającemu wzbudza bardzo poważne wątpliwości pod kątem proporcjonalności oraz celowości wprowadzenia tych wymogów. Między innymi wskazał, że wypożyczenie sprzętu i oprogramowania od firm dystrybutorów jest możliwe w bardzo ograniczonym zakresie (Karta nr 160-164). W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 7 maja 2014 r. oddalił informacje o przekroczeniu przepisów ustawy dowodząc, że wbrew twierdzeniom wnoszącego pismo, Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, bowiem m.in. wszyscy wykonawcy mają takie same możliwości i zadania do wykonania w tym zamówieniu (Karta nr 155-159). Niemniej, w celu ułatwienia zadania wykonawcom podjął decyzje o wydłużeniu terminu składania próbek z 3

dni do 7 dni. Zmiana SIWZ w przedmiotowym zakresie dokonana została w dniu 7 maja 2014 r. (Karta 153-154). Konsekwencją powyższego było przesunięcie terminu składania ofert z dnia 23 maja na dzień 26 maja 2014 r. Firma złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając czynność opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wydanym w tej sprawie postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2014 r. odwołanie to zostało odrzucone bez jego merytorycznego rozpatrzenia, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że dotyczyło ono innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej wartości tzw. „progów unijnych”). Zaskarżona we wniesionym odwołaniu czynność opisu przedmiotu zamówienia nie mieściła się w katalogu czynności wskazanych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, stąd odwołanie podlegało odrzuceniu bez jego merytorycznego rozpatrzenia, niezależnie od rangi i powagi zarzutu. Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadził na wniosek wykonawcy kontrolę doraźną następczą prowadzonego przez Gminę przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja o wyniku kontroli przekazana została Wójtowi Gminy pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. (Karta nr 45-54). W sporządzonej informacji, Prezes Urzędu stwierdził, że w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia poprzez przewidzenie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania. Powołując się na opinię biegłego, wskazał, że czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin 14 dni jest realny, ponieważ umożliwia wykonawcom zgromadzić i skonfigurować urządzenia i oprogramowania lub w opcji symulacji komputerowej pozwala na przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. W ocenie Prezesa UZP, termin 7 dni na dostarczenie określonego sprzętu mógł utrudnić wykonawcom udział w tym postępowaniu, co potwierdzać może fakt kwestionowania tego zapisu przez jednego z wykonawców oraz fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty. Wójt Gminy pismem z dnia 16 grudnia 2015 r. złożył zastrzeżenia do wyników kontroli (Karta nr 19-30). Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 22.01. 2016 r. sygn. akt.: KIO/KD 4/16 uznała, że zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie (Karta nr 2-17). Ekspertyza w zakresie informatyki i techniki komputerowej oraz informatyki i techniki telekomunikacyjnej, wykonana - na zlecenie Urzędu Zamówień Publicznych m.in. w

przedmiocie oceny prawidłowości dokonania opisu przedmiotu zamówienia - przez firmę (...), włączona została do akt sprawy (Karta nr 80-152). Biegły sądowy odnosząc się do możliwości dostarczenia w okresie 3 dni od wezwania określonych urządzeń oprogramowania (str. 67 - 68 ekspertyzy) stwierdził m.in., że: „zamawiający ma prawo żądać demonstracji testowej zamawianego sprzętu, jednakże powinno to być połączone z dostawą sprzętu, a nie przed podpisaniem umowy, kiedy to firma musi zainwestować duże fundusze w sprzęt, co do którego nie ma pewności, że go sprzeda. Czas przeznaczony na dostawę urządzeń jest zbyt krótki (3 dni) i może powodować, że małe firmy, które nie mają rozbudowanych kontaktów z dystrybutorami urządzeń i sprzętu nie będą w stanie sprostać wymaganiu. Szczególne wątpliwości budzi liczba żądanych urządzeń oraz związany z tym aspekt finansowy szczególnie, gdy Zamawiający zamierza pozostawić te urządzenia do czasu zakończenia dostawy. Zamawiający nie przewidział, co Wykonawca zrobi z urządzeniami po zakończeniu dostawy i jaki będzie to dla niego koszt. Takie podejście z pewnością wyklucza mniejszych wykonawców niedysponujących środkami na sprzęt. Komisja orzekająca przy rozstrzygnięciu sprawy wzięła pod uwagę ww. opinię, mając na uwadze, że wydana ona została na zlecenie Prezesa Urzędu, instytucji profesjonalnie zajmującej się problematyką zamówień publicznych. RKO, w tak ustalonym stanie faktycznym przechodząc do stanu prawnego mającego zastosowanie w niniejszej sprawie zważyła, co następuje.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada, która nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, została sformułowana przez ustawodawcę w odniesieniu do wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wytyczne odnoszą się też do czynności przygotowania postępowania m.in. do opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia należy rozumieć, jako ogólną informację o przedmiocie zamówienia, przedstawioną w sposób zrozumiały dla wszystkich zainteresowanych i umożliwiającą podjęcie decyzji o ubieganiu się o zamówienie. Ustawodawca, w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, w sposób szczegółowy sprecyzował powyższą zasadę w art. 29 ust. 2, który stanowi, iż „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Określenie w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp negatywnych przesłanek określenia opisu przedmiotu zamówienia odnosi się bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. Wskazała, że powyższe należy rozpatrywać łącznie z analizą przepisów ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), która w art. 3 ust. 1 stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 tej ustawy wskazane zostało, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Zatem, zgodnie z nakazem określonym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Z literalnej wykładni wyżej powołanego przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Zaistnienie, co najmniej możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zostały naruszone (zob. wyrok KIO z dnia 26.04. 2011 r.; KIO 752/11, www.uzp.gov.pl).

Mając powyższe na uwadze, RKO podzieliła stanowisko Rzecznika, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia poprzez przewidzenie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby Zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania. W ocenie Komisji orzekającej, niewątpliwie termin ten mógł utrudniać uczciwą konkurencję oraz negatywnie wpływać na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, co potwierdzać może fakt kwestionowania tego zapisu przez jednego z wykonawców oraz fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty. W ocenie RKO, poza terminem dostarczenia sprzętu i oprogramowania w celu zademonstrowania, istotnym jest też zapis w SIWZ, że wezwanie do zaprezentowania sprzętu i oprogramowania

dotyczyć będzie nie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale tylko tych, których oferta będzie budzić wątpliwości u Zamawiającego, co do parametrów urządzeń wskazanych w ofercie. Bez wątplenia nie są to jasne reguły. Obowiązkiem Zamawiającego było określenie parametrów sprzętu i oprogramowania, w sposób gwarantujący odpowiednią, wymaganą przez niego jakość. Obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zachowując zasady ustawowe zamawiający może opisać przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego wymaganiom, a jednocześnie niegodzący w zasadę uczciwej konkurencji. Ustawodawca wymaga, żeby właśnie na etapie konstruowania treści SIWZ zamawiający dołożył należytej staranności, po to, żeby wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak by podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny. W rozpatrywanej sprawie wymóg przedstawienia przez wykonawców, na żądanie Zamawiającego, określonego sprzętu i oprogramowania został ograniczony do części wykonawców, tj. tych, których oferta będzie budzić wątpliwości, co do parametrów urządzeń, co jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. RKO uznała, że należy zgodzić się ze stanowiskiem Rzecznika i Urzędu Zamówień Publicznych, że nie jest uzasadnione twierdzenie Obwinionego, że każdy wykonawca miał tyle samo czasu na skompletowanie sprzętu i przeprowadzenie testów przy udziale pracowników Zamawiającego. Na etapie składania ofert żaden bowiem z potencjalnych wykonawców nie mógł mieć pewności, czy w ogóle zostanie wezwany do skompletowania niezbędnego sprzętu celem przeprowadzenia prezentacji, a także kiedy otrzyma wezwanie (od razu w dniu otwarcia ofert, 30 dni po otwarciu ofert, czy może 90 dni od dnia otwarcia ofert. Zamawiający mógł skorzystać z treści art. 86 ust. 2 ustawy Pzp i przesunąć termin związania ofertą). Zdaniem RKO, nie sposób uznać, że powyższe wymaganie było zgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto oferent (jedyne oferent), którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i któremu udzielono zamówienia nie został wezwany przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy do zaprezentowania sprzętu i oprogramowania w siedzibie Urzędu Gminy, co także budzi uzasadnione wątpliwości i potwierdza zaistniałą możliwość nierównego traktowania wykonawców (subiektywną ocenę). Wójt na rozprawie wyjaśnił, że nie było konieczności wezwania tego wykonawcy, z uwagi na to, że parametry sprzętu przedstawione w ofercie nie budziły wątpliwości, co do możliwości wykonania tego zamówienia przez tego wykonawcę. RKO zwróciła uwagę, że nie wyjaśnia to pytania, w jakiej sytuacji parametry te budziłyby u

Zamawiającego wątpliwości i związaną z tym konieczność wezwania oferenta w terminie 7 dni do zainstalowania drogiego sprzętu i oprogramowania w siedzibie Zamawiającego w celu jego zademonstrowania. Powyższe uzasadnia zatem uznanie, że przedmiotowy opis przedmiotu zamówienia nie umożliwiał wykonawcom jednakowego dostępu do zamówienia i mógł powodować nieuzasadnioną przeszkodę w ubieganiu się o udzielenie zamówienia (art. 29 ust. 2 Pzp), albowiem przy takim sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia żaden z oferentów nie wiedział czy przed wyborem oferty przez Zamawiającego będzie wzywany do przedstawienia próbek i demonstracji systemu. Biegły powołany przez Prezesa UZP stwierdził, że Zamawiający nie tylko żądał próbek, lecz systemu w małej skali działającego i skonfigurowanego wg potrzeb Zamawiającego. Prezes UZP zwrócił też uwagę, że skierowanie jedynie do części wykonawców możliwości żądania dostarczenia sprzętu nie może być rozumiane, jako „próbka” w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), które od dnia 28 lipca 2016 r. zastąpione zostało rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126). Próbką, tak jak dokumenty składane na potwierdzenie, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego, muszą być wymagane w równym stopniu od wszystkich wykonawców (Karta nr 9).

W tym stanie rzeczy, Komisja podzieliła stanowisko Rzecznika, że w prowadzonym przez Gminę postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu naruszono dyscyplinę finansów publicznych w rozumieniu przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1) uondfp z uwagi na opisanie w Specyfikacji, zatwierdzonej przez Wójta Gminy w dniu 30 kwietnia 2014 r. przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w zakresie możliwości wezwania wykonawcy, przed podpisaniem umowy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 7 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania, co stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W kwestii odpowiedzialności podmiotowej za popełnienie przedmiotowego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, Rzecznik uznał, że odpowiedzialność za wyżej przedstawione naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi obwiniony jako Wójt Gminy, na podstawie przepisu art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp w związku z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp,

zgodnie z treścią którego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Natomiast, według organu zawiadamiającego [Prezesa Urzędu] odpowiedzialność z tego tytułu, na podstawie przepisu art. 4 ust. 1 pkt 3 uoifp ponosił (...), tj. osoba, która wykonywała czynności związane z przygotowaniem postępowania. Rzecznik, powołując się na okoliczności faktyczne sprawy oraz przepis art. 15 ustawy Pzp uznał, że (...) nie można przypisać winy z tego tytułu, z uwagi na nieskuteczne powierzenie przez Wójta Gminy wykonywania tychże czynności. Na rozprawie, Wójt Gminy potwierdził, że nie udzielił żadnego pełnomocnictwa do przygotowania i przeprowadzenia tego postępowania, zlecił natomiast jego przygotowanie Panu (...) na podstawie umowy zlecenia. Zlecenie dotyczyło zarządzania Projektem pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie ”. Na podstawie protokołu postępowania, RKO ustaliła, że (...) wchodził w skład powołanej przez Wójta Gminy komisji przetargowej, pełniąc w tej komisji funkcję zastępcy przewodniczącego. Wskazany został również, jako osoba wykonująca czynności związane z przygotowaniem postępowania, m.in. jako osoba przygotowująca opis przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniu złożonym w postępowaniu wyjaśniającym a także na rozprawie, odnosząc się do kwestii odpowiedzialności, obwiniony stwierdził, że w jego przekonaniu dołożył należytej staranności przy przygotowaniu i prowadzeniu tego postępowania, a o braku jego winy świadczy fakt, że przygotowanie tego postępowania, z uwagi na skomplikowany jego charakter powierzył specjalistycznej firmie doradczej, *„które dysponowały w tamtym czasie pozytywną opinią zaproponowanych warunków w SIWZ, wydaną przez podmiot, który zajmował się dofinansowaniem inwestycji ze środków unijnych”*, albowiem pracownicy Urzędu Gminy nie podolaliby zadaniu, z uwagi na skomplikowany charakter techniczny tego zamówienia, ale brali czynny udział w postępowaniu wchodząc w skład komisji przetargowej. Obwiniony powołał się również na pozostawanie w usprawiedliwionej nieświadomości, że *„zakwestionowane później zapisy SIWZ mogą być uznane za naruszające przepisy Pzp, a tym samym, iż wprowadzenie tych zapisów może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych”* (Karta 280). W zeznaniu złożonym przez (...), występującego w sprawie w charakterze świadka zawarta została informacja, że dokumentacja przetargowa przedmiotowego postępowania została opracowana przy wiodącym udziale firmy, działającej na bezpośrednie zlecenie Wójta Gminy oraz przy udziale osób oddelegowanych przez Urząd Gminy (Protokół przyjęcia zeznań świadka, Karta nr 301-303). Nadto, że dokumentacja przetargowa została wysłana przez Wójta Gminy do analizy ex-ante przeprowadzonej przez

Władze Wdrażające Programy Europejskie (WWPE), obecnie Centrum Projektów Polska Cyfrowa (CPPC), że wszystkie wnioski wydane przez tę instytucję zostały uwzględnione przez Gminę. Wójt Gminy po naniesieniu wszystkich rekomendacji i uwag WWPE zatwierdził ostateczny kształt dokumentacji przetargowej, jako Kierownik Zamawiającego.

Komisja orzekająca, mając na uwadze zakres podmiotowy określony w art. 4 uoondfp, z którego wynika, że osoba nie będąca pracownikiem jednostki sektora finansów publicznych, ale działająca jako pełnomocnik zamawiającego, może ponieść odpowiedzialność za każde z naruszeń dyscypliny finansów publicznych, o których mowa w art. 17 tej ustawy ustaliła, na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, że w dniu 11 września 2013 r. zawarta została umowa nr 1/2013 pomiędzy Gminą reprezentowaną przez obwinionego, Wójta Gminy a Spółka z o.o. reprezentowaną przez (...), Prezesa tej firmy (Karta nr 227-235; Karta nr 264-272). Umowa dotyczyła realizacji przez Gminę projektu w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013: Priorytet 8 - Społeczeństwo informacyjne - zwiększenie innowacyjności gospodarki; Działanie 8.3 - Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie. Zgodnie z postanowieniami tej umowy Gmina zleciła, a wykonawca przyjął do wykonania zarządzanie projektem pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie”, w tym m.in. przygotowanie projektów dokumentacji postępowań dotyczących zamówień publicznych dla poszczególnych zadań wchodzących w skład projektu, w szczególności ustalanie wartości zamówienia, opis przedmiotu zamówienia i określenie warunków udziału w postępowaniu, określenie kryteriów oceny ofert, przygotowanie projektów ogłoszeń o zamówieniu, SIWZ, projektów umów. Zleceniobiorca (wykonawca) zobowiązał się realizować umowę z zachowaniem należytej staranności, zgodnie z najlepszą posiadaną wiedzą i zdobytym doświadczeniem (§ 2 ust. 3 umowy). Postanowienia umowy zawarte w § 9 dotyczyły kar umownych. Zgodnie z tymi postanowieniami, w wypadku rażącego naruszenia obowiązków Wykonawcy określonych w § 2 umowy (dot. m.in. przygotowania projektu opisu przedmiotu zamówienia) Zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego, a także prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, jeśli poniesiona szkoda przewyższy wysokość kar umownych określonych w ust. 1 tego postanowienia. Umowa określała, że osobami odpowiedzialnymi za realizację umowy ze strony Wykonawcy są koordynator Projektu, specjalista ds. rozliczeń i sprawozdawczości, w osobie (...) oraz (...) - Informatyk. Zatem umowa przewidywała wykonanie zlecenia przez Pana (...) wspólnie z informatykiem. W tym stanie rzeczy, do Komisji należało rozstrzygnięcie, czy zlecenie przez Wójta Gminy

sporządzenia projektu m.in. opisu przedmiotu zamówienia jest równoznaczne z udzieleniem pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 15 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Zamawiający może powierzyć pomocnicze działania zakupowe własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Wówczas podmioty te działają, jako pełnomocnicy zamawiającego. Pomocnicze działania zakupowe polegają na zapewnieniu wsparcia dla działań zakupowych, w szczególności przez m.in. doradztwo dotyczące przeprowadzania lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia oraz przygotowanie postępowań o udzielenie zamówienia i przeprowadzanie ich, w imieniu i na rzecz zamawiającego. Przepis art. 18 ustawy Pzp, dotyczący odpowiedzialności kierownika zamawiającego stanowi również, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik jednostki oraz, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Komisja zgodziła się z opinią Rzecznika zaprezentowaną we wniosku o ukaranie, że w rozpatrywanej sprawie (...) nie zostało udzielone pełnomocnictwo w rozumieniu przepisu art. 15 ustawy Pzp. Komisja uznała, że domniemania udzielenia tego pełnomocnictwa nie można też wywodzić z umowy zlecenia zawartej z (...). Umowa zlecenia zawarta przez Wójta Gminy obejmowała umocowanie do wykonywania czynności w imieniu Wójta Gminy, w sferze m.in. sporządzenia projektu SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, które to czynności podlegały zatwierdzeniu przez Wójta Gminy. W ocenie Komisji, zawarta umowa jest typową umową starannego działania. Jako przyjmujący zlecenie wykonywał czynność m.in. opisaną przedmiotem zamówienia w imieniu Wójta Gminy, a jego działanie powodowało skutek bezpośredni po stronie dającego zlecenie, czyli Wójta Gminy bez konieczności dokonywania dodatkowych czynności. Przepis art. 734 K.c. nie uchybia przepisom o formie pełnomocnictwa. Oznacza to, że jeżeli dla dokonania zleconej czynności prawnej zleconej w umowie zleceniu przepisy prawa wymagają formy szczególnej, a umowa zlecenia w takiej formie szczególnej nie została zawarta, wtedy dla skutecznego wykonania zlecenia zleceniodawca musi udzielić przyjmującemu zlecenie pełnomocnictwa do dokonania czynności w takiej formie, w jakiej jest to wymagane do dokonania zleconej czynności prawnej. Zdaniem Komisji, wszystkie czynności dotyczące zamówienia publicznego należą do czynności przekraczających zakres zwykłego zarząd, więc do dokonania tychże czynności potrzebne jest pełnomocnictwo rodzajowe, zgodnie z art. 98 ustawy Kodeks cywilny, bądź

inne dopełnienie sposobu reprezentacji jednostki (z wykonawcami). Przepis ten, w wierszu drugim stanowi, że „Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności”. Komisja orzekająca uznała, że warunkiem odpowiedzialności osoby innej, niż kierownik jednostki, za udzielenie zamówienia publicznego, jest wyraźne i niebudzące wątpliwości powierzenie tych czynności takiej osobie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). W ocenie RKO, zasadne jest stanowisko Rzecznika, że Wójt Gminy nie udzielił Panu (...) wymaganego prawem pełnomocnictwa do dokonania w jego imieniu i na jego rzecz czynności opisanego przedmiotu zamówienia. W związku z czym odpowiedzialność za przedmiotowe naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi obwiniony, działający jako kierownik zamawiającego.

RKO uznała, że popełnienie przez obwinionego czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych miało charakter zawiniony. Obwiniony zatwierdzając w dniu 30 kwietnia 2014 r. sporządzony przez podmiot zewnętrzny projekt Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zadanie pn. Budowa sieci szerokopasmowej w celu przeciwdziałania wykluczeniu cyfrowemu w gminie " stał się sprawcą zarzucanego czynu. W ocenie RKO, obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych nieumyślnie, gdyż nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego, a popełnił go na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych mógł przewidzieć. RKO uznała, że miał on możliwość zgodnego z prawem zachowania się, poprzez wykazanie należytej staranności w sytuacji, gdy dotarł do niego pierwszy sygnał, że przygotowany przez podmiot zewnętrzny opis przedmiotu zamówienia może naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sygnałem tym było odwołanie skierowane także do Zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia przez firmę Sp. z o.o., która ostatecznie oferty w postępowaniu nie złożyła, a którym został poinformowany, że opis przedmiotu zamówienia godzi w zasadę zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wnioski złożony przez tę firmę do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Obwiniony ograniczył się w tej sytuacji do przekazania tego pisma podmiotowi zewnętrznemu, któremu zlecił opracowanie projektu SIWZ i dostosowując się do wskazówek tego podmiotu ograniczył się do przedłużenia terminu demonstracji sprzętu i oprogramowania z 3 dni do 7 dni. Takie postępowanie obwinionego, przy posiadanej wiedzy, że jako kierownik zamawiającego ponosi odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie

postępowania świadczy o nie dołożeniu należytej staranności ze strony obwinionego. Komisja orzekająca nie miała wątpliwości, że obwinionemu z racji zajmowanego stanowiska muszą być znane podstawowe obowiązki dotyczące zamówień publicznych. Kierownik jednostki, przyjmując powierzone mu stanowisko, przyjmuje w ten sposób także pełną odpowiedzialność związaną z wykonywaniem tej funkcji. Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem, osoba pełniąca funkcję kierownika jednostki powinna cechować wysoka świadomość prawną oraz znajomość przepisów prawa na poziomie wyższym niż przeciętny (BDF1/4900/12/13/11/507 z dnia 21 marca 2011 r.). Brak wiedzy odnośnie tego, czy określone zachowanie jest, czy nie jest naruszeniem dyscypliny finansowej nie tylko nie jest przesłanką wyłączającą lub chociaż zmniejszającą odpowiedzialność, ale w niektórych przypadkach okolicznością obciążającą. RKO uznała, że podnoszone przez obwinionego okoliczności towarzyszące przedmiotowemu naruszeniu dyscypliny finansów publicznych nie mogą obwinionego ekskulpować od odpowiedzialności i winy. Obwiniony na rozprawie podniósł, że nie jest jego zamiarem uniknięcie odpowiedzialności, jednakże zwrócił się do Komisji orzekającej o zaniechanie kary względnie umorzenie postępowania z uwagi na okoliczności sprawy, przede wszystkim takie jak działanie w zaufaniu do opinii profesjonalnych firm doradczych, którą kierował się ogłaszając SIWZ oraz, że naruszenie popełnił w usprawiedliwionej nieświadomości. Nadto, że termin dostarczenia próbek nie naruszał żadnego przepisu i ocena tego zapisu w SIWZ zależy wyłącznie od subiektywnej oceny, w tym przypadku biegłego, który wydał ekspertyzę w przedmiotowej sprawie na zlecenie Prezesa UZP. Na dowód słuszności swojego twierdzenia wniósł o włączenie do materiału dowodowego dwóch pism z roku 2015, pochodzących od firmy (x) oraz firmy (y), które zdaniem Obwinionego potwierdzały, że firmy te będąc odpowiednio oficjalnym dystrybutorem rozwiązań sieciowych oraz producentem komputerów posiadającą rozległą sieć dystrybucji są w stanie sprostać wymogom Zamawiającego - „ustalona konfiguracja sprzętu jest dostępna w terminie 3 dni od daty zapytania i gotowa do przeprowadzenia testów technicznych. Sprzęt może być zakupiony lub wypożyczony na warunkach indywidualnie ustalonych z naszą firmą”. W ocenie RKO, informacje te nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego, że kwestionowany zapis SIWZ nie ogranicza kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zdaniem Komisji podnoszone przez obwinionego okoliczności nie mogą skutkować uwolnieniem od winy, w szczególności działanie w zaufaniu nie może uwalniać kierownika jednostki od winy, może mieć natomiast wpływ na wymiar kary, z uwagi na skomplikowany technicznie przedmiot zamówienia.

Komisja orzekająca uznała również, że nie zasługuje na uwzględnienie podnoszona przez obwinionego okoliczność dokonania akceptacji dokumentacji przetargowej przez Władzę Wdrażającą Programy Europejskie (WWPE), która utwierdziła obwinionego w przekonaniu, że dokumentacja we wskazanym zakresie jest zgodna z Prawem zamówień publicznych, bowiem przeczy temu potwierdzony przez obwinionego fakt wymierzenia korekty finansowej za przedmiotowe naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją tego projektu współfinansowanego ze środków funduszy UE, w wysokości 5 % wartości wydatków kwalifikowanych zamówienia. Obwiniony na rozprawie poinformował, że decyzja o wymierzeniu tej korekty, w jego przekonaniu wymierzona niesłusznie, została zaskarżona do sądu i rozstrzygnięcia w tej sprawie jeszcze nie ma. Komisja orzekająca uznała również, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja obwinionego, że taki sam opis przedmiotu zamówienia zawierała SIWZ Gminy, że opis ten zaakceptowała jednostka wdrażająca, a Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o oddaleniu roszczenia w tym zakresie (Karta nr 291-300). Komisja orzekająca zapoznała się z treścią SIWZ sporządzoną przez Gminę na zadanie „Zaprojektowanie, wykonanie, uruchomienie i administrowanie siecią szerokopasmowej w Gminie w ramach Projektu (...) dostępnej na stronach internetowych w BIP Gminy i przyznaje, że w rozdziale III tej specyfikacji dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia (str. 13 SIWZ) znajdował się zbliżony opis przedmiotu zamówienia, do opisu SIWZ sporządzonej przez Gminę, jednakże powołany przez obwinionego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. Akt. 2690/13 z dnia 5 grudnia 2013 r., w sprawie oddalenia odwołania wniesionego przez wykonawców w postępowaniu prowadzonym przez Gminę zostało oddalone z innych powodów, niż tych na które powoływał się obwiniony. Orzeczenie to, podobnie jak wcześniej wymienione orzeczenie KIO dotyczące Gminy, o sygn. 898/14 w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie zostały merytorycznie rozpoznane przez KIO, gdyż czynność opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 2 Pzp, nie mieści się w katalogu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie podlegały kognicji Izby. W konsekwencji w sprawach tych Izba nie mogła i nie zajęła żadnego stanowiska, które mogłoby w jakikolwiek sposób służyć za argumentację popierającą stanowisko obwinionego. RKO wskazała, że merytoryczne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w tej sprawie przedstawione zostało w uchwale KIO z dnia 22 stycznia 2016 r., Sygn. Akt KIO/KD 3/16. W wymienionej uchwale wydanej w sprawie oddalenia zastrzeżeń Gminy do wyników kontroli doraźnej następczej w przedmiocie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie - zaprojektowanie i wykonanie sieci szerokopasmowej prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania ZPP 3410/3/2014), Krajowa Izba Odwoławcza (str. 22-23 uchwały) stwierdziła m.in. „Przede wszystkim Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że istotą stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest sposób określenia terminu, w którym wykonawca miał ewentualnie przedłożyć określony sprzęt, jako tzw. próbkę, w tym dla potwierdzenia prawidłowego działania wykonanej aplikacji. W tym zakresie zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia sprowadzają się jedynie do nieuzasadnionej polemiki z ustaleniami opartymi na opinii biegłego, której rzetelność nie została jednak podważona. Podniesiona rzekoma wewnętrzna sprzeczność świadczy w istocie o wszechstronnym rozważaniu przez biegłego zagadnienia i nie może być rozpatrywana w oderwaniu od całości rozważań, z których wywiedziony jest końcowy wniosek Zamawiający nie podważył w żaden sposób, że 3 dniowy termin od wezwania skierowanego ad hoc na dostarczenie wymaganego zakresu urządzeń oraz przygotowania pokazowej wersji systemu, mógł prowadzić do ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu. Zamawiający nie wyjaśnił, co stało na przeszkodzie, aby zamiast tego ustalić 14 - dniowy termin, który pozwoliłby na zgromadzenie i skonfigurowanie urządzeń oraz oprogramowania szerszemu kręgowi wykonawców. W tym kontekście nie sposób pominąć okoliczności, że ostatecznie w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, a ustalenie w siwz zbyt krótkiego terminu na ewentualną prezentację, było przedmiotem zastrzeżeń ze strony wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu". Komisja orzekająca, przywołując w niniejszym uzasadnieniu ww. uchwałę KIO zauważyła jednocześnie, że uchwały i wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydawane są na tle konkretnego stanu faktycznego sprawy, stąd mogą stanowić jedynie wskazówkę przy interpretacji przepisów o zamówieniach publicznych w innych sprawach. Odnosząc się do podnoszonej przez obwinionego argumentu tj. działania w usprawiedliwionej nieświadomości (błąd, co do prawa), RKO uznała, że w rozpatrywanej sprawie nie miała miejsca sytuacja, w której nieświadomość można uznać za usprawiedliwioną, która skutkowałaby wyłączeniem odpowiedzialności obwinionego. W piśmiennictwie i doktrynie wskazuje się, że błąd usprawiedliwiać może w szczególności niejasna lub błędna redakcja przepisu, uniemożliwiająca jego zrozumienia i stosowanie oraz częste i liczne zmiany przepisu. Nieświadomość popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie zwalnia z ponoszenia odpowiedzialności. W rozpatrywanej sprawie naruszona została norma prawna o

dużym znaczeniu, nakładająca na osoby uczestniczące w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, osoby, które odpowiadają za określoną sferę działalności publicznej mają obowiązek znać odpowiednie regulacje prawne i ich przestrzegać (wyrok NSA z 10 października 2002 r., III SA 3515/00.). W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych wielokrotnie podkreślano, że standard wymagań wobec osób dysponujących środkami publicznymi przy podejmowaniu decyzji rodzących konsekwencje finansowe jest z pewnością wyższy niż w stosunku do przeciętnego obywatela. Z dyspozycji art. 53 ustawy o finansach publicznych wynika, iż kierownik jednostki sektora finansów publicznych odpowiada jednoosobowo za całość gospodarki finansowej tej jednostki. Obwiniony powierzając na podstawie umowy zlecenia wykonywanie czynności przygotowania zamówienia publicznego osobom trzecim, nie stracił przez to uprawnienia do działania w powierzonym tym podmiotom zakresie.

W tych okolicznościach Komisja orzekająca nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku strony obwinionej o umorzenie postępowania. W ocenie RKO, waga naruszonych przepisów nie pozwala na łagodniejsze potraktowanie obwinionego. Komisja orzekająca uznała, że kara nagany jest adekwatna do wagi i rangi naruszonego przepisu prawa. Naruszona została fundamentalna zasada udzielania zamówień publicznych. W związku z tym, że postępowanie dotyczyło projektu współfinansowanego ze środków funduszy UE, konsekwencją tego naruszenia było pomniejszenie kwoty dofinansowania ze środków UE, w wysokości 5 % wartości wydatków kwalifikowanych zamówienia. Nadto, Komisja orzekająca wzięła pod uwagę, że opis przedmiotu zamówienia stanowi istotną część regulacji ustawowej Prawa zamówień publicznych, gdyż jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowania postępowania. Podkreśliła, że stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma być gwarancją udzielania najkorzystniejszych dla jednostek sektora finansów publicznych zamówień. System zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, poprzez stworzenie uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o środki publiczne. Mając powyższe na uwadze, Komisja orzekająca uznała, że stopień szkodliwości przedmiotowego naruszenia jest znaczny, jednakże wnioskowana przez Rzecznika kara pieniężna jest zbyt surowa, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne, w jakich doszło do przedmiotowego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem

RKO, do okoliczności przemawiających za złagodzeniem kary należy przede wszystkim dotychczasowa niekaralność obwinionego, a także skomplikowany charakter zamówienia pod względem technicznym, a także pobudki i motywy, którymi kierował się obwiniony zatwierdzając opis przedmiotu zamówienia (jakość wykonania). Odnosząc się do podkreślanych przez obwinionego osiągnięć Gminy, będących jego udziałem, wysokiej pozycji gminy w rankingach (zasług w zakresie realizacji merytorycznych zadań), Komisja orzekająca stwierdziła, że postępowanie, w którym wydawane jest niniejsze orzeczenie jest postępowaniem szczególnym, mającym na względzie przede wszystkim ocenę zgodności realizowania zadań w świetle obowiązujących przepisów prawa przy uwzględnieniu okoliczności, w jakich doszło do ewentualnego naruszenia tych przepisów.

W odwołaniu od przedmiotowego orzeczenia obwiniony, w piśmie z dnia 21 października 2016 r., wniósł - na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2a uodnfp - o uchylenie tego orzeczenia w całości oraz umorzenie postępowania z powodu braku winy obwinionego.

W uzasadnieniu odwołania w szczególności wskazał, że Regionalna Komisja Orzekająca udzieliła mu kary nagany na podstawie art. 31 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 34a uodnfp bez wskazania, którego podpunktu art. 34a dotyczy opisywane naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z art. 34a uodnfp karę pieniężną albo karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny z tym, że jeżeli w skutek naruszenia: 1) nie została spłacona lub zwrócona należność Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych w znacznej wysokości; 2) bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia zaciągnięto zobowiązanie lub dokonano wydatku w znacznej wysokości; 3) zapłacono ze środków publicznych odsetki, kary lub opłaty, albo oprocentowanie w znacznej wysokości; 4) udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców (wymierza się karę pieniężną – uzupełnienie GKO, pominiętej w odwołaniu części przepisu). Zdaniem obwinionego żadna z ww. sytuacji w sprawie nie miała miejsca. Odnośnie punktu 1 stwierdził, że Gmina nie poniosła żadnych strat, ani nie jest zobligowana do spłacenia zobowiązań bądź odsetek na rzecz Skarbu Państwa lub innej jednostki sektora finansów publicznych, albowiem nie została wydana żadna decyzja o ukaraniu korektą finansową lub decyzja o zwrocie środków przez Instytucję zarządzającą programem dotującym projekty w ramach wykluczenia cyfrowego. W

orzeczeniu Komisja Orzekająca błędnie wskazała, że Gminie została wymierzona korekta finansowa w wysokości 5% wartości wydatków kwalifikowalnych zamówienia i, że obwiniony poinformował o zaskarżeniu tej korekty do sądu oraz braku rozstrzygnięcia w tej sprawie. W tej kwestii prawdą jest, że Centrum Projektów Polska Cyfrowa - Instytucja zarządzająca programem dofinansowania zadań w ramach wykluczenia cyfrowego, poinformowała Gminę o nałożeniu korekty za naruszenie Pzp, ale do dnia dzisiejszego nie wydała żadnej decyzji w tej sprawie, od której Gmina mogłaby wnieść odwołanie. W związku z powyższym nie może być mowy aktualnie o żadnym uszczupleniu finansów publicznych. Podkreślił brak decyzji o nałożeniu korekty przez Instytucję zarządzającą, pozwalającej na jej zaskarżenie. Także punkt 2 i 3 art. 34a uoondfp, jego zdaniem, nie może mieć w tej sprawie zastosowania, ponieważ żadnych upoważnień jako obwiniony nie naruszył jak też z jego winy Gmina na dzień rozpatrywania sprawy nie zapłaciła żadnych odsetek ani kar czy opłat ze środków publicznych. Argumentacja RKO, zdaniem obwinionego, może być oparta ewentualnie na podstawie pkt 4 art. 34a uoondfp, dotyczącym udzielenia zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców, ale jest ona oparta tylko i wyłącznie na jednej opinii biegłego, który wskazał, że *„czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić około 14 dni. Termin 14 dni jest realny, ponieważ umożliwia wykonawcom zgromadzić i skonfigurować urządzenia i oprogramowanie lub w opcji symulacji komputerowej pozwala na przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Natomiast termin 7 dniowy mógłby utrudniać wykonawcom udział w tym postępowaniu...”*. W omawianej kwestii odwołująca się firma składając zapytanie i zastrzeżenia do SIWZ nie wskazała, jaki termin jest dla niej odpowiedni. Zamawiający - Gmina na wniosek firmy przedłużyła termin dostawy i konfiguracji sprzętu z 3 do 7 dni. W trakcie postępowania przetargowego żadna z firm po tej odpowiedzi nie kwestionowała już terminu, a posiadała na to jeszcze odpowiedni czas. Ponadto od czasu ogłoszenia przetargu do ewentualnego wezwania firmy do demonstracji sprzętu to okres od 30.04.2014 r. (data ogłoszenia przetargu) do 26.05.2014 r. (data otwarcia ofert) plus ewentualny czas na rozpatrzenie ofert i omawiany termin 7 dniowy to łącznie - ponad 30 dni na przygotowanie sprzętu. Zgodnie z rozpoznaniem rynku przez Zamawiającego ww. termin jest wystarczający dla dostarczenia i skonfigurowania sprzętu. Każda firma poważnie przygotowująca się do przetargu miała możliwość zawarcia umowy przedwstępnej z dystrybutorami tego sprzętu, nawet małe firmy bez ponoszenia kosztów, umawiając się z dostawcami sprzętu na późniejsze zawarcie umowy w przypadku wygrania postępowania

przetargowego. Brak takiego problemu przedstawiają informacje uzyskane od firmy (x) oraz firmy (y). Zdaniem ww. firm dostawa i konfiguracja sprzętu do demonstracji jest dostępna w terminie 3 dni od zamówienia i gotowa do przeprowadzenia testów technicznych. Gdyby pomimo tego odwołująca się firma (...) wskazała, że jej zdaniem niezbędny termin dostawy i konfiguracji sprzętu powinien wynosić 14 dni, to Zamawiający mając takie wystąpienie dokonałby dodatkowej analizy rynku i prawdopodobnie przychyliłby się do tego wniosku. Niestety takiej informacji firma (...) nie przekazała. Zwrócił ponownie uwagę, że w związku ze skomplikowanym dla Zamawiającego charakterem zamówienia przygotowanie SIWZ oraz prowadzenie całej inwestycji przekazał firmom profesjonalnym, tj. firmie - trenerowi prowadzącemu m.in. szkolenia z zakresu procedur udzielania zamówień publicznych.

Dodatkowo wskazał, że zgodnie z art. 110 ust. 3 pkt 2 uoondfp Rzecznik Dyscypliny finansów publicznych do wniosku o ukaranie nie dołączył opinii przełożonego o sposobie wywiązywania się obwinionego z obowiązków służbowych, a Komisja orzekająca tylko w zdawkowy sposób wymieniła zdanie samego obwinionego o rozwoju kierowanej przez niego gminy, nie uwzględniając tego w orzeczeniu.

W związku z powyższym wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz umorzenie postępowania w całości.

Główna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca zobowiązana była rozważyć stan prawny, który przyjęty zostanie za podstawę wydanego w sprawie rozstrzygnięcia. Stosownie bowiem do art. 24 ust.1 uoondfp, *„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, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy”*. Ten przepis, regulując zasady prawa międzyczasowego, rozstrzyga, jakie prawo należy stosować w razie zmiany ustawy po popełnieniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i przyznaje priorytet ustawie nowej, jako podstawie orzekania, a ustawie poprzednio obowiązującej [jej przepisom] - wówczas, gdy jest ona względniejsza dla sprawcy. Powyższa reguła dotyczy nie tylko przepisów proceduralnych zawartych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, będących podstawą wydawania orzeczeń przez organy orzekające, ale również

odnosi się do przedmiotowego aspektu jej przepisów oraz przepisów z ustaw szczególnych [przepisy prawa materialnego], których nieprzestrzeganie kwalifikowane jest przez ustawodawcę jako popełnienie czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a zatem mających kluczowe znaczenie dla rozpoznania postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W tym przypadku dotyczy to norm wynikających z ustawy – Prawo zamówień publicznych po ich zmianie ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) [dalej: ustawa zmieniająca Pzp]. Ta ustawa w jej art. 11 w punkcie 1 wprowadziła także zmiany w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie podmiotowej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określonej w art. 4 uondfp, a w punkcie 2 w zakresie art. 17 uondfp, dotyczącym przedmiotowego zakresu odpowiedzialności. Przepisy te w rozważanym zakresie weszły w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Ustawę należy uznać za względniejszą, jeżeli daje - zgodnie z orzecznictwem - możliwość korzystniejszej dla interesów obwinionego oceny popełnionego naruszenia, skutkującej przyjęciem mniej surowych reguł odpowiedzialności lub zastosowania mniej dotkliwych sankcji. Oczywiście powyższe dotyczy zmiany nie tylko całej ustawy, ale także poszczególnych jej przepisów. Przy rozważaniu ustawy względniejszej dla obwinionego należy mieć na uwadze możliwości, jaką dają te przepisy w szczególności, co do ich oceny w aspekcie zastosowania łagodniejszej kary lub odstąpienia od jej wymierzenia, czy też umorzenia postępowania, a nawet uniewinnienia obwinionego.

W niniejszej sprawie podstawą oceny jest art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp w związku z art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem stanu prawnego publikowanego w Dz. U. z 2013 r. poz.168, z 2012 r. poz. 1529 oraz z 2016 r. poz. 1020, 1250, 1920 i 2260 z uwagi na przypisany obwinionemu czyn, który według ustaleń RKO, podobnie GKO, został popełniony w dniu 30 kwietnia 2014 r. Zdaniem GKO, rozstrzygając w niniejszej sprawie należało stosować ustawę nową, albowiem ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia, nie była względniejsza dla obwinionego.

Zmiana wprowadzona do art. 4 uondfp nadała nowe brzmienie w jego ust. 2, zgodnie z którym: „2. *W przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17, osoba obowiązana lub upoważniona do działania w imieniu podmiotu publicznego lub*

prywatnego, który oferuje pomocnicze działania zakupowe na rynku, któremu kierownik zamawiającego powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych.”. Zgodnie z poprzednim jego brzmieniem: „2. W przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 osoba niebędąca pracownikiem jednostki sektora finansów publicznych, której na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych zamawiający powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego działająca jako pełnomocnik zamawiającego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych”. Ta zmiana zatem dotyczy innych osób, aniżeli wymienione w ust. 1 tego artykułu, który nie podlegał zmianie. Przepis ten obok kierownika zamawiającego w ust. 1 stanowi, że: „Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają, z zastrzeżeniem art. 4a: (...) także zgodnie z jego punktem trzecim: „3) pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, z zastrzeżeniem ust. 2 (...).

Z kolei ustawa zmieniająca Pzp nadała nowe brzmienie postanowieniom ust. 2 i 3 oraz dodała nowy ust 4 art. 15 stawy Pzp: „2. Zamawiający może powierzyć pomocnicze działania zakupowe własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. 3. Podmioty, o których mowa w ust. 2, działają, jako pełnomocnicy zamawiającego. 4. Pomocnicze działania zakupowe polegają na zapewnieniu wsparcia dla działań zakupowych, w szczególności przez: 1) zapewnienie infrastruktury technicznej umożliwiającej zamawiającemu udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych; 2) doradztwo dotyczące przeprowadzania lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia; 3) przygotowanie postępowań o udzielenie zamówienia i przeprowadzanie ich, w imieniu i na rzecz zamawiającego”. W poprzednim brzmieniu ust. 2 i 3 stanowił: „2. Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. 3. Podmioty, o których mowa w ust. 2, działają, jako pełnomocnicy zamawiającego”. Tym samym także w aktualnym stanie prawnym, podmioty trzecie mogą być ustanowione, jako pełnomocnicy, ale tylko na podstawie upoważnienia. Samo zawarcie –

jak w niniejszej sprawie umowy cywilno-prawnej na dokonanie, przykładowo opisu przedmiotu zamówienia, nie stanowi wprost takiego upoważnienia. Ewentualnemu domniemaniu jego udzielenia przeczy, w tym przypadku zarówno treść tej umowy, jak również fakt, że obwiniony, jako kierownik zamawiającego dokonywał zatwierdzenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, której istotnym elementem był opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu, do której to czynności jego kompetencja nie została wyłączona na rzecz osoby trzeciej [podmiotu zewnętrznego] opracowującego ten dokument.

Także zmiana przepisów ustawy Pzp, w tym także art. 29 tej ustawy w związku z art. 17 ust.1 pkt 1 uoondfp, nie powoduje, że aktualnie obowiązujące przepisy należałoby uznać za surowsze w stosunku do tych, obowiązujących w czasie popełnienia zarzucanego obwinionemu naruszenia. Przede wszystkim zmiany w prowadzone w art. 29 nie dotyczą jego ust. 2, zgodnie z którym: „2. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*”. Także zmieniająca ustawa w jej art. 11 nie nowelizowała art. 17 ust.1 pkt 1 uoondfp, w myśl którego naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych: „1) *opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*”.

Podobne stanowisko GKO prezentuje w odniesieniu do znowelizowanego art. 7 ust.1 ustawy Pzp. W aktualnym jego brzmieniu wskazany ust. 1 stanowi: „1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*”. Z kolei przed zmianą w myśl tego przepisu: „1. *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*”

GKO podkreśla, że ustawa - Prawo zamówień publicznych jest aktem, którego nowelizacje odbywają się zdecydowanie częściej niż ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co niewątpliwie wymaga od organów orzekających szczególnej analizy zmian stanu prawnego, zaistniałego w okresie od popełnienia czynu do momentu wydawania orzeczenia przez komisję orzekającą. Stąd rozważania GKO w kontekście reguły z art. 24 ust.1 uoondfp dotyczyły zmian w przepisach o zamówieniach publicznych, wynikających z ustawy zmieniającej z dnia 22 czerwca 2016 r., które dotyczyły

wskazanego art. 15 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp, a w odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przepis ten nie został w nowelizacji zmieniony.

GKO w konkluzji stwierdza, że z ustaleń wynika, że wskazane przepisy powołanych ustaw obowiązujące w czasie popełnienia czynu kwalifikowanego jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie były - w zakresie powyżej analizowanym - względniejsze dla obwinionego i tym samym dla tej sprawy należało stosować, w myśl art. 24 ust. 1 uondfp nowe przepisy powołanych ustaw.

Odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu zarzutów Główna Komisja Orzekająca, na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 uondfp, uchyliła zaskarżone orzeczenie w całości i uniewinniła obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, a na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Główna Komisja Orzekająca przede wszystkim stwierdza, że postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest postępowaniem quasi karnym, w którym zasadnicze znaczenie ma zasada *in dubio pro reo*, o której stanowi art. 76 ust. 3 uondfp. Regulacja zawarta w tym przepisie odnosi się do takich wątpliwości faktycznych w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych [aczkolwiek może odnosić się także do wątpliwości natury prawnej], których nie można usunąć przy pomocy środków dowodowych dopuszczalnych uondfp i nakazuje wówczas ich interpretację na korzyść obwinionego. GKO zwraca także uwagę na inne podstawowe gwarancje obwinionego w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych formułowane we wskazanym art. 76 uondfp, a mianowicie: zasadę domniemania niewinności obwinionego (ust. 1) oraz zasadę ciężaru dowodzenia (*onus probandi*, ust. 2). Także na zasadę sformułowaną w ust. 4 przepisu, w myśl której: „4. Podstawą rozstrzygnięcia mogą być jedynie dowody ujawnione w postępowaniu przed organem orzekającym”.

W niniejszej sprawie Komisja orzekająca przypisując obwinionemu naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazała na następujące okoliczności.

W zakresie spornego punktu 5 z rozdziału III SIWZ, dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, o treści: „*W przypadku wątpliwości co do parametrów urządzeń wskazanych w ofercie Zamawiający zastrzega sobie prawo do wezwania Wykonawcy, przed podpisaniem umowy, do dostarczenia w terminie wcześniejszym niżby to wynikało z harmonogramu prac, w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania na własny koszt do siedziby Zamawiającego:(...).*” zastrzeżenia wniosła spółka z o.o. z siedzibą w (...) podnosząc, że postanowienie tego punktu prowadzi do nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia oraz wzbudza bardzo poważne wątpliwości pod kątem proporcjonalności oraz celowości wprowadzenia tych wymogów z uwagi na duże nakłady finansowe związane z dostawą w celu demonstracji tak drogiego sprzętu oraz, że wypożyczenie sprzętu i oprogramowania od firm dystrybutorów jest możliwe w bardzo ograniczonym zakresie.

Prezes Urzędu w wyniku kontroli podjętej na wniosek zainteresowanego, powołując się na opinię biegłego, wskazał, że czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin 14 dni uznał za realny, umożliwiający wykonawcom zgromadzenie i skonfigurowanie urządzenia i oprogramowania lub w opcji symulacji komputerowej - przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Z kolei termin 7 dni, w ocenie Prezesa Urzędu, mógł utrudnić wykonawcom udział w tym postępowaniu, z uwagi na wymagane dostarczenie określonego sprzętu, co miał potwierdzać fakt kwestionowania tego zapisu przez jednego z wykonawców oraz fakt złożenia w postępowaniu tylko jednej oferty. Stanowisko Prezesa Urzędu podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza, która w uchwale z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt.: KIO/KD 4/16 uznała zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli za nie zasługujące na uwzględnienie.

W Ekspertyzie – wskazanej opinii w zakresie informatyki i techniki komputerowej oraz informatyki i techniki telekomunikacyjnej OT nr 474/LU/2015 - wykonanej na zlecenie Urzędu Zamówień Publicznych - biegły sądowy odnosząc się do możliwości dostarczenia (jak podał w opinii w okresie 3 dni od wezwania) określonych urządzeń oprogramowania (str. 67 - 68 ekspertyzy) stwierdził m.in., że: „zamawiający ma prawo żądać demonstracji testowej zamawianego sprzętu, jednakże powinno to być połączone z dostawą sprzętu, a nie przed podpisaniem umowy, kiedy to firma musi zainwestować duże fundusze w sprzęt, co do którego nie ma pewności, że go sprzeda. Czas przeznaczony na dostawę urządzeń jest zbyt

krótki (3 dni) i może powodować, że małe firmy, które nie mają rozbudowanych kontaktów z dystrybutorami urządzeń i sprzętu nie będą w stanie sprostać wymaganiu”.

Wykonawca (jedyne oferent), którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i któremu udzielono zamówienia nie został wezwany przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy do zaprezentowania sprzętu i oprogramowania w siedzibie Gminy, co budzi uzasadnione wątpliwości i potwierdza zaistniałą możliwość nierównego traktowania wykonawców (subiektywną ocenę). RKO wskazała także, że sporne postanowienie specyfikacji nie wyjaśnia, w jakiej sytuacji parametry sprzętu budziłyby wątpliwości i związaną z tym konieczność wezwania oferenta do zainstalowania w jego siedzibie drogiego sprzętu i oprogramowania w celu jego zademonstrowania.

Powyżej wyspecyfikowane okoliczności wskazują, że w niniejszej sprawie RKO rozstrzygając nie odniosła się do wszystkich równie istotnych okoliczności, także do tych na które wskazywał obwiniony i, co powoduje poważne wątpliwości, co do ustalenia stanu faktycznego w zakresie w jakim jest on niezbędny dla przypisania odpowiedzialności obwinionemu. Powyższe mogło mieć w ocenie GKO wpływ na treść rozstrzygnięcia organu I instancji. Stosownie bowiem do art. 76 § 3 uodnfp nie dające się usunąć wątpliwości, co do stanu faktycznego, należy rozstrzygać na korzyść obwinionego. Jednocześnie zdaniem GKO, prawidłowo prowadzone postępowanie dowodowe mogło nie doprowadzić do ich usunięcia, albowiem w tej sprawie możemy mówić o rozbieżności zdań, co do oceny zgromadzonych dowodów. GKO jednocześnie za orzecznictwem podkreśla, że korzystanie z zasady *in dubio pro reo* jest niewątpliwie sytuacją wyjątkową, stosowaną wówczas, gdy brak jest możliwości dowodowych, a zgromadzony materiał nie pozwala na jednoznaczne ustalenie przebiegu wydarzeń związanych z podstawami odpowiedzialności. W ocenie GKO z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie.

GKO przede wszystkim zwraca uwagę na kluczowe kwestie, które nie zostały przez RKO omówione, a jedynie wskazane w uzasadnieniu rozstrzygnięcia organu I instancji.

Zamawiający wydłużył terminu składania próbek z 3 do 7 dni, wydłużając także termin składania ofert, pomimo że wykonawca nie określił jaki czas pozwoliłby mu na dostosowanie się do tego wymagania. W Ekspertyzie [data: 31.08.2015 r.], na którą powoływał się Prezes Urzędu, biegły stwierdzając, że przeznaczony na dostawę urządzeń jest zbyt krótki odniósł się – jak wskazała RKO w uzasadnieniu - do 3 dni. Uzupełniając tę

ekspertyzę, na zapytanie Prezesa Urzędu, wskazując na doświadczenie własne, jako wykonawcy ekspertyzy, biegły dopiero określił ten czas, wskazując nieprecyzyjnie na „ok. 14 dni.” RKO przyjmując powyższą ekspertyzę, w uzasadnieniu orzeczenia podkreślała, nie profesjonalizm eksperta, ale organu zlecającego: cyt.: „Komisja przy rozstrzygnięciu sprawy wzięła pod uwagę ww. opinię, mając na uwadze, że wydana ona została na zlecenie Prezesa Urzędu, instytucji profesjonalnie zajmującej się problematyką zamówień publicznych”.

Wobec dowodu przeciwnego - oświadczeń pisemnych, pochodzących od firmy (x) oraz firmy (y), które zdaniem obwinionego potwierdzały, że będąc odpowiednio oficjalnym dystrybutorem rozwiązań sieciowych oraz producentem komputerów posiadającą rozległą sieć dystrybucji są w stanie sprostać wymogom Zamawiającego, podając, że „ustalona konfiguracja sprzętu jest dostępna w terminie 3 dni od daty zapytania i gotowa do przeprowadzenia testów technicznych. Sprzęt może być zakupiony lub wypożyczony na warunkach indywidualnie ustalonych z naszą firmą.” RKO, w tym przypadku stwierdziła tylko, że informacje pochodzące od tych firm „nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego, że kwestionowany zapis SIWZ nie ogranicza kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia”.

Obwiniony, przekonując w postępowaniu wyjaśniającym a także w toku rozprawy o dołożeniu należytej staranności przy przygotowaniu i prowadzeniu tego postępowania oraz podkreślając skomplikowany charakter zamówienia wskazywał na fakt powierzenia przygotowania tego postępowania specjalistycznym firmom doradczym, *„które dysponowały w tamtym czasie pozytywną opinią zaproponowanych warunków w SIWZ, wydaną przez podmiot, który zajmował się dofinansowaniem inwestycji ze środków unijnych”*. Przedstawiciele tych firm brali także czynny udział w postępowaniu wchodząc w skład komisji przetargowej. Obwiniony podnosił także, że dokumentacja przetargowa została przekazana przez Wójta Gminy do analizy ex-ante do Władzy Wdrażającej Programy Europejskie (WWPE) oraz, że wszystkie wnioski wydane przez tę instytucję zostały uwzględnione przez Gminę. Wójt Gminy dopiero po naniesieniu wszystkich rekomendacji i uwag WWPE, jako kierownik zamawiającego, zatwierdził ostateczny kształt dokumentacji przetargowej. Obwiniony wyjaśniał także w toku rozprawy, że nie było konieczności wezwania wykonawcy do zaprezentowania sprzętu i oprogramowania w siedzibie Gminy, z uwagi na to, że parametry sprzętu przedstawione w ofercie nie budziły wątpliwości, co do możliwości wykonania tego zamówienia przez tego wykonawcę. GKO zwraca uwagę, że z

punktu 5 specyfikacji wynika fakultatywność tego wezwania oraz, że byłoby ono skierowane tylko do wykonawcy, którego oferta została wybrana do realizacji zamówienia. Takie rozumienie wynika z brzmienia spornego punktu, albowiem wątpliwości co do parametrów urządzeń wskazanych w ofercie Zamawiający i zastrzeżone prawo do wezwania wykonawcy, miałyby miejsce: cyt. (...) *przed podpisaniem umowy (...)*, a nie w toku oceny ofert. Komisja orzekająca nie poddała ocenie tych okoliczności, przyznając tylko, że te okoliczności wystąpiły.

GKO dodatkowo zwraca także uwagę na twierdzenia obwinionego w odwołaniu, że RKO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczeniu błędnie wskazała, że Gminie została wymierzona korekta finansowa w wysokości 5% wartości wydatków kwalifikowalnych zamówienia i, że obwiniony poinformował o zaskarżeniu tej korekty do sądu oraz braku rozstrzygnięcia w tej sprawie. W tej kwestii Centrum Projektów Polska Cyfrowa - Instytucja zarządzająca programem dofinansowania zadań w ramach wykluczenia cyfrowego, poinformowała Gminę o nałożeniu korekty za naruszenie ustawy Pzp, jednakże w tej sprawie stosowna decyzja nie została wydana, co pozwoliłoby Gminie na jej zaskarżenie. Ta okoliczność nie ma oczywiście wpływu na rozstrzygnięcie w tej sprawie z uwagi na ustalenie przez GKO, że w zarzucanym obwinionemu czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jednakże obrazuje, że nie zostały poddane ocenie wszystkie okoliczności mogące mieć hipotetycznie znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy. GKO, wobec tej okoliczności, na marginesie dodatkowo stwierdza, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest czyn (działanie lub zaniechanie) osoby o statusie wyznaczonym w ustawie, określony w prawie jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zawiniony, szkodliwy dla ładu finansów publicznych, związany z nieprzestrzeganiem reguł wyznaczonych prawem. Nieprzestrzeganie tych reguł nie zawsze powoduje wymierne negatywne skutki finansowe określane pojęciem szkody. Czyny określone ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są - co do zasady - szkodliwe i z tego właśnie powodu są penalizowane, nawet gdy w wyniku ich popełnienia nie wyniknęła dla finansów publicznych jakakolwiek szkoda lub uszczerbek w dobrach materialnych. Takie czyny to m.in. te które zostały sklasyfikowane w art. 17 uoondfp, z popełnienia których, jak w przypadku naruszenia zasad wskazanym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie wynika wprost wymierna szkoda materialna, ale skutkiem ich popełnienia może być w

szczególności uszczerbek zaufania do procedur dotyczących wydatkowania środków publicznych.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.