



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 13 czerwca 2013 r.

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

| | | |
|------------------------|---------------------|--|
| Przewodniczący: | <i>Członek GKO:</i> | <i>Maria Karlikowska</i> |
| Członkowie: | <i>Członek GKO:</i> | <i>Ireneusz Piasecki</i> |
| | <i>Członek GKO:</i> | <i>Agata Mikołajczyk (spr.)</i> |
| Protokolant: | | Bartosz Głuszko |

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie z dnia 7 lutego 2013 r. sygn. akt:RIO-52/DFP-56/2012, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Komendanta Straży Miejskiej Miasta (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy, (w obecnie obowiązującym stanie prawnym), a w dacie popełnienia czynu – w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy, polegające na tym iż Obwiniony w dniu 25 stycznia 2012 r. opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot zamówienia publicznego na dostawę czterech fabrycznie nowych samochodów osobowych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia wymogów i parametrów technicznych, których łączne zestawienie ograniczyło wybór do konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, tj. Skody Octavii Tour i z góry eliminowało dostawców samochodów innych marek, czym naruszył przepisy art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł.

1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 ustawy

1) uchyla zaskarżone orzeczenie w całości,

2) uniewinnia Obwinionego (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy,

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

Pouczenie:

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

UZASADNIENIE

Odwołanie od orzeczenia z dnia 7 lutego 2013 Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie (dalej zwanej RKO), zostało wniesione przez Obwinionego – (...). RKO uznała Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i ukarała karą upomnienia oraz zwrotem na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł. Tak jak wskazano w tenorze sentencji orzeczenia RKO uznała Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na tym, że - będąc zatrudnionym na stanowisku komendanta Straży Miejskiej Miasta (...) - 25 stycznia 2012 r. opisał, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot zamówienia publicznego na dostawę czterech fabrycznie nowych samochodów osobowych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia wymogów i parametrów technicznych, których łączne zestawienie ograniczyło wybór do konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, tj. Skody Octavii Tour i z góry eliminowało dostawców samochodów innych marek (...), czym naruszył przepisy art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej: zwaną Pzp) i wypełnił dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 168) (dalej zwaną ustawą) a w dniu popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Obwiniony w odwołaniu wniósł o odstąpienie od ukarania i uznanie, że nie naruszył dyscypliny finansów publicznych. W uzasadnieniu odwołania podał, że RKO uznała go odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na tym, że - będąc zatrudnionym na stanowisku komendanta Straży Miejskiej Miasta (...) - 25 stycznia 2012 r. opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot zamówienia publicznego na dostawę czterech fabrycznie nowych samochodów osobowych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wskazując w opisie przedmiotu zamówienia wymogi i parametry techniczne, których łączne zestawienie ograniczyło wybór do konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, tj. Skody Octavii Tour i z góry eliminowało dostawców samochodów innych marek. Nie zgadzając się z tym zarzutem stwierdził, że Straż Miejska Miasta (...) w przetargu nieograniczonym na dostawę czterech samochodów osobowych wybrała ofertę firmy (...), który to oferent spełnił warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta była najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert, ustalonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W szczególności podniósł, że przetarg na

zakup czterech nowych pojazdów ogłoszono w dniu 25 stycznia 2012 r., a rozstrzygnięto w dniu 24 lutego 2012 r. Do postępowania przetargowego stanęły dwie firmy, tj. (...) oraz (...), a kryterium, które decydowało o wyborze oferty była najniższa cena. Oferta (...) firmy okazała się najkorzystniejsza i z tą firmą została zawarta umowa nr 3226.10.2012 z dnia 24 lutego 2012 r. (...) zakupiła cztery samochody osobowe marki SKODA, model OCTAVIA TOUR Sedan, typ 1z, wyprodukowane w 2012 r. (§ 4 ust. 1 umowy). Wartość przedmiotu umowy wyniosła 223.614 zł brutto, tj. 181.800 zł - netto i 41.814 zł - podatek VAT, płatna w dwóch ratach (§ 6 umowy): pierwsza rata w wysokości 100.000 zł w terminie 14 dni po dokonaniu protokolarnego odbioru pojazdów i otrzymaniu faktury, druga rata w wysokości 123.614 zł w terminie do dnia 31 marca 2013 r. Cena brutto jednego ww. samochodu wyniosła 55.903,50 zł, w tym: cena samochodu z wyposażeniem fabrycznym i instalacją gazową - 48.253,50 zł, belka sygnalizacyjna z montażem - 3.500 zł, komplet kół zimowych - 1.600 zł, oklejenie samochodu - 800 zł (znakami straży miejskiej) oraz koszt udzielonego kredytu kupieckiego - 1.750 zł (cena samochodu minus 25.000 zł). Łącznie kryteria opisane w SIWZ, tj. nadwozie typu sedan, hatchback lub liftback, bagażnik o pojemności nie mniejszej niż 550 litrów oraz fabryczna instalacja lpg (wg jego wiedzy) obok ww. samochodu marki SKODA spełniały, m.in.: FORD MONDEO (sedan) - 4-drzwiowy, z dwoma rzędami siedzeń (z zestawem naprawczym), siedzenia tylne składane - cena brutto około 80.000 zł, oraz VOLKSWAGEN PASSAT B7 Limousine (sedan) - 4-drzwiowy, z dwoma rzędami siedzeń (z zestawem naprawczym), siedzenia tylne składane - cena brutto około 86.000 zł. Dealerzy SKODY, FORDA i VOLKSWAGENA zapewniali wyposażenie samochodów w instalację lpg. Dalej podał, że wersje sedan i hatchback (wg oceny funkcjonariuszy jednostki) są praktyczniejsze, niż wersja kombi, przede wszystkim ze względu na to, że w tych wersjach kłapa bagażnika po jego otwarciu ustawia się w pozycji pionowej (w wersji kombi ustawia się w pozycji poziomej - jest na poziomie części pasażerskiej), co bardzo ułatwia wkładanie i wyjmowanie „blokad” kół. Ponadto z reguły są samochodami krótszymi, co w warunkach miejskich ma niebagatelne znaczenie. Ponadto wersje sedan i hatchback w ruchu miejskim są wersjami bezpieczniejszymi dla życia i zdrowia funkcjonariuszy, którzy przy otwieraniu klapy tylnej nie muszą się cofać. W wersji kombi otwieranie klapy tylnej zmuszałoby funkcjonariusza do cofania się nie widząc za sobą ruchu ulicznego. Poza tym przy wersji kombi, w której jak już wyżej wspomniano tylna kłapa przy otwarciu ustawia się w pozycji poziomej, podczas wyciągania i wkładania blokad zachodzi bardzo duże i realne prawdopodobieństwo uszkodzenia, a nawet wybicia (przez blokadę) tylnej szyby umieszczonej w klapie. Dalej podał, że ustalenie pojemności bagażnika nie mniej niż 550 dcm³ wynikało stąd, że zakupione samochody planowano przydzielić do zadań patroloво-interwencyjnych i w związku z tym potrzebny był samochód osobowy z dużym i przestronnym bagażnikiem, pozwalającym na codzienne wożenie około 25-30 urządzeń blokujących koła, kilku sztuk pachołków drogowych o wysokości ponad 70cm, kilku rolek taśm ostrzegawczych, oraz dużych apteczek z wyposażeniem potrzebnym do udzielania pierwszej pomocy, a dodatkowo w okresie letnim do rozwożenia znacznej liczby butelek wody mineralnej dla patroli pieszych wykonujących zadania na terenie miasta. Ustalenie w opisie przedmiotu zamówienia minimalnej mocy silnika na poziomie 75 kW również było związane z przeznaczeniem samochodów do działań patroloво-interwencyjnych, co wiąże się z dość dużym ich obciążeniem, w związku z wożeniem przez kilkanaście godzin dziennie (w ruchu ulicznym miejskim) nawet 25-30 metalowych urządzeń blokujących koła samochodów oraz udział w patrolu samochodowym dwóch, trzech funkcjonariuszy straży. Znaczne obciążenie samochodu wymaga silnika o wyższej mocy, gdyż jego większa moc umożliwi sprawne poruszanie się samochodem po zatłoczonych ulicach miasta. Poza tym w ruchu miejskim silnik o wyższej mocy zużywa mniej paliwa. W związku z powyższym uznano, że minimalna moc silnika na poziomie 75 kW będzie optymalną i najbardziej efektywną. Decydując się na

zakup samochodu osobowego z manualną pięciostopniową skrzynią biegów wzięto przede wszystkim pod uwagę fakt, że samochody z taką skrzynią są znacznie tańsze od samochodów z manualną sześciostopniową skrzynią. Poza tym samochody patrolowo-interwencyjne działają w miejskim ruchu ulicznym, w związku z czym szósty bieg byłby zupełnie niewykorzystywany. W żadnym dokumencie dotyczącym przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę czterech samochodów osobowych, (...) nie sporządziła opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny model samochodu. W trakcie procedury przetargowej jak i po jej zakończeniu do jednostki nie wpłynęły żadne protesty, ani odwołania od wyniku, a całe ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzono zgodnie z przepisami Pzp oraz art. 68 ust. 1 i 2 ustawy o finansach publicznych. Z uwagi na ograniczone środki finansowe, (...) zależało na zakupie samochodów osobowych tanich w eksploatacji i dużym bagażnikiem, umożliwiającym przewóz jak największej liczby urządzeń blokujących koła samochodów oraz czterech funkcjonariuszy straży. Podkreślił, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszyscy wykonawcy działający w branży samochodowej mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Oceniając postawione przez (...) warunki udziału w postępowaniu pod kątem naruszenia zasady uczciwej konkurencji, należy wziąć pod uwagę specyfikę zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne jego wykonania oraz zamierzony cel, jakiemu miały służyć postawione przez jednostkę tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu. Z określeniem warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, mamy w sytuacji, w której warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami jednostki. Nie oznacza to jednak, iż warunki udziału w postępowaniu musiały być określone w taki sposób, aby zapewnić udział każdego potencjalnego wykonawcy, którego rodzaj prowadzonej działalności odpowiada bezpośrednio przedmiotowi zamówienia. Określenie warunków, które mogą spełnić jedynie niektórzy wykonawcy działający na rynku, nie musi stanowić naruszenia zasady uczciwej konkurencji i w tym przypadku nie naruszono przedmiotowej zasady. Określenie warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie będzie możliwe dla części podmiotów działających na rynku, może być uzasadnione oczekiwaniem zamawiającego, iż zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, który zapewni należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom. Warunki zamówienia i uzasadnione potrzeby straży determinowały określenie warunków udziału w postępowaniu. Rada Miasta uchwałą budżetową przeznaczyła dla (...) kwotę w wysokości 220.000 zł na zakup nowych samochodów osobowych (w 2012 r. - 100.000 zł i w 2013 r. - 120.000 zł). W związku z dużym zużyciem taboru samochodowego oraz w związku z tym, że ostatnich zakupów samochodów straż dokonała w 2006 r. (6 szt) i w 2008 r. (2 szt) niezbędnym było zakupienie, co najmniej czterech samochodów osobowych do działań patrolowo-interwencyjnych. (...) przed uruchomieniem procedury przetargowej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samochodów osobowych przeprowadziła rozeznanie rynku samochodowego, (m.in. poprzez strony internetowe) w zakresie m.in. cen nowych samochodów różnych marek. Jeszcze przed uruchomieniem procedury przetargowej na zakup nowych samochodów, różnego rodzaju (...) media podały do publicznej wiadomości informację o wysokości kwoty jaką Rada Miasta (...) przeznaczyła na zakup samochodów dla (...). Tym faktem należy tłumaczyć bardzo małą liczbę złożonych ofert, gdyż ceny samochodów na polskim rynku samochodowym (w tej klasie i standardzie, jakie chciała zakupić straż) w 2012 r. kształtowały się na poziomie 70.000 zł - 90.000 zł. W konkluzji stwierdzono, że w przedmiotowym postępowaniu

przetargowym postępowano zgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych, tj. art. 44 ust 2 - jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, art. 44 ust. 3 pkt 1 lit a i b - wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, oraz art. 68 ust. 1 - kontrolę zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy. Mając na uwadze powyższe przepisy, (...) - w ocenie Obwinionego - zakupiła cztery nowe samochody w bardzo atrakcyjnej cenie, zachowując jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu kwestionowanego orzeczenia RKO, uznając wniosek Rzecznika za zasługujący na uwzględnienie podzieliła stanowisko zaprezentowane w tym wniosku zarówno w zakresie stanu faktycznego jak i analizy formalno prawnej, w szczególności wskazując, że ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 stycznia 2012 r. i w tym samym dniu Obwiniony (...) zatwierdził obowiązującą w tym postępowaniu specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z opisem zawartym w obu tych dokumentach, przedmiotem zamówienia była dostawa czterech samochodów osobowych fabrycznie nowych, rok produkcji 2012 o następujących parametrach technicznych, funkcjonalnych oraz wyposażeniu: wersja nadwozia - sedan, moc minimalna 75 kW, pojemność bagażnika nie mniejsza niż 550 dcm, maksymalne średnie zużycie paliwa do 10 l/100 km w cyklu miejskim, 5 miejsc siedzących z kierowcą, kolor nadwozia srebrny metalizowany, rodzaj paliwa benzyna i LPG, fabryczna instalacja gazowa z homologacją, zbiornik gazu umieszczony we wnęce koła zapasowego, nie zmniejszający powierzchni bagażowej, skrzynia biegów pięciostopniowa manualna, przednie i boczne poduszki powietrzne kierowcy i pasażera, systemy bezpieczeństwa: ABS plus minimum cztery inne systemy wspomagające jazdę, czujniki parkowania - tył, ogumienie letnie na felgach stalowych, komputer pokładowy z informacją o średnim zużyciu paliwa, zestaw naprawczy do kół - podnośnik i klucz od kół oraz trójkąt, gaśnica i apteczka, elektrycznie regulowane i podgrzewane lusterka zewnętrzne, wspomaganie kierownicy, regulacja kierownicy w dwóch płaszczyznach, składane oparcie tylnej kanapy umożliwiające powiększenie przestrzeni bagażowej, szyba tylna podgrzewana, bezwładnościowe, trzypunktowe pasy bezpieczeństwa dla wszystkich siedzeń, tapicerka materiałowa w kolorze ciemnym, komplet fabrycznych dywaników gumowych, immobiliser, minimum 1 gniazdo zapalniczki, elektryczna regulacja szyb minimum przednich, zamek centralny z pilotem, system uniemożliwiający otwarcie drzwi po wybiciu szyby, samochód pięciodrzwiowy, w tym jedne drzwi komory bagażnika, pojemność zbiornika paliwa minimum 55 litrów, max. wielkość zużywanej energii 2,3 Mj/km, poziom emisji spalin: 1) max. emisja dwutlenku węgla 170g/km, 2) max. emisja węglowodanów THC 48,3mg/km, 3) max. emisja tlenków azotu 17,7mg/km, oraz gwarancja mechaniczna na co najmniej 2 lata, gwarancja na perforację nadwozia co najmniej 10 lat i gwarancja na powłokę lakierniczą co najmniej 3 lata. Dalej RKO podała, że jedynym kryterium wyboru oferty była cena wykonania zamówienia, w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: (...) z ceną 236.000 zł, oraz (...) z ceną 223.614 zł, a przedmiotem obu ofert była dostawa samochodów marki Skoda Octavia Tour. Zdaniem RKO, określenie w specyfikacji parametru pojemności bagażnika - nie mniejszej niż 550 dcm³ - w istotny sposób ograniczyło krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Podano również, że z analizy rynku, sporządzonej przez (...), a znajdującej się w aktach sprawy wynika, że warunek ten spełniały trzy modele samochodów: Skoda Octavia II Tour (hatchback/sedan), Volkswagen Passat 2012 Trendline (sedan) oraz Ford Mondeo 2012 Ambiente (sedan). Wskazano również, że ta analiza rynku dotyczyła aut osobowych z silnikiem benzynowym,

o nadwoziu typu sedan, hatchback i liftback, wyprodukowanych w 2012 r., w oparciu o dane na temat 70 modeli samochodów następujących producentów: Ford, Renault, Opel, Chevrotet, Mazda, Volkswagen, Dacia, Peugeot, Seat, Citroen, Fiat, Toyota, KIA, Audi, BMW, Mercedes, ITyundai, Honda, Volvo. Skoda. Dalej RKO podała, że bagażniki o pojemności 530 dcm³, a zatem niewiele mniejszej od wymaganej w specyfikacji oferowało już 5 innych modeli samochodów (Renault Fluence, Opel Insignia, Volkswagen CC, Audi A6 i Audi A7), natomiast bagażniki o pojemności 500 dcm³ - 10 modeli samochodów (Renault Thalia, Opel Astra, Opel Insignia, Chevrolet Aveo, Mazda 6, Volskwagen Jetta, Fiat Linea, Toyota Avensis, Kia Optima, Hyundai 140). RKO uwzględniła również opinię Nr 1477/201, (z dnia 12 lipca 2012 r.) sporządzoną przez (...) - biegłego Sądu Okręgowego w (...) z zakresu ruchu drogowego i techniki samochodowej z której wynika, że „tylko pojazd marki Skoda Octavia o oznaczeniu handlowym 1,6 spełnia wszystkie kryteria zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę czterech samochodów dla Straży Miejskiej Miasta (...)”. RKO wskazała, że o wyborze zdecydowały parametry opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie pojemność bagażnika nie mniejsza niż 550 dcm³, rodzaj paliwa: benzyna plus LPG, fabryczna instalacja gazowa z homologacją, zbiornik gazu umieszczony we wnęce kola zapasowego, nie zmniejszający powierzchni bagażowej, oraz poziomu emisji spalin, w szczególności w zakresie maksymalnej emisji THC oraz Nox. Zdaniem RKO, wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia wymogów i parametrów technicznych, oraz ich łączne zestawienie ograniczyło wybór do konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, tj. Skody Octavii Tour i z góry eliminowało dostawców samochodów innych marek, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp. RKO stwierdziła, że zgodnie z art. 7 ust. 1 tej ustawy, zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowania wykonawców. Wyraźny zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zawiera również art. 29 ust. 2 Pzp. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na dostawę samochodów dla Straży Miejskiej w sposób, który wskazywał w istocie na konkretny produkt, wyczerpało dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy (w dniu popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy). Zdaniem RKO, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów, prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego. Zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje wyeliminowania konkurencji, poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca”. Dalej podano, że (...) Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.” Stwierdzono również, że (...) Odpowiedzialność za naruszenie ponosi Obwiniony (...), który - jako komendant Straży Miejskiej Miasta (...) - zatwierdził specyfikację istotnych warunków zamówienia. Wskazując jednocześnie na art. 18 ust.1 Pzp stwierdzono, że przepis ten pozwala kierownikowi zamawiającego na powierzenie czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania (w tym dokonanie opisu przedmiotu zamówienia) pracownikom zamawiającego, jednakże takie powierzenie powinno mieć formę pisemną i wskazywać zakres powierzonych obowiązków związanych z postępowaniem. W niniejszej sprawie RKO wskazała, że na podstawie zarządzenia Nr

13/2008 Komendanta Straży Miejskiej Miasta (...) z dnia 5 marca 2008 r. została powołana stała komisja przetargowa do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia na dostawę samochodów dla Straży Miejskiej Miasta (...). Zgodnie z postanowieniami § 2 zarządzenia do zadań komisji należy w szczególności: 1) przygotowanie postępowania o udzielenie zamówień, 2) ocena spełniania przez wykonawców i dostawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, 3) badanie i ocena ofert”. Dalej RKO podniosła, że (...) Zgodnie z art. 4 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia naruszenia, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych. Po zmianie tego przepisu przez art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1429), zmieniającej ustawę z dniem 11 lutego 2012 r. odpowiedzialności tej podlegają pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Dla skuteczności takiego powierzenia obowiązków (np. w zakresie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o zamówienie publiczne), a w konsekwencji ewentualnego egzekwowania od pracownika(ów) odpowiedzialności za ich niewykonanie wymaga się wyraźnego wskazania powierzonych pracownikowi(om) obowiązków. Zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych za całość gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych ponosi jej kierownik. Także pewne odstępstwo od tej zasady wprowadza ust. 2 tego artykułu ustawy, przewidując możliwość powierzenia przez kierownika jednostki określonych obowiązków w zakresie gospodarki finansowej jednostki. Dla skuteczności powierzenia obowiązków, a co za tym idzie - możliwości późniejszego egzekwowania odpowiedzialności za ich właściwe wykonywanie, konieczne jest wyraźne wskazanie powierzanych pracownikowi obowiązków. Komisja Orzekająca nie dopatryła się okoliczności zwalniających z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Obwinionego. RKO uznała, że fakt naruszenia dyscypliny finansów jest bezsporny, a Obwiniony jako kierownik jednostki ma obowiązek kierowania podległą mu jednostką w sposób zapewniający jej prawidłowe funkcjonowanie we wszystkich aspektach. Wymierzając karę RKO uznała, że orzeczenie w stosunku do obwinionego kary upomnienia jest adekwatne do stopnia naruszenia ładu dyscypliny finansów publicznych i ta kara mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, uwzględnia stopień zawinienia i okoliczności występujące po stronie czynu i sprawcy, jak również jest współmierna do szkodliwości czynu dla ładu finansów publicznych. Jednocześnie RKO uznała, że w przedmiotowej sprawie nic zachodzą przesłanki określone w art. 36 ust. 1 ustawy, albowiem ten przepis pozwala Komisji odstąpić od wymierzenia kary tylko w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie. Uznając Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych RKO zobligowana była także w oparciu o art. 167 ust. 1 ustawy zobowiązać do zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej zwana GKO), zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności GKO, mając na względzie regulę ustanowioną art. 24 ust. 1 ustawy, przyjęła jako podstawę rozstrzygnięcia przepisy obowiązujące w dacie popełnienia czynu (w dniu 25 stycznia 2012 r.), albowiem przepisy ustawy były dla Obwinionego względniejsze. GKO stwierdziła, że 11 lutego 2012 r. weszła w życie ustawa z 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych

innych ustaw (Dz. U. z 2011 r. Nr 240, poz. 1429). Dokonana przez GKO analiza przepisu art. 17 ustawy obowiązującego przed wejściem jej nowelizacji i po wejściu w życie ustawy o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw wykazała, że przepis art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy obowiązującej do 10 lutego 2012 r. brzmiał: „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego - którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji”. Po nowelizacji, odpowiadający będącemu przedmiotem niniejszego postępowania naruszeniu jest przepis art. 17 ust. 1 pkt 1 w brzmieniu: „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych - opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, którym mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, w sytuacji gdy udzielono zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1a pkt 2). W świetle powyższego, wg nowej ustawy, naruszeniem jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (pod warunkiem, że doszło do udzielenia zamówienia). Z przepisu tego wynika również, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych można przypisać nie tylko osobie, która udzieliła zamówienia - podpisała umowę, (co było warunkiem w „starej” ustawie - art. 17 ust. 1 pkt 3), ale także osobie, która opisała przedmiot zamówienia publicznego w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, i „doszło” do udzielenia zamówienia publicznego. Teoretycznie więc, odpowiedzialność w myśl „nowej ustawy” może być przypisana osobie - która niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych opisała przedmiot zamówienia, ale nie była osobą udzielającą zamówienia, lub osobie, która jednocześnie niezgodnie z przepisami o zamówieniach opisała przedmiot zamówienia i udzieliła zamówienia. W niniejszej sprawie zatwierdzającym opis przedmiotu zamówienia był Obwiniony. Mając na uwadze wskazane przepisy, GKO uznała, że przepisy ustawy obowiązujące poprzednio są względniejsze dla sprawcy i tym samym sprawa niniejsza powinna być rozpoznawana na podstawie ustawy obowiązującej w dacie popełnienia czynu.

Rozpoznając odwołanie GKO uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazano, że określenie w specyfikacji parametru pojemności bagażnika - nie mniejszej niż 550 dcm³ - w istotny sposób ograniczyło krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. RKO podała również, powołując się na analizę rynku, że ten warunek spełniały tylko trzy modele samochodów: Skoda Octavia II Tour (hatchback/sedan), Volkswagen Passat 2012 Trendline (sedan) oraz Ford Mondeo 2012 Ambiente (sedan). Jako dowód powołano analizę rynku aut osobowych z silnikiem benzynowym, o nadwoziu typu sedan, hatchback i liftback, wyprodukowanych w 2012 r., sporządzoną przez (...) i jednocześnie powołano jako dowód opinię z dnia 12 lipca 2012 r. sporządzoną przez (...) – biegłego Sądu Okręgowego w (...) w zakresie ruchu drogowego i techniki samochodowej, która ma potwierdzać, że (...) tylko pojazd marki Skoda Octavia o oznaczeniu handlowym 1,6 spełnia wszystkie kryteria zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę czterech samochodów dla Straży Miejskiej Miasta (...). Zdaniem RKO zdecydowały o tym parametry opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie: pojemność bagażnika nie mniejsza niż 550dcm³, rodzaj paliwa: benzyna plus LPG, fabryczna instalacja gazowa z homologacją, zbiornik gazu umieszczony we wnętrzu koła zapasowego, nie zmniejszający powierzchni bagażowej, poziomu emisji spalin, w szczególności w zakresie maksymalnej emisji THC oraz Nox. W uzasadnieniu orzeczenia RKO nie odniosła się do argumentacji obwinionego podniesionej m.in. w piśmie z dnia 30 maja 2012 r, skierowanego do Inspektora Wydziału Audytu i Kontroli Urzędu Miasta (...), w którym to piśmie obwiniony jako kierownik jednostki wyjaśnia z jakiego powodu w specyfikacji przyjęto alternatywnie wersję sedan, hatchback lub kombi, a także z jakiego powodu ustalono w opisie przedmiotu zamówienia

m.in. moc silnika na minimalnym poziomie 70 kW, pojemność bagażnika nie mniejszą niż 550 dcm³, oraz rozstrzygnięto o manualnej pięciostopniowej skrzyni biegów. W tych wyjaśnieniach podano również, że kwota jaką Rada Miasta uchwałą budżetową przeznaczyła dla SWW (...) na zakup tych samochodów została upubliczniona przed złożeniem ofert. Wskazano również na potrzebę zakupu w ramach tej kwoty czterech samochodów osobowych do działań patrolowo-interwencyjnych oraz poinformowano o przeprowadzonym rozpoznaniu rynku samochodowego.

GKO podzieliła argumentację Obwinionego podniesioną w odwołaniu uznając, że RKO pominęła powyżej wskazane okoliczności, stwierdzając jednocześnie w uzasadnieniu orzeczenia, że zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom. Zaznaczono co prawda, że określenie przedmiotu zamówienia nie może powodować wyeliminowania konkurencji, jednakże w niniejszej sprawie RKO pominęła okoliczność, że Obwiniony wskazał na trzy modele samochodów, a mianowicie: Skoda Octavia II Tour (hatchback/sedan), Volkswagen Passat 2012 Trendline (sedan) oraz Ford Mondeo 2012 Ambiente (sedan). Ponadto powoływana opinia z dnia 12 lipca 2012 r. nie odnosi się do Volkswagena, czy do Forda. Również, zdaniem GKO, powołana opinia z dnia 12 lipca 2012 r. nie odnosi się wprost do modelu Skoda Octavia II Tour (hatchback/sedan), a do modelu SKODA OCTAVIA 1,6, a RKO nie wyjaśniła, czy takie odesłanie może mieć zastosowanie do modelu Skody, którego dotyczy zawarta umowa. RKO nie wypowiedziała się również w kwestiach związanych z realizowanymi zadaniami patrolowo-interwencyjnymi, co, zdaniem GKO, uzasadniało wymaganie, aby samochód osobowy posiadał duży i przestronny bagażnik, pozwalający na codzienne wożenie do 30 urządzeń blokujących koła, kilku sztuk pachołków drogowych o wysokości ponad 70cm, kilku rolek taśm ostrzegawczych, oraz dużych apteczek z wyposażeniem potrzebnym do udzielania pierwszej pomocy, a dodatkowo w okresie letnim do rozwożenia znacznej liczby butelek wody mineralnej dla patroli pieszych, wykonujących zadania na terenie miasta, a także jednoczesne przewożenie funkcjonariuszy w liczbie czterech. Tym samym wskazywanie alternatywne przez RKO na auta o bagażnikach 530 dcm³ czy też 500 dcm³ niczym nie zostało uzasadnione. Także inne parametry kwestionowane przez RKO w uzasadnieniu orzeczenia takie jak rodzaj paliwa czy fabryczna instalacja gazowa z homologacją, lub wymagania, co do zbiornika gazu oraz, czy co do poziomu emisji spalin nie zostały przez RKO omówione. Zdaniem GKO, Obwiniony podniósł okoliczności, które mogły być przez niego uwzględniane przy ustalaniu parametrów. Mianowicie – jak wskazywał Obwiniony - wymagana minimalna moc silnika na poziomie 75 kW wynikała z faktu, że zakupione samochody miały być skierowane do działań patrolowo-interwencyjnych, co wiązało się z dość dużym obciążeniem samochodów, w związku z wożeniem przez kilkanaście godzin dziennie (w ruchu ulicznym miejskim) nawet 30 metalowych urządzeń blokujących koła samochodów oraz udział w patrolu samochodowym funkcjonariuszy straży. Zdaniem GKO, również znaczne obciążenie samochodu wymaga silnika o wyższej mocy, która umożliwia sprawne poruszanie się samochodem po zatłoczonych ulicach miasta. Poza tym w ruchu miejskim silnik o wyższej mocy zużywa mniej paliwa. Tym samym zdaniem GKO jest podstawa, aby uznać, że minimalna moc silnika na poziomie 75 kW będzie mocą optymalną i najbardziej efektywną. Także decyzja o zakupie samochodu osobowego z manualną pięciostopniową skrzynią biegów była, zdaniem GKO uzasadniona, albowiem – jak podnosił Obwiniony - samochody z taką skrzynią są tańsze od samochodów z manualną sześciostopniową skrzynią, a poza tym samochody patrolowo-interwencyjne działają w miejskim ruchu ulicznym, w związku z czym szósty bieg byłby zupełnie niewykorzystywany. GKO podzieliła również pogląd Obwinionego, że w żadnym dokumencie dotyczącym przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę czterech samochodów osobowych, SMM (...) nie sporządziła opisu przedmiotu zamówienia w sposób

wskazujący na konkretny model samochodu. Ustalenia zatem, zdaniem GKO, wskazują, że wynikające z nich okoliczności można zakwalifikować jako fakty notoryjne, a które to fakty przez RKO nie zostały zakwestionowane. Natomiast wybór orzecznictwa powoływanego przez RKO, zdaniem GKO, wskazuje na jego intencjonalny charakter. GKO, podzielając pogląd obwinionego podkreśla, że zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom. Nie w każdym zatem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszyscy wykonawcy działający w branży samochodowej mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Tym samym ograniczona liczba wykonawców, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, mogących uczestniczyć w postępowaniu, nie musi a priori wskazywać na naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Oceniając postawione przez SMM (...) warunki techniczne wymagane dla samochodu w kontekście zasady uczciwej konkurencji, GKO uwzględniła specyfikę zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne jego wykonania oraz zamierzony cel, jakiemu miały służyć postawione przez jednostkę tak sformułowane warunki. Zdaniem GKO, warunki zamówienia i uzasadnione potrzeby zamawiającego determinowały określenie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Na marginesie GKO zauważa, że upublicznienie informacji o uchwale Rady Miasta, dotyczącej środków finansowych na zakup nowych czterech samochodów osobowych tanich w eksploatacji i dużym bagażnikiem z przeznaczeniem do realizacji określonych zadań mogła powodować brak zainteresowania dostawców droższych samochodów, ale tej okoliczności nie można, zdaniem GKO, kwalifikować jako czynu utrudniającego uczciwą konkurencję. W konkluzji GKO stwierdza, że rozstrzygając w niniejszej sprawie GKO miała na uwadze również art. 76 ustawy, formułujący podstawowe gwarancje Obwinionego w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a mianowicie zasadę domniemania niewinności obwinionego (ust. 1), zasadę ciężaru dowodzenia (onus probandi, ust. 2), oraz 3) zasadę in dubio pro reo (ust. 3), które to zasady są adresowane do wszystkich organów prowadzących postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. GKO zwraca uwagę, że zasady, o których mowa w ust. 1 i 3 przepisu nie pozwalają uznać obwinionego za winnego, dopóty dopóki wina nie zostanie mu udowodniona, a nie dających się usunąć wątpliwości nie można rozstrzygać na niekorzyść obwinionego. Zatem organ prowadzący postępowanie obowiązany – zgodnie z normą art. 89 ust. 1 do wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego, dokonując jego oceny - zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów - ma równocześnie obowiązek uwzględniania wskazanej zasady in dubio pro reo oraz poszanowanie praw obwinionego, w tym zwłaszcza prawa do obrony.

Powyższe ustalenia, uwzględniając art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 ustawy zdecydowały o uchyleniu na podstawie art. 147 ust.1 pkt 2 ustawy ondfp zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnieniu obwinionego (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w (w obowiązującej ustawie) w art. 17 ust.1 pkt 1 ustawy. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.