



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 13 września 2018 r.

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

Przewodniczący: *Członek GKO:*

Emil Kawa (spr.)

Członkowie: *Członek GKO:*

Katarzyna Ronikier-Dolańska

Członek GKO:

Dariusz Chmielecki

Protokolant:

Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 13 września 2018 r., odwołania złożonego przez Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 4 czerwca 2018 r. sygn. akt: NDB-50/Ł/12/2018, w którym Komisja uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, (cyt. z sentencji) „tj. popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert, poprzez określenie, w dniu 8 grudnia 2015 r., w postępowaniu o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy (...), kryterium ceny - jako jedyne kryterium oceny ofert, z naruszeniem art. 91 ust. 2 i 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.)”

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

orzeka

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458) zwanej dalej uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i uniewinnia Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych**
- 2. na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp 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

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi, dalej zwana „RKO” lub „Komisją” orzeczeniem z dnia 4 czerwca 2018r uznała Pana (...) - Wójta Gminy (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. winnym popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp. Komisja uznała, że Obwiniony dokonał określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy (...), poprzez ustalenie, że jedynym kryterium oceny ofert będzie kryterium – 100% cena, czym dopuścił się z naruszenia art. 91 ust. 2 i 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 poz. 1020) zwanej dalej Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie Komisja na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 oraz art. 33 ust. 1 i 2 uondfp wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 8 grudnia 2015 r.

Kryterium ceny mogło być zastosowane, jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia był powszechnie dostępny oraz miał ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2 Pzp, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykazali w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Obwiniony w złożonych Rzecznikowi dyscypliny wyjaśnieniach podał, że przedmiotem zamówienia było świadczenie usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu (odzysk lub unieszkodliwianie) odpadów komunalnych gromadzonych na terenie wszystkich zamieszkałych nieruchomości, usytuowanych na terenie gminy (...). Obwiniony podkreślił, że przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, a wręcz obligatoryjny dla całego społeczeństwa, o standardach świadczenia usługi znormalizowanych przepisami właściwych ustaw oraz doprecyzowanych i szczegółowo opisanych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiotowe zamówienie stanowi usługę obowiązującą wszystkich mieszkańców, musi ona być powszechnie dostępna dla wszystkich zamieszkałych nieruchomości, zarówno w naszej gminie, jak i w całym kraju. Standardy jakościowe świadczonych usług zostały określone w przepisach prawa krajowego, tj. w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Nadto Obwiniony podkreślił, że zamawiający szczegółowo określił standardy jakościowe świadczenia usługi odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia w opisie przedmiotu zamówienia (zał. Nr 1 do SIWZ) w projekcie umowy (zał. Nr 3 do SIWZ) oraz w załączniku nr 16 do protokołu postępowania. Dodał, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu musieli zaoferować poziom świadczenia usługi nieróżniący się od siebie jakościowo, a konkurowali ze sobą tylko ceną złożonej oferty. Podkreślił, że w opisie przedmiotu zamówienia zostały określone szczegółowe warunki realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, w tym m.in. wielkość gminy, jej położenie, ilość i rodzaj odbieranych odpadów, ich struktura, rodzaj i wielkość używanych pojemników, częstotliwość wywozu odpadów z nieruchomości, rodzaj, typ i wielkość środków transportu niezbędnego do świadczenia usługi. Podniósł, że na rynku zamówień gospodarki odpadami funkcjonuje wiele podmiotów w tej branży, które zajmują się odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych.

Określenie „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w Pzp ani w innym akcie prawnym mają, więc one oceny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia.

Komisja oceniając zebrany w sprawie materiał przychyliła się do stanowiska Z-cy Rzecznika, uznając, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie reglamentują cech jakościowych usługi będącej przedmiotem analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie bowiem istotne znaczenie ma cały szereg elementów, które skutkują występowaniem znaczących różnic w opisie przedmiotu zamówienia u poszczególnych zamawiających - np. rodzaj, wielkość użytkowanych pojemników, rodzaj, typ i wielkość środków transportu, częstotliwość opróżniania pojemników, struktura odbieranych odpadów. Każdy z tych czynników może w różnym stopniu wpływać na cenę oferty. W związku z powyższym, Komisja zgodziła się z Rzecznikiem, że przy braku spełnienia przesłanki wymienionej w art. 91 ust. 2a Pzp, zamawiający nie miał umocowania do przyjęcia ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert i takie określenie kryterium oceny ofert naruszało art. 91 ust. 2 i 2a Pzp i wypełniało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp.

Dokonując porównania stanu prawnego obowiązującego w dacie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu oraz stanu obowiązującego w dacie orzekania, Komisja stwierdziła, że na dzień orzekania obowiązuje zmieniona treść art. 91 ust. 2 i 2a Pzp. Opierając się o unormowanie z art. 24 ust. 1 uoondfp, zgodnie, z którym, 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. W ocenie Komisji Orzekającej przepisy obowiązujące w czasie popełnienia czynu nie były względniejsze dla Obwinionego, dlatego zastosowano przepisy obowiązujące w dniu orzekania. Uzasadniając powyższe Komisja stwierdziła, że zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, takie jak na przykład: jakość, aspekty społeczne, aspekty środowiskowe, aspekty innowacyjne, organizacja, doświadczenie zawodowe, kwalifikacje osób realizujących zamówienie oraz serwis posprzedażny. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, oraz ich związku kryterium ceny mogą zastosować, jako jedyne

kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 Pzp.

Komisja oceniając powyższe uznała, iż ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że ww. z art. 91 ust.2a Pzp przesłanki nie zostały spełnione, jako że w opisie przedmiotu zamówienia nie uwzględniono kosztów cyklu życia. Przepisy obecnie obowiązujące, zdaniem Komisji Orzekającej, również wykluczają możliwość udzielenia zamówienia na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych po przeprowadzeniu postępowania przy zastosowaniu wyłącznie jednego kryterium oceny ofert o wadze równej 100%.

Komisja odnosząc się do kwestii mającej uzasadnić uwolnienia Obwinionego od zarzutu naruszenia w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, gdyż Obwiniony miał powierzyć imiennie pracownikom zamawiającego - na podstawie art. 18 ust. 2 Pzp czynności związanych z przygotowaniem postępowania w zakresie określenia kryteriów oceny ofert, to Komisja uznała, że brak było takiego powierzenia.

Reasumując argumentację zawartą w uzasadnieniu orzeczenia Komisja wskazała, że zarzut postawiony przez Rzecznika znajduje potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym, zaś opisane powyżej naruszenie przez Obwinionego przepisów prawa uzasadnia nałożenie na niego wnioskowanej przez Rzecznika kary upomnienia. Jednocześnie wskazano, że Komisja nie znalazła podstaw do uznania, że czyn popełniony przez Obwinionego jest szkodliwy jedynie w stopniu znikomym, gdyż ustalenie wyłącznie jednego kryterium oceny ofert, tj. kryterium - cena o wadze 100%, spowodowało, że zamówienia można było udzielić wyłącznie wykonawcy najtańszemu bez stawiania jakichkolwiek warunków odnoszących się do jakości świadczonej przezeń usługi.

W rozpatrywanym przypadku zastosowanie wyłącznie kryterium cenowego stawiało w pozycji uprzywilejowanej podmioty konkurujące na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów wyłącznie w oparciu o niskie ceny świadczonych przez siebie usług. Nadto Komisja nie znalazła również żadnej z - przewidzianych w art. 36 uondfp przesłanek pozwalających na odstąpienie od wymierzenia Obwinionemu kary.

Obwiniony w złożonym odwołaniu zarzucił orzeczeniu Komisji naruszenie art. 91 ust 2a Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że w dalszym ciągu przepis ten dotyczy dóbr i usług powszechnie dostępnych wraz z ustalonymi „odgórnie” standardami jakościowymi, podczas gdy przepis ten nie ogranicza się już do powszechności przedmiotu zamówienia i umożliwia wyznaczenie przez Zamawiającego standardów jakościowych dla wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez zawarcie ich w opisie przedmiotu zamówienia. Nadto zarzucił naruszenie przepisu 24 ust. 1 uondfp w zw. z art. 91 ust 2a Pzp poprzez faktyczne niezastosowanie art. 24 uondfp i ocenę stanu faktycznego w świetle poprzednio obowiązującego przepisu prawa materialnego — art. 91 ust. 2a Pzp, który odsyłał do „powszechnej dostępności” i „ustalonych standardów jakościowych” mimo prawidłowego wskazania, iż poprzednio obowiązujący przepis nie był względniejszy dla Obwinionego.

- względnie jako zarzut ewentualny (na wypadek nieuwzględnienia zarzutów naruszenia prawa materialnego) naruszenie przepisów prawa „procesowego”, tj:

- art. 89 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 2 i 3, art. 76 ust. 3, art. 4 ust. 1 pkt 3 uondfp i art. 18 ust. 2 Pzp poprzez nierozpatrzenie w stopniu wyczerpującym i wszechstronnym materiału dowodowego w zakresie podstaw odpowiedzialności podmiotowej Obwinionego i zaniechanie ustalenia czy faktycznie doszło do powierzenia wykonania czynności określenia kryteriów oceny ofert pracownikom Zamawiającego.

- art. 28 ust. 1 w zw. z art. 78 ust 1 pkt. 7 uondfp poprzez pociągnięcie do odpowiedzialności Obwinionego podczas, gdy rodzaj naruszenia, stopień jego szkodliwości i wpływ na potencjalną konkurencję był znikomy a postępowanie zostało wszczęte i przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, a więc z dopuszczeniem nieograniczonej ilości oferentów, podczas gdy obecnie obowiązujące przepisy pozwalają udzielić zamówienia na tożsamy przedmiot w trybie zamówienia in- house.

Biorąc pod uwagę podniesione wobec orzeczenia Komisji zarzuty wniósł o uchylenie orzeczenia Komisji w całości i uniewinnienie.

Na wstępie uzasadniania postawionych orzeczeniu Komisji zarzutów podał, iż Komisja w dość lakonicznym uzasadnieniu wskazała, że obowiązujący w chwili popełnienia czynu przepis art. 91 ust 2a Pzp nie był względniejszy dla Obwinionego, dlatego zastosowano przepisy obowiązujące w dniu orzekania. Jednakże powyższe stoi w sprzeczności z

rozważaniami zawartymi na stronie 8-9 uzasadnienia, w których Komisja Orzekająca, przytacza lub zgadza się z twierdzeniami rzecznika odnoszącymi się do „powszechnej dostępności usług odbioru odpadów” i „ustalonych standardów jakościowych”, które odnosiły się do starego brzmienia przepisu art. 91 ust.2a Pzp. Natomiast zgodnie z obowiązującym w chwili wydania orzeczenia art. 91 ust. 2a Pzp, „Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.”

Podkreślił, że powyższe brzmienie przepisu zostało wprowadzone z dniem 28 lipca 2016 r. na mocy art. 1 pkt 94 lit. a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 poz. 1020). Przepis wskazuje na przypadek określenia kryterium ceny, powyżej 60% co w sposób oczywisty znajduje przełożenie na badane Postępowanie, w którym cena stanowiła łącznie 100% w kryteriach oceny ofert.

Podkreślił, że jego zdaniem Komisja całkowicie zdaje się pomijać okoliczność, że znowelizowany przepis art. 91 ust. 2a Pzp odstępuje od konieczności wykazania, iż przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe na rzecz ustalenia tych standardów indywidualnie przez Zamawiającego, zgodnie z jego potrzebami i specyfiką danego zamówienia. Nowe brzmienie przepisu nie ogranicza się już do dóbr określanych poprzednio, jako „przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), odpowiadające przeciętnym wymaganiom” wynikających z przyjętych dla danych dostaw lub usług norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Istotną cechą produktów powszechnych w rozumieniu ogólnym była ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów lub usług, oferowanych przez różnych wykonawców. Wówczas w opisie przedmiotu zamówienia wystarczyło podać nazwy produktu lub usługi oraz określić podstawowe dla nich parametry lub zakres, a wykonawcy poprzez normy i standardy zewnętrzne wiedzieli, jaki produkt powinni zaoferować.

Podał, że obecnie zamawiający stosując kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60% nie są już obowiązani wykazywać powszechnej dostępności i zewnętrznie ustalonych standardów zamawianych usług. Skoro doktryna i orzecznictwo wypracowało definicję jak i przykłady dóbr powszechnych oraz standardów jakościowych to absurdalnym byłoby teraz przyjęcie, że celem racjonalnego ustawodawcy w przedmiocie ostatniej zmiany brzmienia art. 91 ust. 2a byłoby w dalszym ciągu żądanie wykazania tych samych tj. zestandaryzowanych i powszechnie występujących cech przedmiotu zamówienia. Nie sposób jest też argumentować, że zmiana przepisu miała dotyczyć samej wagi kryterium (poprzednio, jako jedynego kryterium oceny ofert obecnie jako kryterium powyżej 60%) a dalsza zmiana brzmienia przepisu była niezamierzona lub nieistotna. Nadto podał, że jeżeli obecne brzmienie art. 91 ust 2a Pzp odnosi się wprost do określonych w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych, to należy przez to rozumieć standardy konkretnego przedmiotu postępowania, który nie musi być ani powszechny ani powtarzalny na rynku. Tym samym Zamawiający albo próbuje sprostać zadaniu i opisuje standardy jakościowe oraz uwzględnia koszty cyklu życia albo zobowiązany jest zastosować poza cenowe kryteria oceny ofert. Znowelizowany przepis nie wyłącza przy tym możliwości powoływania się na standardy wyznaczone np. przepisami prawa wówczas, gdy z opisu przedmiotu zamówienia wynika odesłanie do konkretnych ustaw.

Nawiązując do zmian przepisów ustawy Pzp w tym zakresie podkreślił, że przełożenie nowego brzmienia przepisu na zaistniały stan faktyczny sprawy powinno sprowadzić się do ustalenia, czy rzeczywiście Zamawiający określił standardy jakościowe zamawianej usługi, przez wyznaczenie poziomu jej wykonania, rodzaju użytych materiałów, częstotliwości wywozu śmieci itd. Standard ten nie wymaga szukania wzorców w innych postępowaniach czy też sprawdzania powszechności tych usług na rynku. Komisja zaniechała jednak poczynienia takich ustaleń poza przesądzenie, że nie jest to przedmiot powszechnie dostępny o takich samych standardach jakościowych w każdym przypadku. Do ustalenia, czy w niniejszym postępowaniu wyznaczono odpowiednie standardy jakościowe wystarczyło sięgnąć do opisu przedmiotu zamówienia i ustalić jego istotne elementy. Załącznik nr 1a do SIWZ zawierał szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i przewidywał, że wykonawca ma dokonać odbioru i zagospodarowania (odzysk lub unieszkodliwienie) odpadów komunalnych stałych gromadzonych na terenie wszystkich nieruchomości usytuowanych w gminie.

Tym samym elementami istotnymi przedmiotu zamówienia był odbiór odpadów a następnie ich zagospodarowanie. Zamawiający winien ustalić standardy

1. Odbioru odpadów - i takie standardy ustanowił oraz
2. Zagospodarowanie - standardy tych usług ściśle wyznaczają przepisy ustawy i do takich odesłał wprost Zamawiający.

Odwołanie się do konkretnych przepisów prawa, zwłaszcza w materii, która jest przez to prawo ściśle określana, tak jak sposób utylizacji czy recyklingu odpadów oraz wymogów sprzętu i pojazdów do odbierania odpadów, zastępuje konieczność określania indywidualnie przez Zamawiającego standardów jakościowych. Przepisy prawa są powszechnie obowiązujące, co oznacza, że każdy wykonawca niezależnie od ceny oferty musi się do nich dostosować i wykonać przedmiot zamówienia tak samo.

Podkreślił, że mimo tego, iż formalnie Komisja Orzekająca zwróciła uwagę na kwestię stosowania zasad prawa międzyczasowego i słusznie ustaliła, że należy stosować przepis w obecnym brzmieniu, to poprzez błędną wykładnię prawa materialnego odniosła analizowany stan faktyczny do normy starego, a nie nowego brzmienia art. 91 ust. 2a Pzp. Wskazał, że zgodnie z definicją, zawartą w art. 2 pkt 1a Pzp cykl życia są to wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia (funkcjonowania) przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, spośród których dla przykładu wymieniono badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie. Podkreślił, że jego zdaniem zasadą jest zatem pewna mierzalność tych kosztów, jeżeli jednak kosztów cyklu życia nie da się oszacować lub one nie występują, nie zachodzi konieczność ich uwzględniania. W kontekście prounijnej wykładni przepis art. 91 ust. 2a Pzp należałoby również interpretować w ten sposób, że jeżeli koszty cyklu życia nie występują lub są trudno mierzalne to wówczas zostają pominięte, a jedyną przesłanką do zastosowania kryterium ceny, jako jedyne kryterium lub kryterium z wagą powyżej 60% będzie opisanie przez zamawiającego standardów jakościowych wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że zamawiający sam ustalił standardy jakościowe zamawianej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów oraz opisał te standardy w opisie przedmiotu zamówienia, a jednocześnie w załączniku do protokołu zawarł informacje na temat kosztów cyklu życia, to tym samym był uprawniony do zastosowania art. 91 ust 2a Pzp. Określenie kryterium ceny 100% nie stanowiło zatem naruszenia tego przepisu, w związku z czym

postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych winno być umorzone, a na obecnym etapie z uwagi na brzmienie art. 78 ust 3 uoondfp Obwiniony winien zostać uniewinniony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa „procesowego” podał, że myśl przepisu art. 4 ust. 1 pkt. 2 uoondfp odpowiedzialność z zastrzeżeniem art. 4a, ponoszą kierownicy jednostek sektora finansów publicznych chyba, że kierownik powierzył swoje obowiązki w tym zakresie innym osobom na podstawie stosownego upoważnienia, o którym mowa w art. 18 ust. 2 Pzp. W związku z powyższym, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez naruszenie przepisów nakazujących sposób określania kryteriów oceny ofert może ponieść osoba, która była zobowiązana do ustalenia tych kryteriów.

Odnosząc się do wydanych przez siebie zarządzeń przekazujących obowiązki z zakresu tego postępowania innym wskazanym osobom podał, że chociaż powyższe zarządzenia nie wskazują imiennie konkretnych pracowników to jednak konkretyzują, że zakres czynności członków komisji przetargowej rozciąga się także na etap przygotowania postępowania, co wiązało się z ich odpowiedzialnością w tym zakresie. Oznaczało to zdaniem Obwinionego, że zadania komisji przetargowej określone w regulaminie są szersze niż wynikające z ustawy Pzp i dotyczą także przygotowania postępowania, w tym propozycji opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału i jak wskazuje pośrednio protokół postępowania - także kryteriów oceny ofert. Jednakże zauważył, że Komisja Orzekająca mając uzasadnione wątpliwości co do kwestii odpowiedzialności członków komisji przetargowej, z góry przesądziła, że odpowiedzialność tę ponosi wyłącznie kierownik Zamawiającego, czyli Obwiniony. Podkreślił, że powierzenie czynności, o którym mowa w art. 18 ust. 2 Pzp, musi być dokonane na piśmie i może dotyczyć wszelkich czynności. Brak jest natomiast informacji, w jakiej formie przekazanie czynności musi nastąpić.

Uzasadniając stanowisko, że zarzucany Obwinionemu czyn zawiera znikomą szkodliwość czynu dla finansów publicznych podał, że obecnie obowiązujące przepisy Pzp pozwalają udzielić zamówienia na usługi odbioru odpadów w trybie zamówienia in-house, a więc spółce zależnej bez zastosowania trybu konkurencyjnego. Wówczas dochodzi do udzielenia zamówienia z pominięciem zasad konkurencyjności i bez stosowania jakichkolwiek kryteriów oceny ofert. W badanym postępowaniu Zamawiający wszczął procedurę w pełni otwartą i zastosował najbardziej obiektywne kryterium oceny ofert. Tworzenie sztucznych kryteriów, tak jak ma to miejsce w większości przetargów, tylko po to, aby nie stosować

jedynego kryterium ceny również nie spełnia swojego ustawowego celu. W chwili wszczynania postępowania, a więc w czasie obowiązywania poprzedniego brzmienia art. 91 ust 2a Pzp wystarczyło, aby Zamawiający ustanowił dodatkowe (w praktyce nic nie znaczące) kryterium o wadze 2% np. czas odbioru odpadów i wówczas nie narażali się na postępowanie, z jakim mamy obecnie do czynienia. Nadto dodał, że zastosowane kryterium jedynego kryterium oceny ofert - cena 100% nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta, co udaremniło konieczność tworzenia rankingu ofert w oparciu o zaoferowaną cenę. Nie doszło także do uszczuplenia środków publicznych ani do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Główna Komisja Orzekająca po przeprowadzeniu rozprawy uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie podniesione wobec orzeczenia Komisji zarzuty zawarte w odwołaniu Obwinionego znalazły potwierdzenie.

Rozprawa przed GKO odbyła się z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Obwiniony (...) nie stawiał się na rozprawę, prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy przed GKO, dowód doręczenia zawiadomienia znajduje się w aktach sprawy. Wobec powyższego GKO – po wysłuchaniu stanowiska Rzecznika uznała, iż brak jest przeszkód formalnych do rozpoznania we wskazanym terminie wniesionego odwołania.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy, GKO zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu zarzucanego Obwinionemu (grudzień 2015 rok) ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. Podkreślić należy, że odpowiedzialność Obwinionego ma bezpośredni związek ze stanem prawnym wynikającym z treści przepisu art. 91ust 2 i 2a Pzp, który od czasu popełnienia zarzucanego czynu do daty orzekania, podlegał nowelizacji. Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp 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.

Odnosząc się do samego pojęcia „ustawa względniejsza dla obwinionego”, GKO wskazuje, iż oceny sytuacji w tym zakresie należy dokonać mając na względzie ocenę sytuacji prawnej, jaka zaistniała wobec obwinionego po zmianie przepisów prawa. Dokonując oceny w tym zakresie należy mieć na względzie całość okoliczności zarówno prawnych jak i faktycznych mogących doprowadzić do uniewinnienia obwinionego bądź zaistnienia sytuacji w której możliwe będzie orzeczenie kary łagodniejszego rodzaju. Określenie „ustawa względniejsza dla sprawcy” indywidualizuje konkretną sytuację danego obwinionego, wskazującą zarówno na możliwość przypisania winy popełnienia naruszenia ustawy, jak i możliwość przedstawienia przez obwinionego uzasadnienia jego postępowania mogącego wskazywać np. na brak winy w działaniu lub dawać możliwość wykazanie zasadności działania w okolicznościach obowiązywania ustawy w poprzedniej treści. Podstawowym założeniem jest więc tutaj nie pogarszanie sytuacji prawnej sprawcy naruszenia konkretnego przepisu prawa w stosunku do jego nowej treści po zmianie.

Oceniając powyższe GKO uznała, że w sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu wydania orzeczenia, gdyż przepisy obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie były względniejsze co również w odwołaniu podnosił sam Obwiniony. W tym zakresie GKO przyjęła jako własne ustalenia Komisji, która uznała, że „obowiązujące w czasie popełnienia czynu przepisy prawa nie były względniejsze dla Obwinionego, dlatego zastosowano przepisy obowiązujące w dniu orzekania”.

W związku z powyższym GKO biorąc pod uwagę także fakt, że odwołanie od orzeczenia Komisji zostało wniesione tylko na korzyść Obwinionego i niewątpliwie stan prawny z chwili orzekania jest korzystniejszy dla Obwinionego to tym samym GKO nie mogła przychylić się do stanowiska Rzecznika, że należy do sprawy stosować przepisy obowiązujące w dacie popełnienia czynu. Według składu orzekającego GKO inne podejście w tym zakresie pogarszałoby sytuację prawną Obwinionego. Podkreślenia wymaga, że rozpoznając sprawę GKO nie może, co do zasady, wykraczać poza granice zakreślone złożonym odwołaniem i zaskarżonym orzeczeniem.

Wskazać należy, że ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), obowiązującą od dnia 19 października 2014 r., została dokonana zmiana przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), w zakresie kryteriów oceny ofert. Po

pierwsze, zmienione zostało brzmienie przepisu art. 91 ust. 2 Pzp poprzez dodanie do wymienionych w nim przykładowych kryteriów oceny ofert, kryteriów odnoszących się do aspektów społecznych i innowacyjnych, oraz rozszerzony został opis kryteriów środowiskowych. Po drugie, został dodany przepis art. 91 ust. 2a Pzp, który ma na celu ograniczenie stosowania przez zamawiających ceny jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty tylko do tych zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. W przypadku pozostałych zamówień zamawiający jest obowiązany zastosować obok ceny jeszcze co najmniej jedno kryterium oceny ofert spośród wymienionych w art. 91 ust. 2 Pzp lub inne, związane z przedmiotem zamówienia.

Nowelizacja Pzp z października 2014 roku, miała na celu przeciwdziałanie powszechnie krytykowanemu „dyktatowi ceny” w zamówieniach publicznych. Po zmianie zamawiający mógł zastosować jako jedyne kryterium ceny tylko w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Kolejnej zmiany w odniesieniu do kryterium oceny ofert dokonano w ustawie nowelizującej z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie Pzp oraz innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Zgodnie z nowym brzmieniem art. 91 ust. 2a Pzp zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp (sektor finansów publicznych i inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej) oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3. Intencją ustawodawcy była potrzeba zagwarantowania przez zamawiającego określonej jakości przedmiotu zamówienia. Ma to nastąpić poprzez jego opis i uwzględnienie w nim elementu jakości poprzez opisanie wszystkich istotnych parametrów/standardów przedmiotu świadczenia, ewentualnie określenie wymagań jakościowych w opisie przedmiotu zamówienia na akceptowalnym minimalnym poziomie i uwzględnienie w kryteriach oceny ofert wyższych parametrów, które są użyteczne dla zamawiającego, ale nie są dla niego niezbędne. Jednocześnie w przypadku wybrania przez zamawiającego pierwszego rozwiązania ustawodawca zobowiązał go dodatkowo do wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Przed dokonaniem merytorycznej oceny zasadności wniesionego przez Obwinionego odwołania wskazać należy, że w tak obowiązującym stanie prawnym Zamawiający w sposób zamierzony ustalił jako kryterium oceny ofert – tylko cenę 100% i w celu wypełnienia tej przesłanki w załączniku nr 1a do SIWZ opisał stawiane wykonawcom wymagania jakościowe dla wykonania tego zamówienia, nadto w załączniku nr 16 do protokołu postępowania wskazał, iż ustalone standardy jakościowe tego rodzaju usług, są jednoznacznie ustalone w przepisach ustawy o odpadach oraz w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Nadto dodał, że względu na rodzaj przedmiotu zamówienia brak jest możliwości określenia kosztu życia produkty, gdyż odpady są odbierane przez wyspecjalizowany podmiot z tej branży posiadający odpowiednie zezwolenia, na którym spoczywają obowiązki z zakresu ich utylizacji (cykl życia przedmiotu zamówienia). Przedstawienie powyższego zastrzeżenia ma także znaczenie wykraczające poza ramy tego postępowania dla wykazania powodów, które zadecydowały o uwzględnieniu odwołania w sytuacji, kiedy w szeregu podobnych postępowań GKO uznawała winę kierownika zamawiającego. Podkreślić należy, że w postępowaniach kiedy uznawano winę kierownika zamawiającego za ustalenie, jako kryterium oceny ofert tylko kryterium ceny, to stan faktyczny w tamtych postępowaniach był odmienny od przedmiotowego postępowania. W realiach niniejszej sprawy Zamawiający zastosował się do wymagań ustawowych dotyczących zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań z art. 91 ust. 2a Pzp. Ponadto, wpływ na tak dokonaną ocenę zarzutów odwołania miało przyjęcie, że do sprawy stosujemy przepisy obowiązujące w dacie orzekania. Ustalenie to ma istotne znaczenia dla braku możliwości badania przez organ orzekający, czy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, gdyż w art. 91 ust 2a Pzp w wersji znowelizowanej zmianą ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku wymóg powszechnej dostępności przedmiotu zamówienia już nie występuje. Tym samym dla oceny prawidłowości ustalenia kryterium cenowego dla oceny ofert istotne znaczenie posiada tylko wykazanie spełniania ustalonych standardów jakościowych oraz wykazanie w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Za zasadne należy, zdaniem GKO, uznać zastrzeżenia Obwinionego co do braku konsekwencji w orzeczeniu Komisji, która mimo przyjęcia, iż zastosowanie w sprawie znajdują przepisy po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku to jednak dokonała oceny prawidłowości postępowania Obwinionego w oparciu o przepisy obowiązujące w dacie popełnienia naruszenia, a nie w dacie orzekania.

Odnosząc się do określeń „ustalone standardy jakościowe” oraz „koszt cyklu życia” produktu wskazać należy, że ustalone standardy jakościowe w brzmieniu przepisu art. 91 ust. 2a pzp sprzed nowelizacji ustawy z czerwca 2016 roku według orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dotyczyły jedynie usług, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez szeroką dostępność ukształtowany jest ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania (vide: wyrok KIO z 28 listopada 2014 r.; sygn. akt KIO 2395/14, podobnie uchwała KIO z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09). Tak więc do tego typu usług można było zaliczyć tylko usługi dla których rynek wykształcił standard ich wykonania i był on na tyle obiektywnie ukształtowany, że jej nabywca miał prawo oczekiwać zaoferowania mu wykonania usługi na określonym poziomie jakościowym. I to utrwalona na rynku powszechnie znana jakość danego produktu czy usługi, stanowiła jedną z przesłanek możliwości zastosowania dla oceny ofert tylko kryterium cenowego.

Natomiast po ww. czerwcowej nowelizacji Pzp sytuacja uległa zmianie, gdyż to nie rynek, ale sam zamawiający miał prawo opisać i ustalić standard zamawianych usług. Miał też możliwość przywołać w tym zakresie standardy ustalone w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Ponadto dla wykazania wymaganego standardu usługi znowelizowany art. 91 ust. 2a Pzp nie wymaga już szukania wzorców w innych postępowaniach czy utrwalonych standardach rynkowych, jak też sprawdzania powszechności tych usług na rynku. W tym zakresie zasadne jest przywołanie tezy z uzasadnienia orzeczenia KIO z dnia 8 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 91/18 w którym wskazano, że *„obecne brzmienie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający kryterium ceny, może zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykaże w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Dokonana zmiana przepisu nowelizacją ustawy Pzp z 2016 roku w zakresie przedmiotowych przesłanek związanych ze standardami jakościowymi miała na celu uwypuklenie związku standardów jakościowych z przedmiotem zamówienia i roli, jaką w ustaleniu standardów istotnych dla przedmiotu zamówienia odgrywa sam zamawiający. Z powyższego przepisu wynika, że intencją ustawodawcy było zagwarantowanie przez zamawiającego określonej jakości przedmiotu zamówienia poprzez jego opis i uwzględnienie w nim jakości dzięki opisaniu wszystkich istotnych parametrów/standardów przedmiotu świadczenia. Tym samym Zamawiający nadal jest*

uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby. Jednocześnie zmiana przepisu 91 ust. 2a ustawy Pzp spowodowała, że odpadła podstawa do poszukiwania obiektywnych „standardów jakościowych” i w tej chwili to zamawiający określa „istotne” dla niego samego poziomy jakości zamieszczając w protokole i samym opisie elementy, które uznaje za konieczne. Nastąpiło więc przeniesienie akcentu z obiektywnego określania kryteriów na podejście subiektywne, zachowujące zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp”.

Oceniając powyższe GKO stwierdza, że zamawiający w obecnie obowiązującym w stanie prawnym, albo próbuje sprostać zadaniu samodzielnie i opisze w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe oraz uwzględni w załączniku do protokołu koszty cyklu życia przedmiotu zamówienia, albo zobowiązany będzie opisać kryteria oceny ofert zawierające oprócz kryterium ceny także poza cenowe kryteria oceny ofert.

Odnosząc się do wymagania z art. 91 ust 2a Pzp dotyczącego potrzeby uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia kosztu cyklu życia tego przedmiotu, to zdaniem GKO wskazać należy, że zgodnie z definicją, zawartą w art. 2 pkt 1a Pzp cykl życia są to wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia (funkcjonowania) przedmiotu zamówienia, przykładowo tam wymienione. Pomocniczo o kosztach cyklu życia mówi także art. 91 ust. 3c Pzp i wskazując, że są to przede wszystkim koszty, które zamawiający lub inni użytkownicy przedmiotu zamówienia faktycznie poniosą dla jego nabycia i korzystania, tj. bezpośrednie koszty nabycia przedmiotu zamówienia, koszty użytkowania (np. zużycia energii i innych zasobów), utrzymania (koszty napraw, serwisu), a następnie wycofania z eksploatacji (w tym zbierania i recyklingu).

Z powyższego należy jednoznacznie wywieść, że koszt cyklu życia produktu (przedmiotu zamówienia) jest inny dla każdego zamówienia i tym samym opis i ocena kosztu cyklu życia także winna być zindywidualizowana dla konkretnego zamówienia. Podkreślić należy także, iż obliczenie rachunku kosztów składających się na cykl życia produktu nie jest możliwe do przewidzenia z pełną dokładnością, gdyż zmienność tego kosztu może być związana np. ze zmianą cen materiałów eksploatacyjnych, części zamiennych czy też zmianę kosztów utrzymania przez okres istnienia przedmiotu zamówienia.

Nawiązując do powyższych ustaleń i rozważań należało zdaniem GKO poddać ocenie, czy w przypadku zamówienia, które za przedmiot ma odbiór i zagospodarowanie odpadów, jest

możliwe wyliczenie kosztu życia przedmiotu zamówienia i czy to ustalenie może mieć jakikolwiek praktyczne odniesienie do ww. wskazań wynikających z przepisów prawa. Podkreślić należy, że w tego typu zamówieniach zamawiający prowadzi procedurę wyboru wykonawcy, który wypełni za zamawiającego wynikający z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454) ustawowy obowiązek gminy, dotyczący zorganizowania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy gminy.

Odnosząc się do wskazywanego powyżej uzasadnienia Obwinionego do zastosowania jedynego kryterium cenowego zawartego w załączniku nr 16 do protokołu postępowania, GKO uznała, że Zamawiający zasadnie wskazał, że w przedmiotowym zamówieniu nie występują elementy, które mogłyby mieć wpływ na koszty związane z korzystaniem z przedmiotu zamówienia, a więc pozwalające na ustalenie kosztu cyklu życia odebranych i zagospodarowanych odpadów.

Niewątpliwie jest, że rola gminy jako zamawiającego przy odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów jest ograniczona do wyboru wykonawcy zamówienia i nadzoru nad przestrzeganiem zawartej z wykonawcą umowy w tym zakresie. To na wybranym do realizacji zamówienia wykonawcy spoczywa obowiązek odbioru odpadów od ich wytwórców oraz zagospodarowanie tych odpadów zgodnie z powszechnie obowiązującym przepisami prawa. Tym samym brak jest co do zasady, potrzeby i możliwości przy tego typu zamówieniach ustalania przez Gminę kosztu cyklu życia przedmiotu zamówienia, gdyż kwestie związane z kosztami utylizacji odpadów spoczywają na wybranym do realizacji zamówienia wykonawcy. Usługa ta nie przysparza zamawiającemu jakiegokolwiek substancji technicznej, która dla prawidłowego wypełniania wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia funkcji wymagałaby ponoszenia nakładów na jej utrzymanie. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Obwinionego, że art. 91 ust. 2a Pzp nie daje wprost odpowiedzi na pytanie, czy powyższy przepis znajduje zastosowanie także w sytuacjach, gdy koszty cyklu życia nie występują. Jednakże opierając się na wykładni celowościowej tego przepisu uznać należy, że koszty te nie muszą występować w każdym przypadku.

Odnosząc powyższe ustalenia i rozważania GKO do kontestowanego przez Obwinionego orzeczenia Komisji podkreślić należy, że Komisja uznała winę Obwinionego uzasadniając iż ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że w tym postępowaniu nie zostały spełnione przesłanki do przyjęcia jedynego kryterium - cena 100%, jako, że w opisie

przedmiotu zamówienia nie uwzględniono kosztów cyklu życia. W tym zakresie GKO uznała, że przedstawione stanowisko Komisji nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia dla tak przyjętego stanowiska.

Brak jest w szczególności wykazania, że przy zamówieniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów jest możliwe wskazania kosztów cyklu życia przedmiotu zamówienia oraz wskazania jakiemu celowi takie wyliczenie miałyby służyć. GKO wskazuje, że organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, który prezentuje odmienny pogląd - niż twierdzi Obwiniony - winien po pierwsze, uzasadnić powód takiej oceny, a po drugie wskazać (podać) wzorzec jak należało postąpić, aby w sposób prawidłowy ustalić i opisać koszty cyklu życia przedmiotu zamówienia. Tutaj stanowisko Komisji ograniczone zostało do samego zanegowania prawidłowości postępowania Obwinionego.

Reasumując powyższe GKO uznała, że zamawiający dokonując takiego opisu standardów jakościowych poprzez wskazanie ich zarówno w opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1a do SIWZ, w umowie oraz w załączniku nr 16 do protokołu postępowania wypełnił wymagania, aby móc przyjąć w przedmiotowym postępowaniu, jako jedyne kryterium oceny ofert – cenę 100%. Nadto podkreślić należy, że z treści uzasadnienia orzeczenia Komisji wynika, iż głównym powodem uznania winy Obwinionego był brak wykazania i wyliczenia elementów kosztu cyklu życia produktu tego zamówienia.

GKO odnosząc się do postawionych zarzutów i wniosków odwołania wskazuje, że Obwiniony postawił dwa zarzuty orzeczeniu Komisji, które stanowią zarzuty podstawowe oraz dwa zarzuty ewentualne, które według Obwinionego winny być rozpatrywane tylko w sytuacji nieuwzględnienia zarzutów podstawowych. Niewątpliwie Obwiniony ma prawo do takiego sformułowania treści odwołania. Jednak w związku z uwzględnieniem zarzutów podstawowych i uniewinnieniem Obwinionego, nie ma potrzeby dokonywania oceny zarzutów ewentualnych.

Dla potwierdzenia zasadności takiego stanowiska GKO wskazać należy na orzeczenie SN z dnia 7 września 1960 r., 2 CR 366/59, (...) 1961, nr 12, s. 424 i n., w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że *„o żądaniu ewentualnym można mówić wówczas, gdy obok żądania głównego wysunięto w pozwie żądanie drugie jako ewentualne, o którym sąd może orzec tylko wtedy, gdy nie przyjmuje za uzasadnione żądania pierwszego”*. Jeżeli w chwili orzekania żądanie pierwotne pozostaje aktualne, sąd orzeknie o tym żądaniu, bez rozstrzygania w sentencji

wyroku co do żądania ewentualnego. Natomiast sąd oddalając żądanie podstawowe, orzeka (pozytywnie lub negatywnie) o żądaniu ewentualnym.

Pomimo powyższych ustaleń, GKO uznała jednakże potrzebę skrótowego odniesienia się do stanowiska Obwinionego, iż obecnie obowiązujące przepisy Pzp wprowadzają możliwość udzielenia zamówienia na usługi odbioru odpadów w trybie zamówienia in-house. Takie udzielenie następuje, zdaniem Obwinionego, bez zastosowania trybu konkurencyjnego i wówczas dochodzi do udzielenia zamówienia własnej spółce bez stosowania jakichkolwiek kryteriów oceny ofert, co niweluje możliwość i potrzebę ustalania kryteriów oceny ofert zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych.

Nawiązując do powyższego, GKO na marginesie rozpatrywanej sprawy wskazuje, że stanowisko Odwołującego nie jest zasadne. Udzielenie zamówienia w trybie in-house nie dotyczy kryteriów oceny ofert (jak w tym postępowaniu), ale jest szczególnym sposobem udzielenia zamówienia. Należy mieć na względzie fakt, że zamówienia in-house stanowią wyjątek od zasady (*de facto* wyjątek w ramach wyjątku), gdyż jest to szczególny sposób udzielenia zamówienia z wolnej ręki, które już samo w sobie jest trybem stosowanym tylko w sytuacji kiedy przepis ustawy prawo zamówień publicznych na to pozwala. Nadto podkreślić należy, że aby Gmina mogła zlecić podległej spółce komunalnej wykonanie zamówienia w trybie z wolnej ręki to zamawiający musi wykazać, że sprawuje nad tą spółką komunalną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Ponadto, co najmniej 90 procent działalności takiej spółki musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę oraz w kontrolowanej spółce nie może być bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Zgodnie z treścią art. 67 ust. 8 Pzp do obliczenia kryterium procentowego działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez spółkę w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Tym samym GKO uznaje, że przywoływanie dla rzekomej dowolności ustalania właściwego kryterium oceny ofert, możliwość udzielania zamówienia na odbiór i zagospodarowania odpadów własnej spółce komunalnej w trybie in-house jest próbą nadinterpretacji obowiązującego w tym zakresie prawa.

Z dokonanych ustaleń i przy przyjęciu, że do oceny czynności zamawiającego i tym samym Obwinionego stosujemy przepisy obowiązujące w dacie orzekania to zasadne było przyjęcie,

że skoro zamawiający sam ustalił standardy jakościowe zamawianej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów powołując się nadto na przepisy ustaw regulujących powyższe kwestie, a nadto opisał te standardy w opisie przedmiotu zamówienia a jednocześnie w załączniku do protokołu zawarł informacje na temat kosztów cyklu życia (a faktycznie ich braku), to tym samym był uprawniony do zastosowania art. 91 ust 2a Pzp. Takie postępowanie nie mogło być uznane za rodzące odpowiedzialność kierownika zamawiającego – Obwinionego.

Określenie kryterium ceny 100% w tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym nie stanowiło naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, w związku z czym Obwiniony w oparciu o przepis art. 78 ust. 3 uondfp został uniewinniony od popełnienia zarzucanego mu czynu.

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