



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:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Emil Kawa
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 13 września 2018 r., odwołania złożonego przez Obwinioną (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 22 maja 2018 r. sygn. akt: RIO/KO/4111/1/2018, w zakresie którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), odpowiedzialną 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 2018 r., poz. 1458), dalej uondfp, polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu w dniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”,

co stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.),

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionej i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

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

Orzeczeniem z 22 maja 2018 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy (dalej „RKO”) – ponownie rozpoznając sprawę w wyniku rozstrzygnięcia Głównej Komisji Orzekającej z 16 listopada 2017 roku - uniewinniła (...) (dalej „Obwiniona”) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na niezamieszczeniu w dniu 12 kwietnia 2014 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku z lokalami socjalnymi w (...)” oraz polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu w dniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Pielęgnacja zieleni miejskiej na terenie miasta (...) w 2015 roku”. Uznała natomiast Obwinioną winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (uondfp) polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku

Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp). RKO odstąpiła od wymierzenia kary i orzekła o zwrocie przez Obwinioną na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 316,18 złotych.

GKO w uzasadnieniu orzeczenia z 17 listopada 2017 roku wskazała, m.in. na konieczność zbadania zakresów czynności (...)i (...). Dopiero weryfikacja tych dokumentów pozwoli dokonać ustalenia, czy doszło do skutecznego powierzenia czynności w zakresie ustalenia kryterium oceny ofert innej osobie przez Obwinioną, czy nie.

RKO w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy ustaliła, w zakresie istotnym dla rozpatrzenia odwołania Obwinionej z 25 czerwca 2018 roku (w zakresie czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp), iż Obwiniona określiła kryterium oceny ofert odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy w postępowaniu o udzielenie w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na wykonanie usług pn.: „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) 2015 roku”.

RKO na podstawie zgromadzonego, z uwzględnieniem wskazań GKO, materiału dowodowego ustaliła, że zgodnie z treścią protokołu postępowania osobami wykonującymi czynności w postępowaniu byli:

- Pani (...)– Burmistrz (...),
- Pan (...)– pełniący funkcję Burmistrza od 9 grudnia 2014 roku.

RKO ustaliła też, że komisja przetargowa, w skład której wchodziły:

- Pani (...),
- Pani (...),
- Pani (...),

powołana została zarządzeniem Burmistrza Miasta (...) Nr 67/2014 z 19 listopada 2014 roku, zgodnie zaś z treścią protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, osobą wykonującą czynności związane z przygotowaniem postępowania i określającą kryteria oceny ofert była Pani (...).

Analizując zgromadzony materiał dowodowy RKO ustaliła, że zamawiający w ogłoszeniu Nr 370720 o zamówieniu, zamieszczonym w BZP, w dniu 10 listopada 2014 r. w poz. IV.2.1 –

„Kryteria oceny ofert” określił dwa kryteria oceny ofert, tj. cenę z wagą 90% i doświadczenie wykonawcy z wagą 10%. Te same kryteria wskazane zostały w ogłoszeniu w Biuletynie Informacji Publicznej (BIP) oraz w wywieszonym w siedzibie jednostki, z tym, że przy kryterium dotyczącym doświadczenia wykonawcy (z wagą 10%) dokonane zostało uszczegółowienie, że doświadczenie to ma dotyczyć realizacji analogicznych zamówień w miastach powyżej 14 tys. mieszkańców. RKO zauważyła, że w SIWZ, w części XIII – opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, w pkt 13.1. określone zostało jedno kryterium – cena z wagą 100%, co było niezgodne z treścią wyżej wskazanych ogłoszeń o tym zamówieniu. Oferta najkorzystniejsza jednak, jak wynika z treści zawartego w protokole postępowania w poz. 13 uzasadnienia jej wyboru, wybrana została w oparciu o wskazane w ogłoszeniach dwa kryteria: cena – 90% i doświadczenie wykonawcy – 10%. Rozważając kwestię, czy usługi będące przedmiotem tego zamówienia należą do usług o charakterze priorytetowym, czy też o charakterze niepriorytetowym.

RKO, opierając się o wskazane przez zamawiającego przy określeniu przedmiotu zamówienia kody CPV uznała, iż przedmiotowe usługi stanowią usługi zaliczane do usług priorytetowych, wymienionych w poz. 16 wykazu usług o charakterze priorytetowym, stanowiącego załącznik Nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. (Dz. U. z 2010 r., Nr 12, poz. 68), które uchylone zostało z dniem 28 lipca 2016 r., lecz obowiązywało w czasie popełnienia czynu.

W tym stanie rzeczy RKO uznała, że niezależnie od niespójnego określenia kryteriów oceny ofert w ogłoszeniach o zamówieniu i SIWZ, ustalone i zastosowane przez zamawiającego kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia wykonawcy w wykonywaniu analogicznych zamówień w miastach powyżej 14 tysięcy mieszkańców odnosiło się do właściwości podmiotowej wykonawcy, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 uońdofp.

Przechodząc do kwestii odpowiedzialności za przedmiotowe naruszenie dyscypliny finansów publicznych, RKO opierając się na zebranych w sprawie materiale dowodowym, uwzględniającym wskazania GKO, ustaliła, iż wprawdzie w protokole postępowania, jako osobę opisującą kryteria oceny ofert wskazano Panią (...), jednakże brak dokumentów wskazujących na skuteczne powierzenie Jej obowiązków w tym zakresie. Powierzenie

czynności na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania reguluje ustawa Pzp, stosownie do przepisu art. 4 ust. 1 pkt 3 uodnfp.

Określenie kryteriów oceny ofert należy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego, zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, może powierzyć wykonywanie tych czynności pracownikowi, z zachowaniem formy pisemnej. RKO stwierdziła, że na podstawie zakresu czynności Pani (...)z dnia 1 czerwca 2011 roku, którego przyjęcie potwierdziła podpisem, nie zostały powierzone Jej czynności dotyczące określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pn.: „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”.

Podobnie określenie przez Kierownika zamawiającego w regulaminie organizacyjnym jednostki zadań należących do wydziału, którego pracownikiem była Pani (...), nie może być utożsamiane ze skutecznym powierzeniem obowiązków w zakresie przygotowania konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym określenia kryteriów oceny ofert, należących do czynności w tym zakresie. Określenie w regulaminie organizacyjnym Urzędu zadań poszczególnych wydziałów ma zapewnić sprawne funkcjonowanie jednostki, ale nie może być dokumentem powierzenia obowiązków, o którym mowa w art. 18 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Powierzenie musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego dla danego pracownika z wymienieniem czynności z zakresu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały mu powierzone. W identyczny sposób zagadnienie to ocenia orzeczenie GKO z 22 lutego 2010 r. sygn. BDF1/4900/87/89/09/3148.

Mając powyższe na uwadze RKO uznała, że skoro Pani (...)nie zostały skutecznie powierzone czynności określenia kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, to Obwiniona ponosi odpowiedzialność za ich określenie w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

RKO podkreśliła, że w przypadku pracowników jednostek sektora finansów publicznych, aby stali się podmiotami podlegającymi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, niezbędne jest powierzenie im czynności w sposób zgodny z przepisami prawa

zamówień publicznych. Tylko bowiem w przypadku skutecznego powierzenia pracownikowi obowiązków, odpowiedzialność kierownika za ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest wyłączona.

W analizowanym przypadku Obwiniona zatwierdziła ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w BZP i na stronie internetowej BIP oraz zatwierdziła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. Tym samym więc zaakceptowała określone we wskazanych dokumentach przetargowych kryteria oceny ofert.

W ocenie RKO, Obwinionej można przypisać winę w czasie popełnienia będącego przedmiotem analizy czynu (art. 19 ust. 2 uondfp). Gdyby bowiem dołożyła wymaganej od osoby pełniącej funkcje kierownicze staranności i powierzyła w sposób skuteczny pracownikom jednostki czynności określenia kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu, to uniknęłaby odpowiedzialności za określenie ich w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Po przeanalizowaniu całości materiału dowodowego, w ocenie RKO, Obwiniona nie miała zamiaru popełnienia czynu zabronionego, a popełniła go wskutek niezachowania ostrożności oraz staranności wymaganej w zaistniałych okolicznościach mimo, że możliwość naruszenia dyscypliny finansów publicznych mogła przewidzieć.

Orzekając o winie Obwinionej RKO uznała, że w omawianym przypadku, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wystąpiły okoliczności wynikające z art. 36 uondfp i postanowiła odstąpić od wymierzenia kary. W ocenie RKO, za takim rozstrzygnięciem przemawia m.in. fakt, że Obwiniona funkcję Burmistrza pełniła przez stosunkowo krótki okres czasu oraz nie była dotychczas karana za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Poza tym zaistniałe naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez określenie kryteriów oceny ofert w odniesieniu do właściwości wykonawcy – dotyczących jego doświadczenia w przedmiocie omawianego zamówienia publicznego, w ocenie RKO nie spowodowało rażącego naruszenia ładu finansów publicznych. Nie można też, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, jednoznacznie stwierdzić, że ustalenie kryteriów oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, zawężyło krąg wykonawców, ograniczając w istotny sposób konkurencję. Ze zgromadzonych materiałów nie wynika, aby któraś ze złożonych w postępowaniu ofert została odrzucona, a mogłaby być

przyjęta i ewentualnie uznana za najkorzystniejszą, gdyby kryteria oceny ofert były ustalone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Z rozstrzygnięciem RKO nie zgodziła się Obwiniona wnosząc 25 czerwca 2018 roku odwołanie zarzucając błędne zastosowanie przepisów prawa w materii będącej przedmiotem orzeczenia, nieprawidłową i niepełną ocenę stanu faktycznego sprawy, bez przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego oraz niewłaściwe uzasadnienie orzeczenia. Obwiniona wniosła o uchylenie skarżonego orzeczenia i uniewinnienie lub umorzenie postępowania, i nieobciążanie kosztami postępowania.

Obwiniona argumentowała, że GKO, rozpoznając odwołanie od orzeczenia z 25 maja 2017 roku wskazała, aby RKO ponownie rozpoznając sprawę sprawdziła zakresy czynności Pana (...) oraz Pani (...). W skarżonym orzeczeniu tego jednak nie ma, co stanowi niewykonanie czynności zleconych przez GKO, jak również stanowi naruszenie art. 89 uo ndfp, który obliguje organ prowadzący postępowanie do wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego. Obwiniona podniosła, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z trzema pracownikami mającymi w swoich obowiązkach prowadzenie i przygotowanie tego przetargu. Dwie osoby, które miały to w zakresach swoich czynności oraz Pani (...). RKO w swoim uzasadnieniu podnosi, że powierzenie czynności w ramach tego przetargu Pani (...) nastąpiło w drodze zarządzenia. W zarządzeniu nastąpiło więc przeniesienie obowiązków kierownika zamawiającego na konkretnego pracownika. Powierzenie czynności może nastąpić zarówno w ustaleniu zakresu obowiązków - czynności stałe, jak i w zarządzeniu - czynności doraźne wykonywane okazjonalnie. Zatem błędne jest twierdzenie RKO, że powierzenie czynności nastąpić może jedynie w formie zapisu w zakresie czynności. Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp ma to być forma pisemna. Zarządzenie ma formę pisemną, a pracownik podpisuje jego przyjęcie do wykonania. W konsekwencji w przypadku tych trzech osób nastąpiło skuteczne powierzenie obowiązków w formie pisemnej. Obwiniona zarzuciła także, że w orzeczeniu RKO bezpodstawnie przypisała Obwinionej brak należytej staranności. W konsekwencji w związku z brakiem dowodów przemawiających za winą Obwinionej w odwołaniu wniesiono o uniewinnienie lub umorzenie postępowania.

Uwzględniając powyższe GKO po rozpoznaniu sprawy na rozprawie 13 września 2018 roku ustaliła i zważyła, co następuje.

GKO podziela ustalenia faktyczne i prawne RKO w zakresie ustalenia, że doszło do popełnienia czynu polegającego na nieprawidłowym określeniu kryteriów oceny ofert – zarówno na gruncie przepisów obowiązujących w dacie popełnienia czynu, jak i aktualnie obowiązujących regulacji ustawy Pzp, w szczególności art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, nie jest dopuszczalne zastosowanie do przedmiotowego zamówienia, jako kryterium oceny ofert, kryterium doświadczenia wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że w przedmiotowej sprawie postępowanie dowodowe przeprowadzone przez RKO nie pozwala na stwierdzenie, aby Obwiniona powierzyła skutecznie wykonanie czynności w przedmiotowym postępowaniu innej osobie. Żaden z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy tego nie potwierdza. Prawidłowo RKO przyjęła, że brak dowodu na powierzenie czynności określenia kryteriów oceny ofert Pani (...). W szczególności nie potwierdza tego faktu powoływane przez Obwinioną zarządzenie. Także zakresy obowiązków Pana (...) oraz Pana (...) nie wskazują, aby doszło do powierzenia tym osobom czynności polegającej na określaniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu. W zakresie obowiązków Pana (...) z 1 czerwca 2011 roku (k. 334 akt postępowania) w pkt. I. 7 wskazano opracowywanie i przygotowywanie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, co nie oznacza, że tym samym osobie tej skutecznie powierzono określanie kryteriów oceny ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne. Powierzenie określonych czynności w postępowaniu musi mieć charakter konkretny i precyzyjny, jednoznacznie wskazujący, jakie czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne zostają powierzone. Powołane wskazanie nie wypełnia tych kryteriów. Odnośnie zakresu czynności Pana (...) z 2 stycznia 2008 roku (k. 330 akt postępowania) to w pkt. II.4.3) wskazano jedynie na ogólną odpowiedzialność pracownika za poprawność spraw przygotowywanych dla Burmistrza Miasta. Zatem i w tym przypadku nie sposób uznać, iż doszło do powierzenia czynności polegającej na określeniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Tym samym należy podzielić stanowisko RKO, że Obwiniona ponosi odpowiedzialność za określenie kryteriów oceny ofert w sposób sprzeczny z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4

uondfp. Podkreślenia wymaga, że omawianym zakresie przepisy obowiązujące w dacie popełnienia czynu nie są względniejsze dla Obwinionej.

Od Obwinionej - kierownika zamawiającego (kierownika jednostki sektora finansów publicznych) - można było i należało oczekiwać znajomości przepisów odnoszących się do określania kryteriów oceny ofert, skoro zatwierdzała takie kryteria. W szczególności w sytuacji, w której nie powierzyła skutecznie zadań w tym zakresie innym osobom, powinna zweryfikować przedkładane jej dokumenty. Kierując jednostką sektora finansów publicznych powinna także znać zasady powierzania obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych. Uwzględniając powyższe wina Obwinionej nie budzi wątpliwości.

Nie ma także podstaw aby uznać, że zarzucany i przypisany jej czyn, był znikomo szkodliwy dla finansów publicznych. Swoim zachowaniem naruszyła bowiem jednoznaczne uregulowania. Ponadto tego rodzaju nieprawidłowości mogły naruszać zasadę uczciwej konkurencji, która to zasada podlega szczególnej ochronie, także w świetle art. 28 uondo.

Tym samym GKO nie uwzględniła odwołania utrzymując rozstrzygnięcie RKO w przedmiotowej sprawie.