



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 4 grudnia 2017 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
	<i>Członek GKO:</i>	Emil Kawa
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionego (...) pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Dyrektora (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 16 grudnia 2016 r., sygn. akt: DB-0965/71/16, którym Komisja Orzekająca uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienia czynu wypełniającego dyspozycję:

1) **art. 17 ust. 1 pkt 1** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311) – dalej zwaną ustawą, polegającego na wskazaniu w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 3.2 SIWZ), że Zamawiający wymaga aby Wykonawca przy realizacji zamówienia zatrudniał osoby na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu, co było sprzeczne z przepisami art. 29 ust. 4 pkt 4 (art. 29 ust. 3a ustawy po nowelizacji) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2015r. poz. 2164 ze zm.) i art. 7 ust. 1 (art. 29 ust. 3a ustawy po nowelizacji) ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w czasie popełnienia czynu. Przywołane przepisy nie wymagają zatrudnienia przez Wykonawcę osób w wymiarze pełnego etatu, a zatem niedopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawców zatrudniających pracowników w innym wymiarze niż na cały etat naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych Oferentów. Powyższe dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie outsourcingu na rzecz (...)– umowa z dnia 9 września 2015 r.;

2) **art. 17 ust. 1 pkt 4** ustawy, polegającego na ustaleniu jako drugiego kryterium oceny ofert (z wagą 20%): „Deklarowana liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na pełny etat delegowanych do świadczenia usług na rzecz (...) (dla każdej obsługi stanowisk)”, co było sprzeczne z przepisami art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanymi przepisami kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe kryterium dotyczy właściwości potencjalnego Wykonawcy. Powyższe dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie outsourcingu na rzecz (...)– umowa z dnia 9 września 2015 r.

Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarbu Państwa.

orzeka:

I. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie w zakresie pkt. 1 i 3;

II. na podstawie art. 140 ust. 5 ustawy pozostawia bez rozpoznania odwołanie w pozostałym zakresie;

III. na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

W zakresie pkt I sentencji, orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. W tym zakresie 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.

W zakresie pkt II sentencji, od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Zaskarżone orzeczenie zapadło na kanwie następującego stanu faktycznego. Obwiniony pełnił obowiązki Zastępcy Dyrektora (...). Jednostka ta w dniu 9.09.2015 r. zawarła umowę ramową a następnie w dniu 21.10.2015 r. umowę szczegółowa dotyczącą „świadczenia usług outsourcingu na rzecz (...)”. Celem umowy było zapewnienie świadczenia usług związanych z zatrudnieniem osób w Punktach Obsługi Klientów na stanowiskach sprzedaży i obsługi klientów, stanowisk teleinformatycznych, kancelaryjno asystenckich, zarządzania i nadzoru nad kontrola biletów oraz za stanowiskach kontroli biletów w pojazdach. Umowy były poprzedzone przeprowadzeniem procedury zamówienia publicznego. W toku tejże procedury w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający opracował i ogłosił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, której treść wzbudziła wątpliwości Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Mianowicie w opisie przedmiotu zamówienia znalazł się wymóg, by wykonawca zatrudniał na podstawie umowy o pracę /na pełen etat/ co najmniej 25% osób dla każdej z obsługi stanowisk/ wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia”. Nadto w opisie kryteriów, którymi będzie się kierował zamawiający wskazano, iż 20% wagi oceny oferty będzie stanowić „deklarowana liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na pełen etat delegowanych do świadczenia usług na rzecz (...) /dla każdej z obsługi stanowisk/.”

Rzecznik powyższe zapisy zakwalifikował, jako naruszające odpowiednio art. 17 ust 1 pkt 1 ustawy za względu na sprzeczność z art. 29 ust 4 pkt 4 /a obecnie art. 29 ust 3a ustawy Prawo zamówień publicznych/ oraz art. 17 ust 1 pkt 4 ustawy jako sprzeczne z art. 91 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i złożył wiosek o uznanie Obwinionego odpowiedzialnym i wymierzenie mu kary upomnienia.

Zdaniem Rzecznika przepisy nie wymagają zatrudnienia przez Wykonawcę osób w wymiarze pełnego etatu, a zatem niedopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawców zatrudniających pracowników w innym wymiarze niż na cały etat naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych Oferentów. Jednocześnie kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Komisja I instancji uniewinniła Obwinionego od stawianych przez Rzecznika zarzutów.

Zdaniem Komisji zgodnie z przepisem art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do 28 lipca 2016r. - zamawiający ma prawo w opisie przedmiotu zamówienia zawrzeć warunek, aby osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówionych robót budowlanych lub usług, działały na podstawie umowy o pracę. Przywołany przez zamawiającego w SIWZ art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp nie daje podstaw do żądania zatrudnienia

personelu wykonawcy lub podwykonawcy na podstawie przepisów kodeksu pracy, jeśli stosunek zawiany między personelem a wykonawcą lub podwykonawcą nie ma charakteru, o którym mowa w art. 22 kp. Komisja dopuściła zatem jako zgodne z prawem określenie wymogu zatrudnienia wskazując, iż problematyczne jest jedynie dookreślenie, iż zatrudnienie to musi być realizowane w wymiarze pełnego etatu. Podstawą uniewinnienia przez Komisję od stawianego zarzutu było przyjęcie, iż oskarżyciel nie wykazał, czy opis przedmiotu zamówienia (SIWZ) w zakresie zatrudnienia osób świadczących usługę na umowę o pracę na pełny etat narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów.

Kryterium deklarowana liczba osób zatrudnionych na umowie o pracę, dotyczy wykonania usługi, a ofertą wykonawcy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę w zakresie outsourcingu na rzecz (...) jest świadczenie usługi, zatem nie można mówić, że jest to kryterium dotyczące właściwości wykonawcy.

Przepis art. 91 ust. 3 Pzp stanowi normę ogólną, pozostawiając możliwość dokonania oceny ofert z wykorzystaniem kryterium odnoszącego się do takich aspektów jak organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, to konieczne w przypadku powyższego kryterium jest zastosowanie reguły wykładni prawniczej wskazującej, iż przepisy zawierające wyjątki podlegają wykładni ścisłej. Oznacza to, że zamawiający może ustanowić określone wymagania wobec wykonawców w zakresie dotyczącym posiadania odpowiedniego doświadczenia wymaganego do należytego wykonania zamówienia, jedynie poprzez określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp), a nie poprzez zastosowanie odpowiadających im kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 Pzp). Nie jest bowiem, dopuszczalne stosowanie podmiotowych kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy.

Z orzeczeniem uniewinniającym nie zgodził się Rzecznik zarzucając obrazę prawa materialnego a dokładniej jego błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, iż opisany stan faktyczny nie wypełnia znamion czynów zabronionych.

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

Odwołanie jest częściowo uzasadnione choć nie mogło odnieść efektu wobec całości zarzutów stawianych Obwinionemu. Przede wszystkim należy wskazać, iż swoboda w kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia podlega daleko idącym ograniczeniom, ale nie jest wyeliminowana zupełnie. Granicami w jakich może się poruszać zamawiający jest jego rzeczowa potrzeba, czyli konieczność takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, aby odpowiadał on w pełni potrzebom podmiotu udzielającego zamówienia. Nie ma zatem

prostego przełożenia między faktem ograniczenia zakresu podmiotów mogących podjąć zamówieniu wskutek uszczegółowienia przedmiotu zamówienia a naruszeniem art. 29 Pzp. Ograniczenie to musi być nieusprawiedliwione potrzebami zamawiającego. Skutkiem tego nie każde oznaczenie właściwości przedmiotu zamówienia zawężające krąg możliwych dostawców będzie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wyraźnie wskazała to Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z 15 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2588/10 - uprawnieniem zamawiającego jest takie określenie przedmiotu, aby otrzymać produkt odpowiadający jego potrzebom. Zatem wprowadzenie wymogów zawężających grupę wykonawców jest dopuszczalne jeżeli jest podyktowane obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Skutkiem powyższego stanowiska jest konieczność dokonania przez komisję orzekającą oceny, czy sposób opisu przedmiotu zamówienia ogranicza liczbę potencjalnych usługodawców "bezpodstawnie", czy też realizuje istotne z punktu widzenia zamawiającego potrzeby. Jeżeli ograniczenie jest podyktowane potrzebami mającymi charakter obiektywny nie dochodzi do naruszenia przepisów 29 Pzp, nawet jeżeli wymogi eliminują możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów.

W rozpatrywanej sprawie Obwiniony podał przekonujące powody, dla których fakt zatrudnienia osób na pełen etat zaspokaja obiektywnie uzasadnione potrzeby zamawiającego. Stanowiska opisane w SIWZ związane są z koniecznością zapewnienia zaplecza techniczno-rzeczowego. Zmiana pracownika na tych stanowiskach nie następuje w sposób natychmiastowy lecz jest związana z koniecznością przejęcia obowiązków będących w toku. Jednocześnie istotnym elementem jest zapewnienie możliwie długiego okresu nieprzerwanej obsługi stanowisk. Każda zatem zmiana pracownika na stanowisku wiąże się z przerwaniem procesu obsługi klientów, procedurą przekazania stanowiska i zaburzeniem usług, jakie pracownicy mają realizować. Naturalną konsekwencją jest więc chęć zminimalizowania przerw w pracy wynikających z faktu, iż na jednym stanowisku obsługi /etacie/ zadania realizuje większa liczba osób. Wdrożenie do pracy, przynajmniej na części stanowisk ujętych w SIWZ wiąże się również z koniecznością przeszkolenia pracownika, przeszkolenia, które generuje koszty. Konieczność przeszkolenia i wynikające stąd koszty nie zależą od liczby etatów przeliczeniowych lecz liczby osób docelowo realizujących obowiązki. Większa liczba zatrudnionych na pełen etat oznacza mniejszą liczbę osób do przeszkolenia i mniejsze wynikające stąd obciążenie finansowe jednostki. Powyższe okoliczności mają charakter obiektywny, związany z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Skutkiem powyższego akceptowalne ograniczenia kręgu dostawców wynikają z realizowania istotnych z punktu widzenia zamawiającego potrzeb. Wyklucza to potrzebę dalszego analizowania zakresu

upoważnień ustawowych do stosowania wyjątków od reguły, skoro bowiem nie doszło do naruszenia zasad ogólnych to szukanie usprawiedliwień do działania w przepisach szczególnych jest zbędne.

Z tego względu GKO uznała, iż orzeczenie Komisji I instancji uniewinniające od zarzutu naruszenia art. 17 ust 1 pkt 1 ustawy ze względu na uchybienie art. 29 ust 4 pkt 4 /a obecnie art. 29 ust 3a/ ustawy Prawo zamówień publicznych za odpowiadające prawu, zaś odwołanie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych za niezasługujące w tym zakresie na uwzględnienie.

W pozostałym zakresie Główna Komisja Orzekająca pozostawiła odwołanie bez rozpoznania w związku z wycofaniem na rozprawie środka zaskarżenia w tej części przez Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych.

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