



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 22 stycznia 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Przewodniczący GKO:</i>	Mariusz Jerzy Golecki
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Adam Trojan (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Sylwester Kuchnio
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzuconego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt RIO-VI-51-06-17, którym uznano Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w **art. 17 ust. 1 pkt 4** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) – polegające na określeniu na dzień 03.02.2015 r. w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego pn. „Budowa deptaka w miejscowości (...) na działce 31/11” jako kryterium oceny ofert jedynie kryterium ceny z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

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

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) uchyla orzeczenie Komisji I instancji i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze (dalej także: RKO), orzeczeniem z dnia 19 maja 2017 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt RIO-VI-51-06-17 przy udziale Pani Adriany Kamedulskiej - Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Rozrachunkowej w Zielonej Górze, po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 19.05.2017 r. uznała Pana (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w **art. 17 ust. 1 pkt 4** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) - dalej zwanej także „uondfp” publicznych, polegające na określeniu na dzień 03.02.2015 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa deptaka w miejscowości (...) na działce 31/11” jako kryterium oceny ofert jedynie kryterium ceny z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 1264 ze zm.).

RKO na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia.

W orzeczeniu z dnia 19.05.2017 r. Regionalna Komisja Orzekająca dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Wnioskiem z dnia 14 marca 2017 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze Pani Adriana Kamedulska zwróciła się do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze (zwanej dalej RKO lub

Sygn. akt BDF1.4800.74.2017

Komisją I instancji) o uznanie Pana (...) , pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), odpowiedzialnym z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp , polegające na określeniu na dzień 3 lutego 2015 r. w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego pn. „*Budowa deptaka w miejscowości (...) na działce 31/11*” jako kryterium oceny ofert jedynie kryterium ceny z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

W związku z popełnieniem ww. naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinionego, Rzecznik wniosła o wymierzenie Obwinionego kary określonej w art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp, tj. kary upomnienia.

Rozpoznanie sprawy przez RKO nastąpiło na rozprawie w dniu 19 maja 2017 r., w której wzięli udział: Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze Pani Adriana Kamedulska, Obwiniony Pan (...) oraz Pan (...) - adwokat - obrońca Obwinionego. Na rozprawie Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych podtrzymała zarzuty i wnioski stawiane we wniosku o ukaranie. Zarówno Obwiniony jak i jego Obrońca – podtrzymując argumentację zawartą w złożonych w sprawie pismach (w szczególności w piśmie z dnia 20 stycznia 2017 r.) – zgodnie z którą w związku z popełnieniem zarzucanego Obwinionemu czynu nie doszło do jakiegokolwiek szkody, wnieśli o zastosowanie art. 28 uondfp i umorzenie postępowania w niniejszej sprawie.

RKO w zaskarżonym orzeczeniu ustaliła, że Obwiniony Pan (...) od 2006 r. pełnił funkcję Wójta Gminy (...).

W miesiącach luty – marzec 2015 r. w Urzędzie gminy (...) przeprowadzono postępowanie o udzielanie zamówienia publicznego pn. „*Budowa deptaka w miejscowości (...) na działce 31/11*”. Przedmiotem zamówienia, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, było wykonanie ciągu komunikacyjnego poprzez budowę deptaka z odwodnieniem i separatorem, punktów świetlnych z zasilaniem, ławeczek, i koszy na śmieci usytuowanych na terenie działki 31/11 w miejscowości (...). W ramach robót branży drogowej przewidziano m.in. następujące prace: roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi, zagęszczanie nasypów walcami samojezdnymi, formowanie i zagęszczanie nasypów spycharkami. Budowa odwodnienia obejmowała m.in. budowę studzienek ściekowych ulicznych betonowych i kanałów z rur PVC. Przewidziana w ramach tych robót dostawa i

montaż separatora koalescencyjnego z osadnikiem obejmowała: przekopy próbne oraz podwieszenie instalacji obcych; wykonanie wykopu w gruncie kat. I-II wraz z umocnieniem ścian wykopu i jego odwodnieniem; przygotowanie podłoża pod separator; odwodnienie wykopu; montaż z separatora substancji ropopochodnych, zasypanie z zagęszczeniem wykopów pod separator; przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych w specyfikacji technicznej. W związku z wykonaniem oświetlenia elektrycznego przewidziano: wykonanie ziemnych linii kablowych zasilających, wkopanie fundamentów betonowych; montaż słupów i zamocowanie na fundamentach; podłączenie do kabli zasilających do słupów; zamontowanie na słupach podwójnych opraw oświetleniowych z podłączeniem; wykonanie pomiarów elektrycznych oraz wykonanie powykonawczej dokumentacji geodezyjnej. Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę - 100%.

W dniu 3 lutego 2015 r. Obwiniony - jako Wójt Gminy (...) - zatwierdził opisaną wyżej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. (*Dowód - Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (karty 11-27)*).

W dniu 17 marca 2015 r. Zamawiający, reprezentowany przez (...) - Wójta Gminy (...), zawarł umowę nr 2/2015 z wykonawcą (...), reprezentowanym przez p. (...)A, na kwotę 288.417,96 PLN. Umowa ta została zmieniona aneksem z dnia 18 maja 2015 r., w wyniku którego zmieniona została m.in. wysokość wynagrodzenia wykonawcy na kwotę 277.144,57 PLN (*Dowód - umowa nr 2/2015 z dnia 17 marca 2015 r. wraz z aneksem z dnia 18 maja 2015 r. (karty 38-48)*).

W tak ustalonym stanie faktycznym Komisja Orzekająca I instancji na podstawie posiadanych akt i obowiązujących przepisów zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uoondfp jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Ustawę należy uznać za względniejszą, jeżeli daje - zgodnie z orzecnictwem - możliwość korzystniejszej dla interesów obwinionego oceny popełnionego naruszenia, skutkującej przyjęciem mniej surowych reguł odpowiedzialności lub zastosowania mniej dotkliwych sankcji. Jak wskazała RKO powyższe dotyczy zmiany nie tylko całej ustawy, ale także poszczególnych jej przepisów. Przy rozważaniu ustawy względniejszej dla Obwinionego należy mieć na uwadze możliwości, jaką dają te przepisy w szczególności, co do ich oceny w aspekcie zastosowania łagodniejszej kary

lub odstąpienia od jej wymierzenia, czy też umorzenia postępowania, a nawet uniewinnienia obwinionego.

Do oceny prawnej czynu zarzucanego Obwinionemu, zdaniem Komisji I instancji, zastosowanie ma uondfp, która obowiązywała w czasie popełnienia przez Obwinionego czynu wskazanego we wniosku o ukaranie i obowiązuje w dacie orzekania. Ponadto do oceny prawnej niniejszej sprawy będzie miała także zastosowanie ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) w brzmieniu po nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszły w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

W niniejszej sprawie podstawą oceny jest art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfpw związku z art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem stanu prawnego publikowanego w Dz. U. z 2014 r. poz. 1232, z 2015 r. poz. 605 oraz z 2016 r. poz. 1020, z uwagi na przypisany Obwinionemu czyn, który został popełniony w dniu 3 lutego 2015 r. Zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, rozstrzygając w niniejszej sprawie należało stosować ustawę nową, albowiem ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia, nie była względniejsza dla Obwinionego.

Jak ustaliła RKO przepis art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych, obowiązuje od 19 października 2014 r., został wprowadzony ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) stanowił, że kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

RKO ustaliła również, że rok 2015 był pierwszym pełnym rokiem kalendarzowym, w którym obowiązywał art. 91 ust. 2 a ustawy - Prawo zamówień publicznych, który ograniczył zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Kolejną zmianą wprowadzoną przez 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

r. poz. 1020) z dniem 28 lipca 2016 r. nadano nowe brzmienie art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych. W myśl tego przepisu zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, 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 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 tej ustawy.

RKO wskazała, że regulacja prawna zawarta ww. przepisie ma na celu upowszechnianie stosowania pozacenowych kryteriów oceny oferty.

Ustalanie kryteriów oceny ofert, ich znaczenia oraz sposobu oceny należy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania, natomiast ocena ofert do czynności wykonywanych w postępowaniu. Na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą.

Jak wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia przepis art. 91 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych przewiduje trzy podstawowe grupy kryteriów oceny ofert, tj. cenę (grupa 1) lub koszt (grupa 2) albo cenę lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (grupa 3). Odpowiedni dobór kryteriów innych niż cena lub koszt należy do zamawiającego, przy czym ustawodawca w art. 91 ust. 2 wskazuje przykładowy katalog tych kryteriów. Mogą nimi być:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

RKO zauważyła, że analiza treści znowelizowanej ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż dobór odpowiednich wariantów stosowania kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. W przypadku jednostki sektora finansów publicznych zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert i pozostałych wariantów z udziałem ceny o wadze przekraczającej 60% wymaga od zamawiającego określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wskazania w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych). Oznacza to, że ustawodawca odszedł zatem od kryterium powszechnej dostępności przedmiotu zamówienia, na rzecz kryterium jakościowego.

Zamawiający posiadający status jednostki sektora finansów publicznych określając kryteria oceny ofert ma możliwość zachowania się w dwojaki sposób. Po pierwsze może przyjąć kryterium ceny oraz co najmniej jedno inne kryterium, w tym przypadku cena ma wagę 60% lub niższą. Ten wariant nie wymaga od zamawiającego dodatkowych uzasadnień w świetle art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych. Po drugie może przyjąć cenę, jako jedyne kryterium oceny ofert lub cenę oraz co najmniej jedno inne kryterium, przy czym kryterium ceny ma wagę wyższą niż 60%. Ten wariant wymaga podjęcia przez zamawiającego dodatkowych czynności. Pierwszą z nich jest wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 2 pkt 13 ustawy - Prawo zamówień publicznych). Jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w sposób nie dopuszczający różnicowania jakościowego oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych uzasadnia brak kryteriów jakościowych lub ich zastosowanie przy przyjęciu dla nich niewielkiej wagi procentowej. Drugą czynnością jaką musi podjąć zamawiający jest wskazanie w załączniku do protokołu z postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. W ten sposób zamawiający uzasadnia niestosowanie kryteriów kosztowych lub ich zastosowanie przy przyjęciu dla nich niewielkiej wagi procentowej.

Odnosząc się do sprawy będącej przedmiotem wniosku o ukaranie, Komisja I instancji wskazała, że z punktu widzenia oceny zachowania Obwinionego nie ma znaczenia, czy cena jako jedyne kryterium oceny ofert była określona limitem wagi 60% lub niższą, gdyż i tak zastosowano cenę jako jedyne kryterium, nie spełniając wymagań ustawowych określonych w art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych. Natomiast w okresie prowadzenia

postępowania należało wykazać zarówno powszechną dostępność przedmiotu zamówienia, jak i jego ustalone standardy jakościowe. Obecnie ustawodawca skupił się na standardach jakościowych przedmiotu zamówienia oraz wykazaniu w protokole postępowania kosztów ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia (w okresie popelnienia naruszenia - kosztów cyklu życia). Jak ustaliła RKO w sporządzonym w przedmiotowym postępowaniu protokole brak jest jakiegokolwiek wzmianki dotyczącej uwzględnienia kosztów.

Komisja I instancji uznała zatem, że istnieją podstawy do przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 uodfp, polegającego na określeniu na dzień 3 lutego 2015 r. w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego pn. „*Budowa deptaka w miejscowości (...) na działce 31/11*” jako kryterium oceny ofert jedynie kryterium ceny z naruszeniem art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (tj. 3 lutego 2015 r.). Zgodnie z ww. przepisem kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Następnie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazano, że przepisy nie zawierają definicji robót budowlanych powszechnie dostępnych ani ustalonych standardów jakościowych. Obwiniony w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż *„kierując się zasadami celowości, oszczędności w celu uzyskania najlepszych efektów przeanalizowałem opis przedmiotu zamówienia i ustaliłem, że robota budowlana nie wykracza poza standardowe wykonawstwo. Jak każda inna standardowa robota budowlana, wymaga jedynie pewnych uprawnień - też standardowych. Wymagania tych uprawnień uzasadniają przekonanie, że ich standardowość zwalnia zamawiającego z żądania od wykonawców nadzwyczajnych ponadstandardowych czynności”*. Jednocześnie Obwiniony nie zakwestionował ustalonego stanu faktycznego ani adekwatności stanowiska Presa Urzędu Zamówień publicznych – który powiadomił Rzecznika o fakcie naruszenia w Urzędzie Gminy w (...) dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uodfp, jak również orzecznictwa lub znanego piśmiennictwa, zaprezentowanego przez Rzecznika. W ocenie Komisji I instancji stanowisko reprezentowane przez Obwinionego nie znalazło uzasadnienia w stanie faktycznym i

prawnym sprawy. Pod pojęciem „*powszedniej dostępności*” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych, rozumieją oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszednią konsumpcją takich dóbr, czy usług. Sformułowanie „*powszedniej dostępności*” przywołane zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 19 września 2016 r., sygn. akt: KIO/KD 57/16 w której Izba stanęła na stanowisku, że pojęcie „*>>powszechnej dostępności<< nie odpowiada nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta*”.

RKO podniosła również, że z kolei, co jest potwierdzone w piśmiennictwie, pojęcie „*ustalonych standardów jakościowych*” strony odnoszą do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „*powszednia dostępność*”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „*ustalone standardy jakościowe*”. Powyższe stanowisko zaprezentowano również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2014 r. sygn. akt: KIO/2395/14.

W ocenie RKO, w świetle ww. orzecznictwa nie można uznać, że roboty budowlane, polegające na wykonaniu ciągu komunikacyjnego poprzez budowę deptaka z odwodnieniem i separatorem, punktów świetlnych z zasilaniem, ławeczek, i koszy na śmieci (w zakres których wchodziły roboty określone szczegółowo w opisie stanu faktycznego) w oparciu o dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, zaliczają się do kategorii robót powszechnie dostępnych i o ustalonych standardach jakościowych.

W ocenie Komisji I instancji, roboty budowlane, stanowiące przedmiot udzielonego zamówienia mają charakter specjalistyczny, gdyż wymagają od wykonawcy konkretnych umiejętności, posiadania odpowiedniego a nie powszechne wymaganego doświadczenia

i dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Roboty te nie są potrzebne przeciętnemu odbiorcy, bowiem przez ich nabycie odbiorca nie zaspakaja bieżących potrzeb. Nie można także uznać, że ww. roboty miały ustalone standardy jakościowe, znane ogółowi odbiorców, skoro musiały być wykonane zgodnie z konkretnym projektem budowlanym i dostosowane do konkretnych warunków lokalizacyjnych. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością i ustalonymi standardami, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, subiektywna i nieoparta żadnymi poglądami czy też orzecznictwem interpretacja zapisów przedmiotowych kryteriów oceny ofert przez Obwinionego, kwalifikująca je jako „standardowe” jest całkowicie nieprawidłowa.

Z tych względów, w ocenie RKO, należało podzielić pogląd Rzecznika, który stwierdził, że w tym stanie faktycznym zastosowanie jednego kryterium oceny ofert, którym była cena, stanowiło naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych. Aktualne pozostają również uwagi dotyczące aspektu standardów jakościowych przedmiotu zamówienia na tle naruszonego przepisu prawa w brzmieniu obowiązującym w dacie formułowania niniejszego wniosku o ukaranie. Podkreślenia wymaga, iż w świetle ww. przepisu Zamawiający, udzielając zamówienia publicznego jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych, nie wykazał w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia (obecnie koszty cyklu życia), co stanowi wymóg określony w art. 91 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia podniesiono, że jednocześnie opisany powyżej czyn wypełnia znamiona ustawowe naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisanego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert.

RKO wskazała, że w myśl art. 4 ust. 1 pkt 2 uoondfp, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych za

przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. Wskazać należy, iż na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych Wójt Gminy powierzył niektóre obowiązki w zakresie zamówień publicznych Panu (...), zajmującemu stanowisko specjalisty - Samodzielne Stanowisko do spraw Budownictwa i Zamówień Publicznych w Urzędzie Gminy w (...), w tym przygotowywanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Doszło więc do skutecznego powierzenia wykonywania obowiązków pracownikowi jednostki. Niemniej jednak Obwiniony zatwierdził w dniu 3 lutego 2015 r. Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, w której znajdował się zapis dotyczący kryterium oceny ofert, niezgodny z art. 91 ust. 2a ustawy – Prawo zamówień publicznych. Skoro Obwiniony zatwierdził SIWZ, to jednak godził się na zawarte w niej zapisy, w tym dotyczące kryterium oceny ofert. Zresztą, w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych, odpowiedzialności wójta, co do zasady, nie wyłącza nawet fakt powierzenia obowiązków pracownikowi jednostki, ponieważ powierzając pełnienie określonych funkcji, czy wykonywanie określonych czynności wójt nie pozbyswa się własnych kompetencji, a więc i odpowiedzialności. Tytułem przykładu można by tutaj powołać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 września 2014 r. (sygn. akt. V SA/Wa 760/14), w którym Sąd ten stwierdził: *„Odpowiedzialność wójta jest (...) niezależna od odpowiedzialności pracownika i wynika z innych podstaw. Wójt gminy odpowiada za całość działań podległej mu jednostki z racji pełnienia funkcji, której w drodze ustaw przypisane zostały takie kompetencje. Odpowiedzialność pracownika wynika z faktu powierzenia mu określonych obowiązków przez wójta gminy”*.

Jednocześnie skład orzekający RKO - w zakresie, uznanej za udowodnioną, odpowiedzialności za ww. naruszenie dyscypliny finansów publicznych - przypisał Obwinionemu nieumyślne działanie w popełnieniu zarzucanego czynu, jako że, zatwierdzając zawarte w SIWZ kryteria oceny ofert nie miał ani zamiaru naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ani też nie godził się na popełnienie czynu zabronionego ustawą (jak Obwiniony sam przyznał w trakcie postępowania czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych popełniony został „przez nieuwagę”). Obwiniony działał w przekonaniu, że może zastosować w niniejsze sprawie jako jedyne kryterium ceny bez naruszenia prawa, w ten sposób zabezpiecza interes zamawiającego, którego celem jest wybór najkorzystniejszej oferty. Takich ustaleń jak i oceny skład orzekający dokonał w oparciu o wyjaśnienia Obwinionego złożone w toku postępowania.

Oceniając sposób naruszenia obowiązków ciążących na Obwinionym Komisja I instancji wzięła pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych towarzyszących temu naruszeniu. Orzekając o wymiarze kary Komisja uznała, że okoliczności przytoczone w wyjaśnieniach Obwinionego nie usprawiedliwiają działań niezgodnych z przepisami prawa.

W piśmie z dnia 20 stycznia 2017 r. Obwiniony wskazał, iż Urząd Zamówień Publicznych Departament Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej w treści informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 29 września 2016r. (sygn. UZP/DKUE/KD/102/2016) dotyczącej przedmiotowego zamówienia tj. budowy deptaka w miejscowości (...) oceniając stopień szkodliwości naruszenia wyżej opisanego dla finansów publicznych, wskazał, iż w jego opinii „*powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania*”. Ponadto podniósł, że przy udzielaniu zamówienia nie doszło do uszczuplenia środków publicznych po stronie zamawiającego, nie doszło do wydatkowania środków publicznych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo nie zgodnie z przeznaczeniem, nie doszło do zaciągnięcia zobowiązań bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem, nie było konieczności płacenia odsetek, kar lub opłat albo zapłacenia oprocentowania. Mając powyższe na uwadze wniósł o zastosowanie wobec niego art. 28 uodnfp, poprzez uznanie, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z ewidentną przesłanką znikomej szkodliwości dla finansów publicznych, a w konsekwencji umorzenia postępowania w trybie art. 78 ust. 2 powołanej wyżej ustawy.

Odnosząc się do powołanych wyżej argumentów Obwinionego RKO stwierdziła, iż pojęcie „*szkodliwości dla finansów publicznych*” jest pojęciem szerszym niż „*szkoda dla finansów publicznych*”. Podczas bowiem gdy to drugie ogranicza się w zasadzie do negatywnych skutków ekonomicznych określonych deliktów finansowych, „*szkodliwość*” jest pojęciem szerszym, w którym „*obok aspektu szkody w rozumieniu materialnym, bierze się pod uwagę właśnie wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności naruszenia, częstotliwość ogólną i szczególną ich naruszania, skutki naruszenia, prewencyjne oddziaływanie ewentualnej kary i to tak w aspekcie ogólnym, jak i szczególnym*” (por. np. orz. GKO z dnia 30 czerwca 2007 r., DF/GKO/Odw.-4900-35/39/07/1535). Czyny wskazane w przepisach ustawy o odpowiedzialności za naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, co do zasady, są szkodliwe dla finansów publicznych. W szczególności, z faktu, że z popełnionego czynu nie wyniknęła dla finansów publicznych jakakolwiek szkoda lub uszczerbek w dobrach

materialnych, nie musi wynikać znikomy stopień szkodliwości dla finansów publicznych (por. orz. GKO z dnia 4 lipca 2011 r., [BDF1/4900/46/52/11/1593](#), Legalis).

Zdaniem RKO dodać także należy, iż brak wpływu naruszenia na wynik postępowania w żadnym stopniu nie stanowi to znamienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp i nie może mieć wpływu na ocenę przedmiotowego naruszenia. W omawianym przypadku niewątpliwą kwestią jest to, że doszło do naruszenia podstawowych reguł udzielania zamówień publicznych, co w żaden sposób nie pozwala Komisji uznać, że szkodliwość czynu była znikoma.

W ocenie składu orzekającego Komisji I instancji brak również podstaw, aby w rozpatrywanej sprawie zastosować nadzwyczajne złagodzenia kary, czy odstąpić od jej wymierzenia. Przesłanką zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia są wydarzenia mające charakter wyjątkowy i stanowiące „*przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie*”. W ustalonym stanie sprawy nie można mówić o jakichkolwiek wyjątkowych okolicznościach. Stan sprawy wskazuje raczej, że Obwiniony dopuścił się czynu, który ma charakter zachowania, które w ostatnim czasie nad wyraz często staje na wokandzie Komisji. Nie może być także mowy o szczególnym – zasługującym na odrębne potraktowanie przypadku, jako że okoliczności związane z popełnieniem przez Obwinionego zarzucanego mu czynu w niczym nie odbiegają od innych tego typu przypadków.

Komisja I instancji, orzekła wobec Obwinionego - na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 35 uoondfp - karę upomnienia za popełnienie opisanego wyżej czynu z uwzględnieniem zarówno okoliczności obciążających jak i łagodzących. Za okoliczność obciążającą uznała naruszenie zasad postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego, które nie ma związku ze skutkami finansowymi, gdyż przepis ten chroni inne wartości m.in. zasady uczciwej konkurencji. Za okoliczność łagodzącą uznać należało natomiast dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i pozytywną opinię o nim. Z tego też powodu RKO orzekła o zastosowaniu najmniej dolegliwej kary, jaka występuje w katalogu kar w art. 31 uoondfp. Jednocześnie stosując ww. karę Komisja Orzekająca uznała, że będzie adekwatna do popełnionego naruszenia i wystarczająca dla zapobieżenia takiemu naruszeniu w przyszłości.

Sygn. akt BDF1.4800.74.2017

Obrońca Obwinionego - Pana (...) - adwokat Pan (...), pismem z dnia 07.07.2017 r., działając na podstawie art. 138 uondfp, wniósł odwołanie od orzeczenia RKO w sprawie o sygn. akt RIO.VI.510.6.2017, na korzyść Obwinionego, i zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie przepisów wskazanej wyżej ustawy, poprzez błędną wykładnię art. 28 ust. 1 uondfp przez przyjęcie, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, szkodliwość dla finansów publicznych przypisywanego skarżącemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest wyższa od znikomej.

Wskazując na powyższe Obrońca Obwinionego wniósł o uchylene orzeczenia w całości i umorzenie postępowania z uwagi na znikomą szkodliwość czynu zarzucanego Obwinionemu (art. 78 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 28 wyżej wymienionej ustawy).

W uzasadnieniu wskazał, że zarzuca skarżonemu orzeczeniu naruszenie przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. art. 28 ust. 1. Podniósł, że skład orzekający RKO, z jednej strony prawidłowo ustalił że zarzucany Obwinionemu czyn nie wywołał jakichkolwiek negatywnych skutków dla finansów publicznych, oraz nie miał jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania przetargowego, natomiast z drugiej strony bezzasadnie stwierdził, zdaniem Obwinionego, iż „pojęcie szkodliwości dla finansów publicznych”, jest pojęciem szerszym niż „szkoda dla finansów publicznych” przywołując np. orzeczenie GKO z dnia 30.06.2007r. (DF/GKO/ODW-4900-35/39/07/1535) oraz orzeczenie GKO z dnia 04.07.2011r. (BDF1/4900/46/52/11/1593).

Zgodnie ze wskazanymi wyżej orzeczeniami szkodliwość dla finansów publicznych jest pojęciem w którym obok aspektu szkody w rozumieniu materialnym, bierze się pod uwagę właśnie wagę naruszonych obowiązków (a także zasady prewencji ogólnej i szczególnej). Dodatkowo w drugim ze wskazanych orzeczeń GKO podniesiono, że z faktu iż z popełnionego czynu nie wyniknęła dla finansów publicznych jakakolwiek szkoda lub uszczerbek w dobrach materialnych, nie musi wynikać znikomy stopień szkodliwości dla finansów publicznych. Obrońca zaznaczył, że „Jednocześnie organ orzekający pierwszej instancji podniósł, że brak wpływu naruszenia na wynik postępowania, w żadnym stopniu nie stanowi to znamienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt. 4 uondfp nie może mieć wpływu na ocenę przedmiotowego naruszenia, konkludując że w przedmiotowej sprawie niewątpliwą kwestią jest to, że doszło do naruszenia podstawowych reguł udzielania zamówień publicznych, co w żaden sposób nie pozwoliło Komisji uznać, że szkodliwość czynu była znikoma (por. str. 14 orzeczenia z dnia 19.05.2017r.)”.

Jak zauważono w uzasadnieniu odwołania po dokonaniu kwerendy orzecznictwa GKO można jednak wskazać także orzeczenia, które przeczą stwierdzeniu, że brak skutków finansowych nie implikuje znikomej szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

I tak np. w orzeczeniu GKO z 8 grudnia 2005 r., DF/GKO/Odw.-71/93/2005/634 (LexPolonica nr 401678), czytamy: „Biorąc jednak pod uwagę okoliczności, w jakich doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz pozytywną opinię o wypełnianiu przez obwinionego obowiązków zawodowych, Główna Komisja Orzekająca [...] postanowiła umorzyć postępowanie w niniejszej sprawie. [...] za umorzeniem postępowania [...] przemawia przede wszystkim brak finansowych skutków naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla finansów publicznych. Oceniając wagę naruszonych obowiązków, wzięto pod uwagę, iż środki gospodarstwa pomocniczego przeznaczano na regulację tych zobowiązań, co do których przekroczenie terminu płatności wiązało się bezpośrednio z uszczupleniem środków publicznych wskutek zapłaty odsetek za zwłokę”.

W uzasadnieniu odwołania wskazano ponadto, że również orzeczeniem z 30 marca 2009 r., BDF1/4900/15/15/09/547 (BO), GKO umorzyła ze względu na znikomą szkodliwość naruszenia dyscypliny finansów publicznych postępowanie w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 18 pkt 2 uodf, stwierdzając, że komisja orzekająca, wymierzając obwinionemu karę upomnienia, nie uwzględniła okoliczności faktycznych popełnienia czynu, wynikających z trudnej sytuacji organizacyjno-kadrowej Miejskiego Zarządu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej, w tym niewłaściwego prowadzenia księgowości i złego stanu dokumentów księgowych. GKO podkreśliła, że ma świadomość, iż możliwość weryfikowania przez kierownika jednostki poprawności sporządzania sprawozdań budżetowych przez główną księgową zakładu może być utrudniona, chociażby ze względu na szeroki zakres zadań związanych z kierowaniem zakładem wielobranżowym, (por .Bolek Tomasz, Borowska Katarzyna, Kościńska-Paszkowska Anna, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: LexisNexis 2012).

W konsekwencji biorąc pod uwagę przytoczone wyżej orzecznictwo GKO i ustalony w sprawie stan faktyczny, zdaniem Obrońcy, nie można zgodzić się z poglądami reprezentowanymi przez RKO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Obrońca wskazał, że ponownie podnosi, iż zarzucane Obwinionemu naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, zatem zgodnie z art. 28 ust. 3 uodf wielokrotnie powoływanej wyżej ustawy,

przy ocenie szkodliwości dla finansów publicznych nie wywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, a w przypadku naruszenia dyscypliny naruszenia finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a uoondfp sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że ustalony stan faktyczny wskazuje ponad wszelką wątpliwość, że i tak wybrano by tego samego oferenta, zapłacono by kwotę nie wyższą niż wydatkowano. Ponadto nie doszło do uszczuplenia środków publicznych po stronie zamawiającego, nie doszło do wydatkowania środków publicznych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo nie zgodnie z przeznaczeniem, nie doszło do zaciągnięcia zobowiązań bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem, nie było konieczności płacenia odsetek, kar lub opłat albo zapłacenia oprocentowania. Obrońca dodał, że w żaden sposób nie doszło również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Skład orzekający pierwszej instancji nie wskazał w sposób należyty jakie szkody pozamaterialne wywołał czyn zarzucony Obwinionemu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 28 uoondfp nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy (ust. 1). Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia (ust. 1a). Zgodnie z ustępem 2 omawianego artykułu przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych wywołującego skutki finansowe bierze się pod uwagę w szczególności wysokość skutku finansowego, w tym:

- 1) wysokość uszczuplonych środków publicznych;
- 2) kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych;
- 3) kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem;
- 4) wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem;
- 5) kwotę zapłaconych odsetek, kar lub opłat albo wypłaconego oprocentowania.

W odwołaniu podniesiono, że w tym przypadku, co wielokrotnie wskazywano w toku postępowania, nie nastąpił jakikolwiek negatywny skutek zarówno finansowy jak i inny zarówno dla finansów publicznych jak i innej osoby. Obrońca podkreślił, że pojęcie znikomej szkodliwości naruszenia wywodzi się z prawa karnego. Posługuje się ono terminem społecznej szkodliwości czynu. Jeśli jest ona znikoma, to nie ma materialnego elementu przestępstwa. Zgodnie z art. 115 § 2 k.k. przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu bierze się pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożnościowych i stopień ich naruszenia. Katalog elementów świadczących o znikomej szkodliwości czynu jest zamknięty. Taka definicja społecznej szkodliwości oznacza połączenie elementów przedmiotowych (rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiar wyrządzonej szkody) i podmiotowych (postać zamiaru, motywacja, stopień i rodzaj naruszonych reguł ostrożnościowych). Kodeks karny definiuje także pojęcia mienia znacznej wartości i mienia wielkiej wartości (art. 115 § 5 i 6).

Zdaniem Odwołującego stwierdzenie przez organ powołany do dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych znikomej szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych oznacza, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych zostało popełnione, a jedynie jego szkodliwość nie jest znaczna.

W treści odwołania wskazano, że zgodnie z tezą wyroku NSA w Warszawie sygn. akt II 906/08 z dnia 13 maja 2009 r. „Fakt popełnienia przez kierownika jednostki czynu wypełniającego ustawowe znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, nawet w sytuacji, gdy zostanie stwierdzone, iż ten czyn charakteryzuje się znikomą szkodliwością dla finansów publicznych, nie daje możliwości uniewinnienia sprawcy. W takim przypadku, zgodnie z art. 78 ust. 1 uondfp właściwy organ nie wszczyna postępowania, a jeżeli postępowanie się toczy wydaje decyzję o jego umorzeniu. W myśl art. 78 ust. 1 pkt 7 uondfp, właściwy organ w przypadku stwierdzenia w trakcie postępowania tzw. przesłanki znikomej szkodliwości jest zobowiązany umorzyć postępowanie. Brak jest w takiej sprawie możliwości uznaniowego rozstrzygnięcia sprawy”.

W toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także: GKO) Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o utrzymanie w mocy orzeczenia.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zważyła, co następuje.

GKO, po analizie materiału dowodowego i dokonanych na jego podstawie ustaleń przez Komisję I instancji uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO, zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego w czasie popełnienia czynu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. 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. GKO po przeprowadzonej analizie uznała, że będzie stosować przepisy obowiązujące w dacie orzekania albowiem przepisy obowiązujące w dacie popełnienia czynu nie są względniejsze.

GKO zauważa, że w zakresie dokonanych przez RKO ustaleń faktycznych należy je podzielić w całej rozciągłości. Dokonane w zakresie strony przedmiotowej i podmiotowej czynu ustalenia faktyczne dokonane przez Komisję I instancji, dokonaną kwalifikację prawną naruszenia dyscypliny finansów publicznych i dokonaną w tym zakresie ocenę zgromadzonego materiału dowodowego oraz kwalifikację prawną naruszenia przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych, w tym okoliczności towarzyszące popełnionym czynom należy uznać za prawidłowe.

GKO, mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia składane przez Obwinionego i jego obrońcę uznała, że Komisja I instancji nie dokonała jednakże żadnych ustaleń w kontekście art. 28 ust. 3 uondfp. Co istotne w trakcie rozprawy pogląd ten został podzielony również przez Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych.

Komisja I instancji w zakresie stopnia szkodliwości odniosła się jedynie do stanowiska Obwinionego w kontekście art. 28 ust. 1 uondfp podejmując w tym zakresie rozległą polemikę popartą orzecznictwem GKO. Jednakże, na co zwracał w toku rozprawy Zastęca Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, przy innych typach naruszenia (nie wywołujących skutków finansowych) konieczne jest dokonanie ustaleń w obszarze uregulowanym w treści art. 28 ust. 3 uondfp. Zgodnie z tym przepisem *Przy ocenie stopnia*

szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołujących skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a – sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

Przypisane Obwinionemu naruszenie - z art. 17 ust.1 pkt 4 uondfp – dotyczy obowiązku określenia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kryteriów oceny ofert zgodnie z zasadami określonymi w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp). W myśl powołanego przez RKO art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Z kolei wskazany art. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie należy przez to rozumieć, co do zasady, ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo ofertę z najniższą ceną. Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi z kolei o obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. RKO w zaskarżonym orzeczeniu przypisane Obwinionemu naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp uzasadniła odwołując się do kolejnych nowelizacji ustawy Pzp. W tym miejscu GKO wskazuje, że konieczność uwzględnienia w ramach kryteriów oceny ofert tzw. „kryteriów pozacenowych” jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp mającej na celu wdrożenie do krajowego porządku prawnego postanowień dyrektyw regulujących obszar zamówień publicznych na terenie UE (dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE). Przejawiająca się w dyrektywach tendencja ma na celu odejście od kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, przez promowanie elementów oceny umożliwiających uwzględnienie w ich ramach innych aspektów związanych z właściwościami oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia, w tym jego jakości, innowacyjności, aspektów środowiskowych – co pozwala na swego rodzaju zrównanie w ramach tego samego postępowania produktów i usług znacznie różniących się między sobą nie tylko ceną, ale również jakością. Tym samym za koniecznością stosowania przez podmioty zamawiające kryteriów pozacenowych kryją się przesłanki zmierzające do zrównania szans na uzyskanie zamówienia wykonawców, którzy oferują produkty, roboty budowlane, czy usługi różnej jakości, co przekłada się na oferowaną przez nich cenę. Takie zrównanie ma bowiem przekładać się na podstawowe zasady

Sygn. akt BDF1.4800.74.2017

obowiązujące w ramach systemu zamówień publicznych, w tym zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Prawodawca Unijny uznał bowiem, że konkurowanie w tym samym postępowaniu wykonawców, których usługi, roboty budowlane lub produkty cechują się odmiennymi standardami jakościowymi i walorami eksploatacyjnymi, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena – nie pozwala na zachowanie podstawowych zasad zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wskazano w orzeczeniu GKO z dnia 21 lipca 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt Sygn. akt BDF1.4800.31.2016 *W prawodawstwie Unii Europejskiej z zakresu zamówień publicznych można odnaleźć wyraźny komunikat interpretacyjny. Motyw 46 preambuły dyrektywy klasycznej 2004/18/WE wskazywał, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień należy wprowadzić obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.* Mimo faktu, iż powyższe orzeczenie referuje do nieobowiązującej już dyrektywy zawiera w sobie uniwersalne przesłanie, z którego wynika, że wykonawcy mają prawo oczekiwać takiego ukształtowania postanowień SIWZ w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, które gwarantują im respektowanie podstawowych zasad zamówień publicznych zgodnie z założeniami prawodawcy unijnego.

Konieczność dokonania przez Komisję I instancji ustaleń w tym zakresie odnieść należy do szerokiej argumentacji podjętej w zaskarżonym orzeczeniu w kontekście analizy, czy mamy do czynienia ze świadczeniem powszechnie dostępnym o ustalonych standardach jakościowych. W ramach tej argumentacji RKO wskazała, że: *w świetle ww. orzecznictwa nie można uznać, że roboty budowlane, polegające na wykonaniu ciągu komunikacyjnego poprzez budowę deptaka z odwodnieniem i separatorem, punktów świetlnych z zasilaniem, ławeczek, i koszy na śmieci (w zakres których wchodziły roboty określone szczegółowo w opisie stanu faktycznego) w oparciu o dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, zaliczają się do kategorii robót powszechnie dostępnych i o ustalonych standardach jakościowych. (...) , roboty budowlane, stanowiące*

przedmiot udzielonego zamówienia mają charakter specjalistyczny, gdyż wymagają od wykonawcy konkretnych umiejętności, posiadania odpowiedniego a nie powszechne wymaganego doświadczenia i dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Roboty te nie są potrzebne przeciętnemu odbiorcy, bowiem przez ich nabycie odbiorca nie zaspakaja bieżących potrzeb. Nie można także uznać, że ww. roboty miały ustalone standardy jakościowe, znane ogółowi odbiorców skoro musiały być wykonane zgodnie z konkretnym projektem budowlanym i dostosowane do konkretnych warunków lokalizacyjnych. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością i ustalonymi standardami, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia.

Jak wyżej wskazano RKO w sposób prawidłowy dokonała również ustaleń odnoszących się do strony podmiotowej odpowiedzialności. Pan (...) pozostaje bowiem w kręgu osób podlegających odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 3 uoondfp, według którego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają *pracownicy jednostek sektora finansów publicznych (...), którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych (...).*

Jednakże, jak wyżej wskazano, dokonując ustaleń w tym zakresie RKO odniosła się jedynie do stanowiska Obwinionego w kontekście art. 28 ust. 1 uoondfp podejmując polemikę z jego argumentacją. W zakresie art. 28 ust. 3 uoondfp Komisja I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazała jedynie, że doszło do naruszenia zasad zamówień publicznych poprzestając jednak na tym twierdzeniu.

W tym miejscu zauważyć bowiem należy, iż przy naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w sposób niewywołujący skutków finansowych Komisja I instancji powinna dokonać ustaleń w kontekście art. 28 ust. 3 uoondfp, w tym ustalić sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Sam fakt, że organ kontroli w postaci Urzędu Zamówień Publicznych nie stwierdził wpływu na wynik postępowania nie oznacza, że nie doszło do naruszenia wskazanych wyżej zasad, co jednocześnie nie usprawiedliwia braku ustaleń RKO w tym zakresie. Jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie odnoszącej się do zamówień publicznych konieczność stosowania

kryteriów pozacenowych była podyktowana ważkimi przesłankami, w tym koniecznością zrównania oceny oferowanych na rynku usług i dostaw o odmiennym standardzie – tak aby możliwe było konkurowanie wykonawców na równych zasadach. Cele te zostały jasno wskazane zarówno w części motywacyjnej dyrektywy 2014/24/UE, jak również wynikają z samej treści przepisu art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych (w jego obecnym brzmieniu).

Nadto, jak wskazano w przywołanym wyżej orzeczeniu GKO z dnia 21 lipca 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt Sygn. akt BDF1.4800.31.2016, prawidłowość przypisania winy Obwinionemu jest determinowana koniecznością dokonania ustaleń w zakresie skutków stwierdzonego zawinienia. W powyższym orzeczeniu: *Główna Komisja Orzekająca uznała, że dla rozstrzygnięcia sprawy duże znaczenie ma art. 28 ust. 3 in fine uondfp. Zgodnie z tym przepisem przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a konieczne jest uwzględnienie sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Należy zwrócić uwagę na to, że wadliwe opisanie kryteriów oceny ofert w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych jest wysoce karygodne i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji w stopniu znacznym. Zamawiający, który nie stosuje prawidłowo Prawa zamówień publicznych pozbawia się możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, w warunkach gry wolnorynkowej, przynosi korzyści tak pojedynczej jednostce budżetowej, jak i finansom publicznym oraz gospodarce narodowej. GKO, analogicznie jak RKO, podkreśla, że naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy nie ma związku ze skutkami finansowymi, gdyż przepis ten chroni inne wartości – zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców. Choć w powyższym orzeczeniu analizowano stan faktyczny odnoszący się do wadliwego algorytmu wykorzystanego we wzorze w ramach kryteriów oceny ofert dokonana przez GKO analiza art. 28 ust. 3 uondfp ma bardziej uniwersalny charakter i może być bez ograniczeń stosowana w przypadkach, gdy nieprawidłowość ustalenia kryteriów oceny ofert odnosi się do zastosowania, wbrew regulacjom ustawy Pzp, jako jedyne kryterium ceny. Wynika to z faktu, że ustalenie kryteriów oceny ofert zgodnie z intencjami prawodawcy unijnego i za nim ustawodawcy krajowego ma na celu realizację nie tylko podstawowych zasad ustrojowych Unii Europejskiej, lecz również realizację zasad na gruncie zamówień publicznych (w szczególności określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz ma na*

celu racjonalizację wydatkowania środków publicznych. Powyższe wynika ze słusznego u swych podstaw założenia, że jeżeli na rynku właściwym występują roboty budowlane, usługi lub dostawy o odmiennych standardach jakościowych, przy określonych w ramach opisu przedmiotu zamówienia wymaganiach minimalnych dla tych świadczeń i jedynym kryterium ceny, niemożliwe jest równe konkurowanie na rynku wykonawców, których świadczenia znacznie różnią się jakością i poziomem rozwiązań technologicznych. W takim bowiem wypadku to określone w sposób racjonalny kryteria pozacenowe pozwalają na swego rodzaju „zrównanie” szans wykonawców celem zapewnienia zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Takie bowiem było *ratio legis* przepisów nakładających na podmioty zamawiające obowiązek stosowania kryteriów pozacenowych.

Reasumując, zdaniem GKO, wskazane przez RKO przepisy prawa materialnego (źródłowego) zostały naruszone, a tym samym zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Jednakże Komisja I instancji nie dokonała ustaleń w ramach regulacji nakazujących wykazanie, że stwierdzone naruszenie dyscypliny finansów publicznych niewywołujące skutków finansowych (art. 28 ust. 3 uondfp) narusza zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W szczególności w powyższym zakresie Komisja I instancji winna ustalić sposób naruszenia tych zasad. Brak ustaleń w powyższym zakresie spowodował, że zaskarżone orzeczenie nie może się ostać.

Tym samym ze względu na brak dokonania ustaleń w powyższym zakresie przez Komisję I stopnia Główna Komisja Orzekająca, mając na uwadze treść art. 147 pk 3 uondfp, wydała orzeczenie kasatoryjne uchylając orzeczenie organu I instancji i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania.

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