



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 22 czerwca 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Marcin Krzywoszyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Barbara Potocka
Protokolant:		Mateusz Woźniak

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2015 r. odwołania Obwinionej (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach Naruszenia Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. akt BDF3/4901/25/14, którym uznano Obwinioną (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w (...) – na zasadach określonych w art. 19 ust. 1 i 2 zdanie 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) – zwanej dalej ustawą - za winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 a obecnie w art. 17 ust. 1c ustawy polegającego na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa grupowego ubezpieczenia na życie (...)” z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych tj. zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawcy (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia przedmiotowego zamówienia temu wykonawcy, czym naruszono przepis art. 7 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co

miało miejsce w dniu 1 czerwca 2011 r., tj. w dniu zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia pomiędzy zamawiającym reprezentowanym przez Obwinioną a wykonawcą (...).

oraz wymierzono Obwinionej karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 3 ustawy uniewinnia (...) od przypisanego jej zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych,**
- 2. na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Finansów (zwana dalej: MKO) orzeczeniem z dnia 18 lutego 2015 r., po rozpoznaniu zarzutów zawartych we wniosku o ukaranie z dnia 28 lipca 2014 r., uznała Obwinioną (...) - pełniącą w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Dyrektora Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w (...) - winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4, a obecnie w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej: ustawą), polegającego na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa grupowego ubezpieczenia na życie (...)” z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej także: Pzp), co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia przez Obwinioną przedmiotowego zamówienia temu wykonawcy w dniu 1 czerwca 2011 r. [data zawarcia umowy] z naruszeniem art. 7 ust. 3 Pzp. Na

podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy, wymierzyła Obwinionej karę upomnienia, a na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy obciążyła Obwinioną obowiązkiem uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia MKO w szczególności wskazała, że w dniu 21 lutego 2011 r. Powiatowa Stacja Sanitarno-Epidemiologicznej w (...) wszczęła postępowanie w sprawie udzielenia ww. zamówienia publicznego. Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. W pkt 2.8 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej także: SIWZ) - Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wymagał dołączenia przez wykonawcę do oferty wykazu operacji chirurgicznych zawierającego minimum 400 operacji, w tym operację przeszczepu płuca oraz osobno przeszczepu serca. Natomiast w pkt 2.15 tego załącznika, zamawiający zawarł tabelaryczne zestawienie wysokości świadczeń w poszczególnych wariantach ubezpieczenia. W pkt 5 tabeli zamawiający wskazał, że w przypadku wariantu II i III skumulowana wysokość świadczeń ma wynosić 750 zł. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, pierwsza złożona przez (...) z siedzibą w (...) (zwany dalej: (...)), a druga przez (...) (...) (zwane dalej: (...)). (...)w ofercie w „Wykazie operacji chirurgicznych” wskazał „przeszczep płuca” oraz „przeszczep płuc i serca”. Nie wskazał natomiast na przeszczep serca, jako osobnego zabiegu. Ponadto w „Ogólnych warunkach dodatkowego ubezpieczenia na wypadek operacji chirurgicznych” w § 5 ust. 1 „Świadczenia z tytułu umowy”, (...)wskazał, że świadczenia będą wypłacane w wysokości 50% sumy ubezpieczenia - w przypadku operacji chirurgicznych I klasy, 30% sumy ubezpieczenia - w przypadku operacji chirurgicznych II klasy oraz 10% sumy ubezpieczenia - w przypadku operacji chirurgicznych III klasy. Wysokość sumy ubezpieczenia ustalana będzie w dniu wykonania operacji (§ 5 ust. 2 „Ogólnych warunkach dodatkowego ubezpieczenia na wypadek operacji chirurgicznych”).

Pismem z dnia 25 marca 2011 r., podpisanym przez Panią (...), zawiadomiono wykonawców o wyborze oferty (...), jako oferty najkorzystniejszej (pismo przekazano e - mailem dnia 8 kwietnia 2011 r.). Jednocześnie zamawiający poinformowało o odrzuceniu oferty (...), gdyż „oferta nie spełniała istotnych warunków SIWZ w części dotyczącej operacji chirurgicznych”. Pismem z dnia 8 kwietnia 2011 r. „Uzupełnienie informacji dot. odrzucenia oferty”, skierowanym do (...), zamawiający wskazał, że „Oferta (...) w tabeli operacji chirurgicznych (...) zawiera 539 operacji, ale nie zawiera pełnego katalogu wymaganych przez zamawiającego operacji wymienionych w 2.8 SIWZ. Oferta (...) w zakresie świadczenia za operacje chirurgiczne przewiduje sumę ubezpieczenia dodatkowego bez określenia jej wysokości, a operacje dzieli się na 3 grupy, różnicując wysokość świadczenia

na 100%, 60% i 20% sumy ubezpieczenia dodatkowego. W ofercie (...) nie wskazuje sumy ubezpieczenia dodatkowego, które oferuje w ramach składki miesięcznej zawartej w ofercie dla wariantu II i III ubezpieczenia.". (...) wniosła odwołanie na powyższe rozstrzygnięcie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 29 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 771/11 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie (...). W uzasadnieniu wyroku stwierdzono, że zaoferowanie przez odwołującego operacji „przeszczepu płuc i serca" nie jest jednoznaczne z zaoferowaniem odrębnej operacji serca (co oznacza, że odwołujący operacji serca nie zaoferował, a zatem oferta nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia), a ponadto wskazanie wysokości świadczeń jako procentu sumy ubezpieczenia (a nie kwoty wymaganej przez zamawiającego) także stanowiło naruszenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Umowa w sprawie udzielenia zamówienia (zatytułowana „Umowa generalna") zawarta została dnia 1 czerwca 2011 r. w (...) przez Obwinioną. W § 1 ust. 2 tej umowy wskazano, że „Ubezpieczyciel wypłaca należne świadczenia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz złożoną ofertą".

Pismem z dnia 14 stycznia 2014 r. dyrektor Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomił Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o stwierdzonym naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonany przez panią (...). Naruszenie to miało polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co doprowadziło do udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Naruszenie takie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 19 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO/KD 112/13. W toku postępowania ustalono bowiem, że oferta (...) była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, bowiem nie zawierała operacji przeszczepu serca (a przeszczep płuc i serca). Ponadto (...)nie gwarantowała wypłaty świadczeń w wariantach II i III w wysokości 750 zł, czego wymagał zamawiający. Tym samym, także oferta (...) powinna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych postanowieniem z dnia 21 marca 2014 r. nr 3/1/2014 wszczęła postępowanie wyjaśniające wobec pani (...).

Pismem z dnia 12 maja 2014 r. Obwiniona wyjaśniła, że przedłożony przez (...) wykaz operacji był częścią ogólnych warunków ubezpieczenia, „których z istoty rzeczy nie zmienia się każdorazowo, przy składaniu określonej oferty". Niemniej jednak w pkt 1 na stronie 2 oferty (...) zadeklarował: „Oferujemy ubezpieczenia pracowników Zamawiającego, ich współmałżonków i pełnoletnich dzieci zgodnie z przedmiotem zamówienia wg załącznika nr

2", co - w ocenie Obwinionej - oznaczało, że (...) oferował nie tylko zabiegi wymienione w swoim wykazie, ale także wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (a konkretnie w załączniku nr 2 do tej specyfikacji). Zdaniem Obwinionej, (...) zaoferował operację przeszczepu serca. Analogiczna sytuacja dotyczy wypłaty ubezpieczenia w wysokości 750 zł, albowiem skoro (...) zadeklarował ubezpieczenia „zgodnie z przedmiotem zamówienia wg załącznika nr 2”, to również zadeklarował wypłaty w wysokości oczekiwanej przez zamawiającego. Ponadto Obwiniona na potwierdzenie powyższego przywołała postanowienia załącznika nr 8 do oferty, umowy generalnej, co do § 1 ust. 1, § 1 ust. 2 i § 6 ust. 1 zd. 2. Zgodnie z tym ostatnim postanowieniem: „Do poszczególnych rodzajów ubezpieczeń będą miały zastosowanie w następującej kolejności: postanowienia SIWZ, złożonej przez Ubezpieczyciela oferty, niniejszej umowy generalnej oraz właściwych ogólnych warunków ubezpieczeń stosowanych przez Ubezpieczyciela w dniu podpisania umowy. Ogólne warunki ubezpieczenia mają zastosowanie w kwestiach nieuregulowanych w SIWZ, w ofercie ubezpieczyciela i niniejszej umowie generalnej”.

Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych nie podzieliła powyższych wyjaśnień i złożyła wniosek o ukaranie z dnia 28 lipca 2014 r.

Na rozprawie w dniu 22 października 2014 r. Obwiniona wyjaśniła, że oferta (...) nie budziła wątpliwości z uwagi na to, że (...) zobowiązała się najpierw realizować specyfikację istotnych warunków zamówienia, dlatego nie miała wątpliwości, aby taką umowę podpisać. Ponadto powołała trzyosobową komisję, składającą się z pracowników, które zamówienia publiczne prowadzą od wielu lat oraz podkreśliła, że do wszystkich zamówień publicznych podchodziła z należytą starannością. Obrońca Obwinionej stwierdził ponadto m.in., że w trakcie realizacji umowy z (...), wypłacono 23 odszkodowania za 23 operacje i za wszystkie wypłata wynosiła 750 zł. Dowodzi to, jego zdaniem, że oferta (...) była zgodna ze specyfikacją, bo „wszyscy znamy ubezpieczycieli i wiadomo jak trudno jest uzyskać odszkodowanie. W związku z tym ubezpieczyciel bez zapisu, który go do tego zobowiązuje, żadnych kwot by nie wypłacił.” Podczas rozprawy w dniu 18 lutego 2015 r. Obwiniona stwierdziła w szczególności, że tylko (...) załączył umowę generalną (zał. 8 oferty), z której wynikało, że (...) będzie realizował ubezpieczenie zgodnie z zamówieniem i będzie wypłacał odszkodowanie zgodnie z SIWZ. Umowa ta zawierała także hierarchizację dokumentów, według których zamówienie będzie realizowane: jako najważniejszy wskazany został SIWZ, następnie oferta (...), umowa i ogólne warunki ubezpieczenia. Natomiast (...) nie załączyła takiej umowy, pozostała przy ogólnej deklaracji, że będzie realizowała ubezpieczenie. Z tego powodu w ocenie pracowników, jak i Obwinionej, oferta (...) zakwalifikowana została, jako

niewystarczająca. Obawy budziła w szczególności niepewność, czy oczekiwania zamawiającego zostaną przez (...) spełnione, zwłaszcza w zakresie ubezpieczenia dotyczącego przeszczepu płuc i serca.

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny sprawy MKO w pierwszej kolejności stwierdziła, że Obwiniona podlega reżimowi ustawy. Obwiniona w czasie popełnienia zarzucanego czynu pełniła funkcję Dyrektora Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w (...). Stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 212, poz. 1263, ze zm.), państwowy inspektor sanitarny wykonuje zadania przy pomocy podległej mu stacji sanitarno-epidemiologicznej. Stosownie natomiast do art. 15 ust. 3 tej ustawy, stacja sanitarno-epidemiologiczna jest jednostką budżetową będącą podmiotem leczniczym finansowanym z budżetu państwa. Jednostki budżetowe zaś należą do sektora finansów publicznych, co wynika wprost z art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.). Tym samym Obwiniona podlega odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ponadto, stosownie do art. 2 pkt 3 Pzp, kierownikiem zamawiającego jest osoba lub organ, który - zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową - jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego.

W niniejszej sprawie bezsporne jest, że w Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w (...) prowadzone było postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Usługa grupowego ubezpieczenia na życie (...)”. Bezsporne jest także, że w wyniku przeprowadzenia powyższego postępowania, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez (...), a zawiadomienie o wyborze tej oferty podpisała Obwiniona (a także zawiadomienie o odrzuceniu oferty (...)). Ponadto Obwiniona, w imieniu zamawiającego, zawarła umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z (...) dnia 1 czerwca 2011 r. Ze zgromadzonego materiału dowodowego, w tym zwłaszcza z oferty (...), jednoznacznie wynika, że ten wykonawca w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ofercie nie zaoferował operacji przeszczepu serca (czego wymagał zamawiający w specyfikacji). (...) w ofercie w „Wykazie operacji chirurgicznych” wskazał „przeszczep płuca” oraz „przeszczep płuc i serca”. W ocenie MKO takie sformułowanie nie pozwala na przyjęcie wykładni, że wykonawca zaoferował także przeszczep serca jako odrębny zabieg. Użycie spójnika „i” w wyrażeniu „przeszczep płuc i serca”, zwłaszcza w kontekście zaoferowania odrębnej operacji przeszczepu płuca wskazuje

na to, że „przeszczep płuc i serca" należy traktować jako jedną operację. Tym samym użycie tego spójnika w tym przypadku pozwala jedynie na przyjęcie, że spójnik ten został użyty jako funkcyjny koniunkcji – innymi słowy, że wykonawca zaoferował kompleksową operację przeszczepu płuc i serca, nie wskazując w ogóle operacji przeszczepu serca. Na inne rozumienie tego wyrażenia nie wskazują żadne zastrzeżenia w ofercie tego wykonawcy.

MKO nie podzieliła także argumentacji, zgodnie z którą skoro (...) w pkt 1 oferty zadeklarował: „Oferujemy ubezpieczenia pracowników Zamawiającego, ich współmałżonków i pełnoletnich dzieci zgodnie z przedmiotem zamówienia wg załącznika nr 2", to pomimo braku wymienienia operacji przeszczepu serca w wykazie operacji i tak należało uznać, że poprzez to oświadczenie w ofercie – wykonawca oferuje ubezpieczenie za wszystkie operacje wskazane w specyfikacji. W pkt 2.8 załącznika nr 2 do specyfikacji, zamawiający wskazał, że wykonawca ma dołączyć do oferty wykaz operacji chirurgicznych, zawierający minimum 400 operacji, w tym w szczególności operację przeszczepu płuca oraz osobno przeszczepu serca. Tym samym obowiązkiem wykonawcy było sporządzenie takiego wykazu, który zawierałby wszystkie zabiegi wskazane przez zamawiającego. Ponadto nie bez znaczenia jest okoliczność, zgodnie z którą wzory dokumentów obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym formularz oferty, przygotował zamawiający. W tym formularzu oferty, w jego ust. 1, zamawiający przewidział oświadczenie o treści: „Oferujemy ubezpieczenia pracowników Zamawiającego, ich współmałżonków i pełnoletnich dzieci zgodnie z przedmiotem zamówienia wg załącznika nr 2.". Innymi słowy, każdy z wykonawców składający ofertę w niniejszym postępowaniu na formularzu opracowanym przez zamawiającego składał takie oświadczenie. Jednakże skoro zamawiający wymagał, aby wykonawca, oprócz takiego oświadczenia, złożył wykaz operacji, zawierający m.in. operacje wskazane w pkt 2.8 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to nie uznawał powyższego oświadczenia za wystarczającego do uznania, że wykonawca oferuje to, czego oczekuje zamawiający.

Wskazano również, że druga z ofert, złożona przez (...), została odrzucona, m.in. z tego powodu, że ten wykonawca nie zaoferował wszystkich wymaganych operacji, chociaż ofertę złożył na takim samym formularzu. Powyższe dowodzi jednoznacznie, że rozstrzygający dla zamawiającego do oceny zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinien być wykaz operacji, dołączany do oferty, a nie samo oświadczenie zawarte w formularzu do oferty przygotowane przez zamawiającego. W ocenie MKO uzasadnienie odrzucenia oferty (...) (pismo z dnia 8 kwietnia 2011 r. („Uzupełnienie informacji dot. odrzucenia oferty")) stanowi wykładnię interpretacji postanowień SIWZ w

omawianym zakresie. Podkreślono, że była to wykładania dokonana przez samego zamawiającego. Tym samym wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie, stosownie do wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zasady powinni być równo traktowani. W omawianym przypadku na podstawie tożsamyh dokumentów (posiadających analogiczne uchybienia) Obwiniona zastosowała dwa różne systemy oceny zgodności oferty z SIWZ oraz konsekwencji prawnych wynikających z tej oceny.

Zdaniem MKO, bez znaczenia w sprawie jest okoliczność, że (...) dołączył do swojej oferty wzór formularza umowy (czego nie zrobił drugi wykonawca). Po pierwsze, zamawiający nie wymagał, aby wykonawca taką umowę do oferty załączył. Po drugie, wzór umowy przygotował zamawiający i stanowiła ona załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 1 i 2 wzoru umowy, „Na podstawie niniejszej umowy Ubezpieczyciel przyjmuje do wykonania zamówienie dotyczące grupowego ubezpieczenia na życie i następstw nieszczęśliwych wypadków pracowników, współmałżonków i dzieci pracowników Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w (...) w zakresie określonym przez Ubezpieczającego w SIWZ. Ubezpieczyciel wypłaca należne świadczenia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz złożoną ofertą. Oznacza to, że każdy wykonawca, którego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, zawarłby umowę zawierającą ww. postanowienia. Dołączenie wzoru umowy przygotowanego przez zamawiającego do oferty (...) nie zmienia faktu, że w wykazie operacji (...) nie zaoferował przeszczepu serca. W przeciwnym razie, gdyby twierdzić, że oświadczenie zawarte w ust. 1 formularza oferty oraz postanowienia wzoru umowy przesądzą o tym, że każdy z wykonawców oferuje to, co zawiera specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w ogóle nie było podstaw do odrzucenia jakiegokolwiek oferty. Obwiniona jednak - działając w imieniu zamawiającego, odrzuciła jedną z ofert, w której wprost nie wymieniono wszystkich wymaganych operacji. W ocenie Komisji, nie można zatem twierdzić, że składając ofertę na formularzu przygotowanym przez zamawiającego (i dołączając do oferty wzór umowy) (...) zaoferował ubezpieczenia za wszystkie operacje wskazane w pkt 2.8 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, w tym zakresie oferta (...) nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Analogiczna sytuacja, w ocenie MKO, dotyczy wysokości świadczeń, o których mowa w pkt 2.15 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał, aby w przypadku operacji chirurgicznych, wysokość świadczenia (skumulowana) w

wariancie II i III wynosiła 750 zł. (...) jednak zaoferował, zgodnie z § 5 ust. 1 „Ogólnych warunków dodatkowego ubezpieczenia na wypadek operacji chirurgicznych”, że świadczenia będą wypłacane w wysokości 50% sumy ubezpieczenia - w przypadku operacji chirurgicznych I klasy, 30% sumy ubezpieczenia - w przypadku operacji chirurgicznych II klasy oraz 10% sumy ubezpieczenia - w przypadku operacji chirurgicznych III klasy. Wysokość sumy ubezpieczenia ustalana będzie w dniu wykonania operacji (§ 5 ust. 2 „Ogólnych warunkach dodatkowego ubezpieczenia na wypadek operacji chirurgicznych”). Zatem także w tym zakresie oferta (...) nie jest zgodna ze specyfikacją, albowiem zamawiający wskazał w pkt 2.15 załącznika nr 2 do specyfikacji: „Zestawienia wysokości świadczeń w poszczególnych wariantach ubezpieczenia wskazanych w poniższej tabeli przedstawiają ostateczną, uwzględniającą kumulację wysokość świadczeń.”, a (...) nie zapewnił w ofercie wymaganej przez zamawiającego sumy ubezpieczenia w przypadku operacji chirurgicznych.

MKO ponownie przywołała uzasadnienie odrzucenia oferty (...) (pismo z dnia 8 kwietnia 2011 r. - „Uzupełnienie informacji dot. odrzucenia oferty”), zgodnie z którym „Oferta (...) w zakresie świadczenia za operacje chirurgiczne przewiduje sumę ubezpieczenia dodatkowego bez określenia jej wysokości, a operacje dzieli na 3 grupy i różnicuje wysokość świadczenia na 100%, 60% i 20% sumy ubezpieczenia dodatkowego. W ofercie (...)nie wskazuje sumy ubezpieczenia dodatkowego, które oferuje w ramach składki miesięcznej zawartej w ofercie dla wariantu II i III ubezpieczenia.”. MKO zauważyła, że oferta (...)także dzieli operacje na 3 klasy oraz uzależnia wysokość świadczenia od tych klas, w żadnym przypadku nie wskazując, jak wymagał tego zamawiający, że wysokość tego skumulowanego świadczenia wynosić będzie 750 zł. Twierdzenia, że skoro w ofercie (...) oświadczył, że oferuje ubezpieczenia zgodnie z przedmiotem zamówienia wg załącznika nr 2 nie zasługują na aprobatę z przyczyn wskazanych powyżej. Bez znaczenia, w ocenie MKO, jest ponadto okoliczność przytoczona przez obrońcę Obwinionej, że w trakcie realizacji umowy z (...), wypłacono 23 odszkodowania za 23 operacje i za wszystkie wypłata wynosiła 750 zł. W niniejszej sprawie bowiem badaniu podlega, czy nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych podczas udzielenia zamówienia publicznego. Natomiast sama realizacja umowy odbywa się już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie ma znaczenia w sprawie (w przeciwnym razie można by twierdzić, że w ogóle nie należy odrzucać ofert jako niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, bo w trakcie realizacji umowy może się jednak okazać, że wykonawca uczyni zadość oczekiwaniom zamawiającego).

Wskazując na podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp MKO podniosła, że stosownie do art. 17 ust. 1c ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. MKO podkreśliła, że w czasie popełnienia czynu, obowiązywał art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z innym niż wymienione w pkt 1 - 3 naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym, odpowiedzialności podlegało udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Obecnie, odpowiedzialność ponosi się za naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie zmiana przepisu nie wpływa na sytuację Obwinionej, albowiem jej zachowanie (polegające na braku odrzucenia oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji zawarcie umowy z tym wykonawcą) wyczerpuje znamiona czynu, określonego w art. 17 ust. 1c ustawy. Także obecnie obowiązujące przepisy nie są względniejsze dla Obwinionej, dlatego, na podstawie art. 24 ust. 1 ww. ustawy, MKO uznała, że zastosowanie powinny mieć przepisy ustawy nowej (obowiązujące w czasie orzekania). Bez wątplenia zatem w sprawie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych (a konkretnie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) z uwagi na brak odrzucenia oferty (...), pomimo, że była ona niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, albowiem z (...) Obwiniona zawarła w dniu 1 czerwca 2011 r. umowę, uprzednio wybierając ofertę tego wykonawcy, pomimo że oferta nie była zgodna ze specyfikacją. Tym samym ziściły się przesłanki określone w art. 17 ust. 1c. Podkreślono, że naruszenia ww. przepisów bezspornie dopuściła się Obwiniona, albowiem działając, jako kierownik zamawiającego podpisała zawiadomienie o wyborze oferty (...), jako najkorzystniejszej, co doprowadziło do zawarcia przez Obwinioną umowy w sprawie tego zamówienia.

MKO wskazała również na art. 19 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający

dyscyplinę finansów publicznych. W ocenie MKO, Obwinionej można i należy przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Wskazując na orzeczenie GKO z dnia 20 stycznia 2014 r. sygn. akt BDF1/4900/99/103/13/RWPD-129314, podniesiono, że: „Dla przypisania winy kluczowa jest możliwość wskazania prawidłowego wzorca zachowania, a więc z udowodnionych okoliczności musi wynikać, iż w chwili popełnienia czynu istniała możliwość alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa i które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych.". Bez wątplenia w chwili popełnienia czynu istniała możliwość innego zachowania przez Obwinioną - gdyby oferta (...) została prawidłowo sprawdzona w toku postępowania i wyciągnięte zostałyby prawidłowe wnioski z dokonanej oceny (jak miało to miejsce w przypadku drugiej z ofert), Obwiniona powinna była odrzucić tę ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, czego jednak nie uczyniła. Fakt, że Obwiniona powołała komisję przetargową, nie sprawia, że nie można jej przypisać winy. Podkreślono, że komisja przetargowa, zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert i zgodnie z art. 18 ust. 3 tej ustawy za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Ponadto od osoby pełniącej funkcję dyrektora powiatowej stacji sanitarno-epidemiologicznej można i należy wymagać zachowania najwyższej staranności w podejmowaniu czynności związanych z udzielaniem zamówień publicznych i tym samym z wydatkowaniem środków publicznych. Ponadto można i należy wymagać znajomości przepisów w tym zakresie. Przyjęcie bowiem funkcji kierownika jednostki budżetowej wiąże się z większą odpowiedzialnością za wykonywane działania i podejmowane decyzje. Tym samym MKO uznała, że zachowanie Obwinionej, polegające na braku odrzucenia oferty (...) zostało przez nią zawinione.

MKO postanowiła przychylić się do wniosku Zastępcy Rzecznika i wymierzyć Obwinionej karę upomnienia. Podano, że kara upomnienia jest najmniej surową z kar przewidzianych w ustawie. Wymierzając taką karę, MKO wzięła pod uwagę w szczególności okoliczność, że Obwiniona dotychczas nie była karana za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a także fakt, że Obwiniona kierowała się opiniami powołanej przez siebie komisji, składającej się z pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi. Jakkolwiek ta ostatnia okoliczność nie wpływa na brak odpowiedzialności Obwinionej, to jednak uzasadnia, zdaniem MKO, wymierzenie najniższej możliwej kary. Ponadto taka kara spełni swoje funkcje dyscyplinujące i zapobiegawcze. Z jednej bowiem strony będzie

dostateczną dolegliwością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, z drugiej zaś skłoni Obwinioną do bardziej wnikliwej analizy obowiązujących przepisów, celem uniknięcia naruszenia dyscypliny finansów publicznych w przyszłości.

Obwiniona (...) zaskarżyła w całości orzeczenie MKO, wnosząc o jego uchylenie w całości i uniewinnienie od zarzucanego jej czynu. W uzasadnieniu odwołania w szczególności wskazała, że (...) w wykazie operacji chirurgicznych (załącznik do ogólnych warunków dodatkowego grupowego ubezpieczenia na wypadek operacji chirurgicznych) wykazała na str. 89 oferty przeszczep płuca, natomiast na str. 91 oferty przeszczep płuc i serca. MKO zarzuciła, że brak w wykazie osobno przeszczepu serca. Ponadto oferta (...), na str. 84, zawierała postanowienia, które odnosiły wysokość świadczenia z tytułu operacji do procentowej wartości sumy ubezpieczenia. Nie wymieniały natomiast wprost wymaganej kwoty 750 zł, co również MKO uznała za błąd, który jej zdaniem powinien skutkować odrzuceniem oferty (...). Obwiniona podkreśliła, że przedłożony przez wykonawcę wykaz operacji jest częścią ogólnych warunków ubezpieczenia i zawiera zapisy standardowe, których z istoty rzeczy nie zmienia się każdorazowo, przy składaniu określonej oferty. Nie oznacza to jednak, że wykonawca nie może zaproponować oferty szerszej od wynikającej z ogólnych warunków ubezpieczenia tak, jak to miało miejsce w przypadku przedmiotowego przetargu. (...), przystępując do przetargu, na str. 2 oferty, w pkt. 1 zadeklarował cyt. "Oferujemy ubezpieczenia pracowników Zamawiającego, ich współmałżonków i pełnoletnich dzieci zgodnie z przedmiotem zamówienia wg załącznika nr 2." Omawiany załącznik zawierał wymóg, aby oferowany przez wykonawcę wykaz operacji zawierał również przeszczep serca. Z przedmiotowego zapisu jednoznacznie zatem i bez żadnych wątpliwości wynika, że wykonawca oferował m.in. ubezpieczenie na wypadek operacji chirurgicznych, wymienionych w załączniku do ogólnych warunków ubezpieczenia., jak również tych, które wymienione były w załączniku nr 2 do SIWZ i to zarówno tych, które pokrywały się z wymienionymi w wykazie ogólnych warunków ubezpieczenia, jak i tych, które się tam nie znalazły. Podobna sytuacja dotyczy kwestionowanego zapisu dot. świadczeń na wypadek operacji chirurgicznych. Cytowany wyżej zapis zobowiązuje wykonawcę do wypłacania należności z tytułu ubezpieczenia na wypadek operacji w zryczałtowanej kwocie 750 zł. Brak było zatem podstaw do uznania, że oferta (...) jest niezgodna z SIWZ i należy ją odrzucić. Tym samym, zdaniem Obwinionej, kierowany wobec niej zarzut uznać należy za nieuzasadniony, albowiem w załączniku nr 8 do oferty (umowie generalnej), w par. 1 ust. 1 wykonawca (...) oświadczył, że przyjmuje zamówienie do wykonania w zakresie określonym

przez ubezpieczającego (Zamawiającego) w specyfikacji. Powyższe potwierdza tezę, że tym samym oferta wykonawcy obejmowała także operacje polegające na przeszczepie serca oraz zryczałtowane świadczenie z tytułu operacji w wymaganej kwocie 750 zł. Także w par. 1 ust. 2 umowy generalnej znajduje się, zdaniem Obwinionej, kolejne potwierdzenie, iż takie rozumowanie jest spójne, logiczne i w świetle dokumentacji przetargowej uzasadnione. Wykonawca oświadcza w nim, iż będzie wypłacał należne świadczenia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami. Również stanowisko zamawiającego w omawianym wyżej zakresie potwierdza par. 6 ust. 1 zd. 2 załącznika nr 8 do oferty (umowy generalnej), który zawiera gradację poszczególnych dokumentów według pierwszeństwa ich stosowania. Zgodnie z postanowieniami powołanego przepisu „Do poszczególnych rodzajów ubezpieczeń będą miały zastosowanie w następującej kolejności: postanowienia SIWZ, złożonej przez Ubezpieczyciela oferty, niniejszej umowy generalnej oraz właściwych ogólnych warunków ubezpieczeń stosowanych przez Ubezpieczyciela w dniu podpisania umowy. Ogólne warunki ubezpieczenia mają zastosowanie w kwestiach nieuregulowanych w SIWZ, w ofercie ubezpieczyciela i niniejszej umowie generalnej.” (...) przedstawił w ofercie nawet większą ilość zabiegów chirurgicznych niż była wymagana. Natomiast wątpliwość dotyczyła interpretacji zapisów dotyczących przeszczepu serca i płuc. Na tę okoliczność zamawiający mógł się posłużyć cyt. zapisami, które te wątpliwości rozstrzygały w sposób satysfakcjonujący i zgodny ze specyfikacją. Z powyższego, zdaniem Obwinionej, wynika również, że jeżeli w wykazie operacji, będącym częścią ogólnych warunków umów, brak było przeszczepu serca, to oferta obejmowała ten zabieg, skoro w pierwszej kolejności należy stosować SIWZ, która ten zabieg zawiera. Zdaniem Obwinionej, dowodem potwierdzającym tę tezę są dokumenty złożone przez obrońcę w dniu 17 października 2014 r. Wskazują one bowiem, że Ubezpieczyciel wypłacił w okresie obowiązywania umowy 23 świadczenia z tytułu operacji chirurgicznych na kwotę 17.250 zł, a każde świadczenie wynosiło 750 zł zgodnie z wymogami Zamawiającego. Obwiniona przyznała, że na etapie zawierania umowy dowody te nie istniały, ale sprawa jest rozstrzygana już po wykonaniu umowy i mogą one stanowić dowód na potwierdzenie tezy, że przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny oferty (...) były słuszne i spełniały warunki specyfikacji. Obwiniona podkreśliła, że porównywanie przedmiotu niniejszego postępowania do postępowania, którego przedmiotem było odwołanie drugiego z oferentów [...], nie znajduje uzasadnienia prawnego ani faktycznego. Obie oferty znacznie się różniły, szczególnie w zakresie będącym przedmiotem niniejszych rozważań. Wykaz operacji, jak również wysokość świadczeń z tego tytułu były regulowane, w przypadku (...), w dodatkowych dokumentach,

które jednak nie były wymienione w zapisie umowy zawierającym gradację dokumentów, jak to miało miejsce w przypadku (...). (...) w ogóle tej umowy nie załączyła. Stawiało to pod znakiem zapytania rangę wymienionych dokumentów dodatkowych, a w szczególności czy są one nadrzędne, czy podrzędne w stosunku do SIWZ. Takich wątpliwości nie było w przypadku oferty (...), która jednoznacznie wskazywała nadrzędność SIWZ nad wszystkimi innymi dokumentami.

Obwiniona jednocześnie, z ostrożności procesowej, gdyby GKO uznała ją winną zarzucanego czynu, wniosła o odstąpienie od wymierzenia jej kary, podnosząc, że pomimo wątpliwości, czy grupowe ubezpieczenia pracowników podlegają ustawie Prawo zamówień publicznych, a środki pracowników są należnościami publicznymi, zdecydowała się na ogłoszenie przetargu nieograniczonego, aby wybrać najkorzystniejszą ofertę, oraz powołała komisję przetargową składającą się z pracowników, którzy mają długoletnie doświadczenie w dziedzinie przetargów publicznych i jednocześnie, że tego rodzaju przetarg był przeprowadzany po raz pierwszy i w tej dziedzinie nie mieli oni żadnych doświadczeń w tym zakresie. Z uwagi na to oraz na złożoność przedmiotu zamówienia [przedmiot jest niezwykle skomplikowany i specyficzny], powołała dodatkowo do komisji eksperta z zakresu ubezpieczeń, legitymującego się bardzo dobrymi referencjami, który miał za zadanie przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia, dokonać oceny ofert pod kątem spełnienia warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia i pomóc w wyborze najkorzystniejszej oferty w sposób zgodny z obowiązującymi procedurami i przepisami prawa. Obwiniona podkreśliła, że wszystkie wymienione czynności podjęła w celu rzetelnego wyboru najlepszej oferty i w jej odczuciu zrobiła wszystko, co możliwe i dołożyła wszelkiej staranności, aby przetarg został przeprowadzony prawidłowo. Jedynie, co mogła więcej zrobić, to osobiście zająć się tym postępowaniem, co z uwagi na codzienne zadania, których nikt nie mógł wykonać w jej zastępstwie, nie było możliwe.

Obwiniona ponownie podkreśliła, że do tego zamówienia przyłożono się ze szczególną starannością oraz, że pracownicy sekcji administracyjnej Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w (...), zajmujący się zamówieniami publicznymi nie posiadają wykształcenia medycznego i można było przewidzieć, że będą mieli kłopoty z przygotowaniem dokumentacji przetargowej na Grupowe ubezpieczenie dla pracowników, dlatego zwrócono się o pomoc do biegłego z odpowiednimi kwalifikacjami, który od początku do końca miał decydujące zdanie. Pracownikom sprawiało kłopot nazewnictwo medyczne, rodzaj zabiegów i operacji, nieznanostwo specyfiki pewnych operacji, jak chociażby ważny dla tej sprawy przeszczep płuc, który początkowo robiono w Polsce tylko

razem z przeszczepem serca, a dopiero od kilku lat osobno. Jeżeli popełniono błąd to tylko i wyłącznie z niewiedzy, a nie w sposób zamierzony.

Podniosła także, że analizując całość ofert dwóch towarzystw ubezpieczeniowych, które przystąpiły do przetargu, nie ma wątpliwości, że oferta (...) została odrzucona zgodnie z przepisami, bo nie spełniała warunków przetargu. Zdaniem Obwinionej, MKO orzekając o jej winie, pominęła udział powołanego dla tej sprawy eksperta z zakresu ubezpieczeń, który w tym wszystkim miał decydujące zdanie, a jego rekomendacja spowodowała takie, a nie inne rozstrzygnięcie przetargu. To ekspert pomagał również sformułować treść uzasadnienia odrzucenia oferty, jak również decydował o wyborze oferty (...), jako najkorzystniejszej, a Obwiniona podpisała umowę w dobrej wierze, jako dyrektor Stacji, bo nikt inny nie mógł tego zrobić.

Podkreśliła ponadto, że wypełniła obowiązek wobec pracowników, którzy wyrazili chęć skorzystania z grupowego ubezpieczenia, a polemika wielu urzędów i fachowców z tej branży na temat, czy wynagrodzenia pracowników i ich dobrowolne opłacanie sobie składek z własnej wypłaty na ubezpieczenie, jest wydatkowaniem środków publicznych, tym bardziej przekonuje Obwinioną, że ukaranie jej jest niesprawiedliwe. Obwiniona zdaje sobie sprawę, że kierownik jednostki, składając swój podpis pod dokumentem, odpowiada za jego treść, jednak nie jest bez znaczenia, czy uczynił to bezrefleksyjnie, czy też była to świadoma decyzja poparta, jak w tym przypadku, wielotygodniową pracą kilku osób, które zapewniały, że wszystkie procedury zostały zachowane.

Reasumując Obwiniona stwierdziła, że jeżeli sformułowane przepisy prawa nie pozwalają jej w tej sprawie uniewinnić, to na pewno w tych okolicznościach zasługuje na odstąpienie ukarania, tym bardziej, że nie popełniła świadomie zarzucanego jej czynu.

Rozpoznając odwołanie Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny, GKO postanowiła, w związku z art. 24 ustawy, rozpoznać sprawę zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w dniu orzekania przez GKO (w brzmieniu znowelizowanym), przede wszystkim dlatego, że w odniesieniu do zarzucanego i przypisanego Obwinionej naruszenia ustawa w dacie popełnienia zarzucanego czynu - w dniu 1 czerwca 2011 r. - nie była względniejsza dla Obwinionej. Tak jak ustaliła MKO w czasie popełnienia czynu, obowiązywał art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych było udzielenie zamówienia publicznego z

innym niż wymienione w pkt 1 - 3 naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym, odpowiedzialności podlegało zatem również udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. W aktualnym stanie prawnym, w myśl art. 17 ust.1c ustawy, odpowiedzialność ponosi się za naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana przepisu tym samym nie wpływa na sytuację Obwinionej, albowiem zarzucany jej czyn, polegający na braku odrzucenia oferty wykonawcy, niezgodnej ze SIWZ i w konsekwencji zawarcie umowy z tym wykonawcą, wyczerpuje znamiona czynu, określonego w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO, zważywszy na wymagania SWIZ dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącego „Usługi grupowego ubezpieczenia na życie i następstw od nieszczęśliwych wypadków pracowników, współmałżonków i dzieci pracowników Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w (...)”, uznała, że udzielenie tego zamówienia nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, albowiem oferta (...), była niezgodna z punktem 2.8 załącznika nr 2 do specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia przedmiotowego zamówienia temu wykonawcy, z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 Pzp, w myśl którego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy. GKO zauważa jednocześnie, że w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą [sygn. akt: KIO 771/11 przedstawiciel zamawiającego – [kierownik sekcji, podpisujący odpowiedź na odwołanie] - przyznał, że zgodnie ze wskazanym pkt 2.8, zamawiający wymagał dołączenia przez wykonawcę do oferty „Wykazu operacji chirurgicznych”, zawierającego minimum 400 operacji, w tym operację przeszczepu płuca oraz osobno przeszczepu serca. Z oferty (...) wynika, że w „Wykazie operacji chirurgicznych” wykonawca ten niewątpliwie nie wskazał odrębnie „przeszczepu serca” tylko łącznie - „przeszczep płuc i serca”, a taka operacja należy do odrębnej kategorii, jako osobny zabieg. GKO podkreśla, że zamawiający w pkt. 2.8 załącznika nr 2 do SIWZ wymagał, aby wykonawca do oferty - niezależnie od oświadczenia wg pkt 1 formularza oferty - odrębnie dołączył Wykaz operacji chirurgicznych zawierający m.in. operację przeszczepu płuca i osobno operację przeszczepu serca, dlatego składane oświadczenia nie mogły zastąpić wskazanej, a pominiętej w wymaganym „Wykazie operacji chirurgicznych”.

GKO nie podzieliła natomiast zasadności zarzutu, co do drugiej ze wskazywanych wadliwości oferty (...) związanej z wymaganiem z pkt 2.15 załącznika nr 2 do SIWZ. W tym przypadku, zamawiający zawarł tabelaryczne zestawienie wysokości świadczeń w poszczególnych wariantach ubezpieczenia, wskazując w pkt 5 tabeli, że w przypadku wariantu II i III skumulowana wysokość świadczeń ma wynosić 750 zł. Nie podał jednocześnie, że taka deklaracja, co do wymaganej kwoty ma być odrębnie ujęta w ofercie. Powyższe nie wynika, przede wszystkim z formularza oferty, który, co do tego warunku nie wymagał odrębnego ujawniania wymaganej kwoty. W tym przypadku spełnienie tego wymagania potwierdzało złożone oświadczenia, z par. 1 ust. 2 umowy generalnej, gdzie wykonawca oświadcza, że będzie wypłacał należne świadczenia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Rozpoznając następnie możliwość przypisania Obwinionej winy, w świetle wymagań art. 19 ustawy, GKO nie zgodziła się, że w okolicznościach faktycznych tej sprawy, Obwinionej można przypisać winę za popełnienie zarzucanego jej naruszenia z art. 17 ust. 1 pkt 4, a obecnie w art. 17 ust.1c ustawy. Zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy, nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć pomimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W orzecznictwie GKO wskazuje się, że dla przypisania winy kluczowa jest możliwość wskazania prawidłowego wzorca zachowania, a więc z udowodnionych okoliczności musi wynikać, iż w chwili popełnienia czynu, przy zachowaniu należytej staranności, istniała możliwość alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa i które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z ustaleń w tej sprawie wynika, że Obwiniona nie tylko powołała komisję przetargową, ale także – na wniosek komisji, na podstawie art. 21 ust. 4 Pzp - eksperta - biegłego brokera dla tej sprawy, który miał m.in. przygotować specyfikację oraz dokonać oceny ofert pod kątem spełnienia warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższe, określało udzielone mu pełnomocnictwo brokerskie z dnia 29 września 2010 r. Obwiniona wskazywała, że przesądzające, w zakresie meritum oferty, było zdanie brokera - biegłego w zakresie ubezpieczeń, chociażby dlatego, że ta osoba formułowała treść uzasadnienia odrzucenia oferty (...), a rekomendowała wybór oferty (...), jako najkorzystniejszej. W konsekwencji Obwiniona podpisała umowę w dobrej wierze, w zakresie uprawnienia przewidzianego dla dyrektora tej jednostki [Stacji]. MKO nie wykazała, w ocenie GKO, że w czasie popełnienia czynu od Obwinionej można było wymagać wyższej

staranności niż ta, którą się wykazała. Jak słusznie wskazała Obwiniona, MKO orzekając o jej winie, nie uwzględniła udziału powołanego eksperta - brokera w tej sprawie. W ocenie GKO istotne znaczenie dla oceny, że Obwinionej nie można przypisać winy ma to, że zawierana umowa nie była umową typową dla kierowanej przez nią jednostki. Prawidłowe zawarcie takiej umowy wymagało wiedzy specjalistycznej i Obwiniona – wiedząc, że takiej wiedzy nie posiada – powołała nie tylko komisję przetargową, ale także eksperta. Przedstawiane przez te podmioty informacje i wnioski były, w ocenie Obwinionej przekonywujące, zwłaszcza, że istniały różnice w ofertach złożonych przez (...) i (...). Na obecnym etapie sprawy, bez wątplenia można powiedzieć, że doszło do nieprawidłowości, ale w czasie popełnienia czynu przez Obwinioną przedstawione jej argumenty mogły być dla niej przekonywujące.

Główna Komisja Orzekająca podkreśla, że uzasadnienie orzeczenia powinno wskazywać jednoznaczne podstawy prawne odpowiedzialności oraz uzasadnienie udowodnionej winy Obwinionej. Tylko taka treść uzasadnienia może stanowić podstawę instancyjnej i sądowej kontroli prawidłowości wydanego orzeczenia. GKO podkreśla, że podmiotowym znamieniem naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z powołanym art. 19 ust. 2 ustawy, jest wina i dlatego też obowiązkiem organu orzekającego jest ustalenie zaistnienia zawinienia w stosunku do przypisanego Obwinionemu czynu. GKO zwraca również uwagę, że w części dotyczącej przypisanej winy, uzasadnienie orzeczenia powinno także wskazywać Obwinionej, jak powinna obiektywnie zachować się, aby naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie popełnić, przy uwzględnieniu wymaganej staranności. W niniejszej sprawie, w sytuacji powołania eksperta z przypisanym mu zakresem zadań, MKO wskazując, że „Bez wątplenia w chwili popełnienia czynu istniała możliwość innego zachowania przez obwinioną - gdyby oferta (...) została prawidłowo sprawdzona w toku postępowania i wyciągnięte zostałyby prawidłowe wnioski z dokonanej oceny (jak miało to miejsce w przypadku drugiej z ofert), obwiniona powinna była odrzucić tą ofertą jako niezgodną ze specyfikacją (...)” - tego twierdzenia nie poparła przekonywującymi argumentami.

Reasumując, GKO zwraca także uwagę, że postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest postępowaniem quasi karnym, a zatem, to na organach postępowania, w tym zwłaszcza organie oskarżycielskim - w myśl art. 76 usta. 1 ustawy - ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia winy danego obwinionego. Wyrażona we wskazanym art. 76 ust. 1 zasada materialnego ciężaru dowodu stanowi konsekwencję zasady domniemania niewinności. Przepis ten formułuje także w jego ust. 3 zasadę in dubio pro reo, zgodnie z którą niedające się usunąć wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść obwinionego.

Usuwanie takich wątpliwości - przy ocenie dowodów - nie musi być dokonane wyłącznie za pomocą konkretnego i bezspornego dowodu przeciwnego, lecz także z uwagi na brak takich przeciwnych dowodów z uwzględnieniem okoliczności lub wniosków, wynikających z logicznego myślenia, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Jeśli przy zastosowaniu takich kryteriów oceny dowodów, wątpliwości nie można usunąć, a tak jest w rozpoznawanej sprawie, wtedy należy rozstrzygnąć je na korzyść obwinionego.

Mając powyższe na względzie GKO, na podstawie art. 78 ust.1 pkt 2 w zw. z ust.3 ustawy. uniewinniła (...)od przypisanego jej zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.