



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 29 sierpnia 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Gryśka
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Teresa Warszawska
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2016 r., odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie w Warszawie z dnia 26 lutego 2016 r., sygn. akt: RKO.5011.48.2015, którym Komisja uznała Obwinionego (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 1b pkt 2** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na udzieleniu w dniu 22 grudnia 2014 r. (umowa Nr 7/U/2014) zamówienia publicznego na świadczenie „Usługi ochrony osób i mienia dla (...)w okresie od dnia 3 stycznia 2015 r. do dnia 2 stycznia 2016 r. (12 miesięcy), które to zamówienie zostało udzielone wykonawcy –(...)w trybie zapytania o cenę z powołaniem się na art. 70 w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), mimo że nie zostały spełnione przesłanki zastosowania tego trybu, co stanowi naruszenie art. 70 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa 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 z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 i z 2012 r. poz. 1529 oraz z 2016 r. poz. 1020) zwanej dalej ustawą

- 1) uchyla zaskarżone orzeczenie w całości,
 - 2) uniewinnia Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 2 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

Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w (...) złożył Marszałek Województwa Mazowieckiego pismem z dnia 7 września 2015 r. W zawiadomieniu wskazano, że w wyniku kontroli przeprowadzonej w (...) ujawniono fakt udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek wyboru trybu określonych w art. 70 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w ocenie zawiadamiającego stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie /dalej Zastępca Rzecznika/ skierowała w dniu 3 listopada 2015 r. wniosek o ukaranie Pana (...), wskazując na odpowiedzialność pełniącego obowiązki dyrektora (...) na zasadzie art. 19 ust. 1 i 2 zdanie 1 ustawy. W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Zastępca Rzecznika uznała, że nastąpiło naruszenie dyscypliny w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, polegające na udzieleniu w dniu 22 grudnia 2014 r. (umowa nr 7/U/2014) zamówienia publicznego na świadczenie „Usługi ochrony osób i mienia dla (...) w okresie od dnia 3 stycznia 2015 r. do dnia 2 stycznia 2016 r., które to zamówienie zostało udzielone wykonawcy – (...) w trybie zapytania o cenę z powołaniem się na art. 70 w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych /dalej ustawą Pzp/, mimo że nie zostały spełnione przesłanki tego trybu.

Orzeczeniem z dnia 26 lutego 2016 r., sygn. akt RKO.5011.48.2015, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy

Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie /dalej Komisja Orzekająca I instancji/ uznała Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, polegające na udzieleniu w dniu 22 grudnia 2014 r. zamówienia publicznego na świadczenie „Usługi ochrony osób i mienia dla (...) w okresie od dnia 3 stycznia 2015 r. do dnia 2 stycznia 2016 r. w trybie zapytania o cenę z powołaniem się na art. 70 w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, mimo że nie zostały spełnione przesłanki zastosowania tego trybu.

Komisja Orzekająca I instancji, uznając Pana (...) odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 i art. 35 ustawy o wymierzyła karę upomnienia oraz obciążyła kosztami postępowania w wysokości ustalonej na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy.

Z zebranego w postępowaniu w I instancji materiału dowodowego wynika, że w dniu 2 grudnia 2014 r. (...) sporządził „Listę wybranych przez Zamawiającego wykonawców zaproszonych do składania ofert” celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę na zakup usługi ochrony osób i mienia dla (...).

W uzasadnieniu wyboru trybu podano cyt. „Tryb został zastosowany na podstawie art. 70 w związku z art. 10 oraz art. 5 ustawy Pzp i rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28.01.2010 r. (Dz. U. Nr 12 poz. 68), czyli w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są usługi o charakterze niepriorytetowym, powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8. Przez powszechną dostępność przedmiotu niniejszego zamówienia należy rozumieć oferowanie usług o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych usług praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechnością takich usług. Przedmiot zamówienia jest znormalizowany, odpowiadający przeciętnym wymaganiom i dokładnie określony. Sposób świadczenia usługi jest w pełni porównywalny, bowiem głównym różnicującym ją czynnikiem jest cena. Wartość niniejszego zamówienia jest mniejsza od kwoty 200 tys. Euro”.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia /dalej siwz/ z dnia 2 grudnia 2014 r. Zamawiający ustalił szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, w tym przedmiot zamówienia, termin wykonania zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, informację o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, wykaz osób przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia, wykaz sprzętu niezbędnego do wykonywania przedmiotu zamówienia,

Ofertę na realizację usługi złożyło dwóch wykonawców:

- (...) z ceną usługi w kwocie 230.000 zł netto i 282.900 zł brutto,
- (...) z ceną usługi w kwocie 210.000 zł netto i 258.300 zł brutto.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał ww. wykonawcom i poinformował o wyborze oferty złożonej przez (...). Jako uzasadnienie wyboru wskazano kryterium „najniższa cena” oraz spełnienie przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 22 grudnia 2014 r. p.o. Dyrektora (...), przy kontrasygnacie p.o. Głównego

księgowego, zawarł z (...) umowę Nr 7/U/2014 na wykonanie usługi będącej przedmiotem przeprowadzonego postępowania na okres od 3 stycznia 2015 r. do 2 stycznia 2016 r. (12 miesięcy). Stosownie do postanowień § 10 ust. 1 wynagrodzenie miesięczne wykonawcy wynosiło netto 17.500 zł i brutto 21.525 zł; wartość netto za cały okres trwania umowy wynosi 210.000 zł [równowartość 49.705,32 euro].

W ustalonym stanie faktycznym i prawnym Komisja Orzekająca I instancji zgodziła się z argumentacją Zastępcy Rzecznika w zakresie niedopuszczalności udzielenia przedmiotowego zamówienia, w trybie zapytania o cenę uznając, że nie zostały spełnione przesłanki upoważniające Obwinionego – jako Zamawiającego – do zastosowania tego trybu. Jak wskazała Komisja Orzekająca I instancji tryb zapytania o cenę nie może być stosowany do zamówienia usług nietypowych, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź, indywidualnego zastosowania, a do takich usług zalicza się właśnie usługi ochroniarskie. Usług ochroniarskich nie można bowiem zakwalifikować jako usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych.

Usługa ochrony osób i mienia należy do kategorii usług, do których niezbędne jest posiadanie przez wykonawców odpowiednich kwalifikacji, w tym w szczególności dysponowanie doświadczonym i wykwalifikowanym personelem zdolnym do wykonania zamówienia. Świadczą o tym warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w siwz, w którym Zamawiający wymagał od wykonawców m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności w postaci koncesji, jak również posiadania doświadczenia w wykonaniu usługi. Zamawiający wymagał również w siwz dysponowania wykwalifikowanym personelem z odpowiednimi uprawnieniami, do realizacji zamówienia (z licencją I i II stopnia) oraz dysponowania specjalistycznym sprzętem. Zespół w załączniku do siwz dokonał opisu terenu i budynków podlegających ochronie oraz określił sposób ich ochrony wraz ze sprecyzowanymi potrzebami Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający w sposób precyzyjny uszczegółowił obowiązki pracowników ochrony. Okoliczności te przesadzają o niestandardowym charakterze zlecanej usługi, bowiem to Zamawiający w głównej mierze precyzował sposób, w jaki będzie następowała jej realizacja. Zatem jest to zamówienie zależne od własnych i indywidualnych uwarunkowań ustalonych przez Zamawiającego.

Komisja Orzekająca I instancji podniosła, że usługa objęta przedmiotem zamówienia nie mieści się w kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Z uwagi na powyższe, stwierdzono, iż Zamawiający dokonał wyboru trybu zapytania o cenę z naruszeniem przesłanek określonych w art. 70 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia. W tej sytuacji nastąpiło także naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 10 ustawy Pzp, tj. zasady prymatu trybów przetargowych.

Ustawa Pzp nie określa bliżej co należy rozumieć przez dostawy lub usługi „powszechnie dostępne”, więc kierując się wykładnią językową pod pojęciem tym należy rozumieć dostępność dla wszystkich zainteresowanych, przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, a zatem brak indywidualizowanego przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Podobnie, pod pojęciem „ustalane standardy jakościowe” należy rozumieć typy lub gatunki

(dostaw/usług) znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie standardom, nie zaś specyficznym wymaganiami zamawiającego, na skutek dostosowania standardu dostawy czy usługi do jego indywidualnych potrzeb, a zatem o jakości i zakresie wymagających indywidualnego ustalenia. Tryb zapytania o cenę, nie może być zatem stosowany do zamówienia usług nietypowych, specjalistycznych, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania. Rezultat nabywanych w tym trybie usług powinien być zestandaryzowany, więc nie powinien nosić cech indywidualnych wykonawców.

W ocenie Komisji Orzekającej I instancji, w powyższej sytuacji faktycznej i prawnej doszło niewątpliwie do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym to naruszeniu stanowi art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, w związku z udzieleniem zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę z naruszeniem art. 70 ustawy Pzp.

Odpowiedzialność za zarzucany czyn ponosi Obwiniony – w dacie popełnienia czynu p. o. Dyrektora (...). Odpowiedzialność ta wynika z:

- art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych,
- art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiada kierownik zamawiającego,
- z faktu podpisania w dniu 22 grudnia 2014 r. umowy Nr 7/U/2014 na wykonanie usługi będącej przedmiotem przeprowadzonego postępowania.

Komisja Orzekająca I instancji uznała, że stosownie do przepisu art. 19 ust. 2 ustawy Obwinionemu można przypisać winę za popełnienie zarzucanego mu czynu. Jako winę Obwinionego, Komisja Orzekająca I instancji rozumie działanie odmienne od działania wynikającego z normy prawnej, podczas gdy możliwe było działanie zgodne z tą normą. Obwiniony nie postępował z zachowaniem należytej staranności, bowiem przy zachowaniu większej staranności mógł uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony w okresie pełnienia funkcji kierowniczej miał z pewnością możliwość zapoznania się z przepisami regulującymi gospodarkę finansami publicznymi, a wszelkie rozstrzygnięcia zarządcze opierać nie na subiektywnym przekonaniu, co do ich słuszności, ale przede wszystkim, co do ich zgodności z prawem. Komisja Orzekająca I instancji podkreśliła, iż z uwagi na bezprzetargowy charakter zapytania o cenę, przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielenia zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej, tj. przetargiem nieograniczonym bądź ograniczonym.

Wprawdzie Obwiniony nie miał zamiaru popełnienia zarzucanego czynu, ale popełnił go nie zachowując reguł staranności i ostrożności. Jak wskazują złożone wyjaśnienia, Obwiniony jako kierownik jednostki w sposób nadmierny zawierzył pracownikowi jednostki, który sprawując funkcję specjalisty ds. zamówień publicznych brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Komisja Orzekająca I instancji podkreśliła, że szkodliwość dla finansów publicznych, o której stanowi przepis art. 28 ust. 1 uoandfp nie można utożsamiać wyłącznie ze szkodą finansową ponoszoną przez jednostkę. Pojęcia szkodliwość i szkoda nie są tożsame. Szkodliwość dla finansów publicznych przejawiać się może w naruszeniu procedur

wydatkowania środków publicznych określonych w ustawie Pzp. Tak więc udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, w sytuacji, gdy nie było podstaw do zastosowania takiego trybu, nie może być uznane, w świetle cyt. art. 28, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy, w szczególności przy uwzględnieniu wysokości zobowiązań zaciągniętych z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych (por. wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. II GSK 688/10).

W niniejszej sprawie Komisja Orzekająca I instancji uznała, że stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych nie jest znaczny, co upoważniło organ do wymierzenia Obwinionemu na podstawie art. 35 uoondfp kary najłagodniejszego rodzaju, tj. kary upomnienia.

Odwołanie od powyższego orzeczenia wniósł obrońca Obwinionego, pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r., zaskarżając orzeczenie wydane w postępowaniu w I instancji w całości. Wniósł wnioskiem o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do organu I instancji. Podstawą wniosku stały się zarzuty niewyczerpującego postępowania dowodowego, błędnej oceny zawinienia Obwinionego i jego odpowiedzialności za naruszenie objęte czynem przypisanym, błędne ustalenie, iż Obwiniony mógł naruszenia uniknąć, a ostatecznie, iż nie uwzględniono odpowiedzialności innych osób uczestniczących w procesie zamówień publicznych.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych /dalej GKO/, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2016 r. „zważyła co następuje.

Czyn zarzucony i przypisany Obwinionemu zaskarżonym orzeczeniem popełniony został w dniu zawarcia umowy Nr 7/U/2014, tj. 22 grudnia 2014 r. Udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi ochrony osób i mienia nastąpiło w wyniku stosowania procedur o zamówieniach publicznych określonych w ustawie Pzp, w wersji obowiązującej od dnia 19 października 2014 r. do dnia 14 marca 2015 r.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 24 ustawy organy orzekające na każdym etapie postępowania zobowiązane są do porównania stanu prawnego obowiązującego w dacie popełnienia czynu i w dacie orzekania. Podejmują rozstrzygnięcia na podstawie przepisów obowiązujących w czasie orzekania, chyba że obowiązujące w czasie czynu są względniejsze dla obwinionego. Regulacja artykułu 24 ustawy dotyczy zarówno zmiany ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak również ustaw szczególnych, określających właściwy sposób postępowania, w tym ustawy Pzp.

GKO stwierdza, iż pomiędzy dniem uznanym za datę popełnienia czynu, tj. 22 grudnia 2014 r. a datą wydania niniejszego orzeczenia, prawo regulujące zasady i tryb udzielania zamówień publicznych podlegało wielokrotnym nowelizacjom, przy czym ostatnia z nich przyjęta została ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. /Dz. U. z 2016r. poz.1020/ z mocą obowiązująca od dnia 28 lipca 2016r., zgodnie z art. 22 ustawy o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. GKO realizując obowiązek oceny zmian w prawie, zgodnie z dyspozycją art. 24 ustawy stwierdza, iż przepisy prawa

materialnego dotyczące niniejszej sprawy a więc zarzutu naruszenia art. 70 w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp uległy zmianie. Brzmienie art. 70 ustawy Pzp, określające przesłanki wyboru trybu zapytania o cenę, nie uległo zmianie i okoliczności dopuszczające zastosowanie tego trybu pozostają nadal aktualne w stosunku do brzmienia przepisu z daty działania Obwinionego. Natomiast dotychczasowe brzmienie art. 10 ust. 2 ustawy Pzp podlegało zmianom z tym, że zmiany te sprowadzały się do wprowadzenia do przepisu dodatkowych trybów zamówień publicznych ale zmianie nie uległa, podstawowa i istotna dla niniejszej sprawy, zasada iż wybór trybów innych niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony może nastąpić w przypadkach określonych w ustawie. Art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy nie uległ zmianie.

Mając na uwadze powyższe GKO przyjęła na podstawie art. 24 ustawy, iż właściwe jest stosowanie w niniejszej sprawie stanu prawnego obowiązującego w czasie orzekania, albowiem stan prawny obowiązujący w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie jest względniejszy dla Obwinionego.

Zamawiający (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę na świadczenie usługi ochrony osób i mienia, opierając wybór trybu na przepisach art. 70, art. 10 oraz art. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z zasadą wyboru trybu postępowania, tryb zapytania o cenę został dopuszczony przez ustawodawcę w przypadkach, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W niniejszej sprawie poza sporem pozostaje wartość udzielonego zamówienia albowiem, jak prawidłowo ustaliła Komisja Orzekająca I instancji wartość zamówienia wynosiła 210.000 złotych co stanowiło równowartość 49.705,32 EURO, tak więc kwota zamówienia była niższa od wartości progowej wynikającej z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2013 r. poz.1735).tj. 207 tyś EURO. W dacie orzekania GKO ustalenie wartości progowych nastąpiło na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015r. (Dz.U z 2015 r. poz. 2263) którym podwyższono wartość progową obowiązującą podmioty wymienione w § 1 niniejszego rozporządzenia m.in. państwowe instytucje kultury do wysokości 209 000 EURO dla dostaw i usług. Na tych podstawach prawnych nie można kwestionować, iż przesłanka wartości zamówienia wynoszącego 49 705,32 EURO została spełniona albowiem wartość zamówienia publicznego była niższa niż podana w przepisach wartość progu zamówienia obowiązująca zarówno w dacie zawarcia umowy jak też w dacie orzekania przez GKO. Także ocena prawidłowości wyboru trybu zapytania o cenę koncentrować się powinna na ustaleniu czy zamówienie na usługi ochrony osób i mienia, wyspecyfikowane szczegółowo w siwz przedmiotowego zamówienia stanowią usługi określone przez ustawodawcę jako powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych.

Zgodnie z brzmieniem ustawy Pzp obowiązującej w dacie orzekania GKO, definicja usług uległa zmianie w stosunku do definicji obowiązującej w dniu zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Usługami, według aktualnie obowiązującego prawa, są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Zmiana definicji

usług sprowadza się do wykreślenia przepisów art. 2a i 2b ustawy Pzp, z których wynikała delegacja dla Prezesa Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia wykazu usług priorytetowych i niepriorytetowych. W niniejszej sprawie zmiana definicji usługi nie ma związku z zarzutem postawionym przez Zastępcę Rzecznika albowiem sedno zarzutu dotyczy interpretacji art. 70 ustawy Pzp i zdefiniowania pojęcia „usługa powszechnie dostępna o ustalonych standardach jakościowych”. Nie ma również znaczenia w niniejszej sprawie uchylenie w ustawie Pzp przepisu art. 5, na który powołano się w zaskarżonym orzeczeniu Komisji Orzekającej I instancji. Wcześniejsze brzmienie art. 5 ustawy Pzp przewidywało wyłączenia częściowe stosowania ustawy Pzp w przypadku zlecenia usług o charakterze niepriorytetowym. Usługa ochrony osób i mienia według terminologii stosowanej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U z 2010r. nr 12 poz.68 uchylone z dniem 28 lipca 2016 r.) zaliczona została do usług niepriorytetowych. W postępowaniach o udzielenie zamówień na usługi niepriorytetowe ustawodawca dopuścił odstępstwo od rygoru wyboru trybu zgodnie z przesłankami ustawowymi, ale swoboda ta dotyczyła jedynie trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Tak więc wybór trybu zapytania o cenę w poprzednim i aktualnym stanie prawnym opierać się powinien na przesłance określonej w art. 70 ustawy Pzp a brzmienie tego przepisu pozostaje niezmienione.

Zgodnie z art. 70 ustawy Pzp zamówienie w trybie zapytania o cenę może być wszczęte pod warunkiem spełnienia ustawowych przesłanek zamówienia, którego przedmiotem mogą być wyłącznie dostawy i usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych.

W zaskarżonym orzeczeniu Komisja Orzekająca I instancji uznała, iż usługa objęta przedmiotem zamówienia nie mieści się w kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. W uzasadnieniu wskazano, iż tryb zapytania o cenę nie może być stosowany do zamówienia usług nietypowych, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź indywidualnego zastosowania, a do takich zalicza się usługę ochrony. Dalej argumentowano iż usługa ochrony wymaga odpowiednich kwalifikacji wykonawcy, dysponowania doświadczonym personelem. O szczególnych warunkach stawianych podmiotom świadczącym usługi w zakresie ochrony osób i mienia świadczą postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której Zamawiający wymagał wykazania się uprawnieniami w postaci koncesji, posiadania doświadczenia w wykonywaniu usług podobnych, dysponowania wykwalifikowanym personelem oraz specjalistycznym sprzętem. Wszystkie warunki przedmiotowe i podmiotowe opisane w siwz świadczą, według Komisji Orzekającej I instancji, o niestandardowym charakterze zlecanej usługi, albowiem wykonanie usługi było zależne od własnych i indywidualnych uwarunkowań ustalonych przez Zamawiającego.

Przy analizie stanowiska Komisji Orzekającej I instancji należy uwzględnić opinie i stanowiska wypracowane w praktyce Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie interpretacji pojęć ustawy Pzp.

Uchwałą z 9 kwietnia 2014 r. o sygn. akt KIO/KD 26/14 Krajowa Izba Odwoławcza zdefiniowała pojęcie dostaw i usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach

jakościowych. Aby określoną usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspakajania jego bieżących potrzeb. O dostępności usługi nie świadczy to od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Według KIO nie da się określić jednego standardu usługi ochrony osób i mienia dla wszystkich typów organizacji i każdorazowo na potrzeby danej instytucji usługa ochrony osób i mienia będzie miała inny zakres, już choćby z uwagi na różne rodzaje chronionych obiektów, ich specyfikę, liczbę. Tym samym zakres i standardy usługi ochrony osób i mienia każdorazowo trzeba będzie dostosować do potrzeb instytucji, która taką usługę zamawia.

W innym stanowisku Urząd Zamówień Publicznych publikowanym na stronie www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/ interpretacja przepisów, w opracowaniu: Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę. Urząd ten wskazał, iż ustawa Pzp nie określa co należy rozumieć przez dostawy lub usługi „powszechnie dostępne”, więc kierując się wykładnią językową pod pojęciem tym należałoby rozumieć „dostępność dla wszystkich zainteresowanych”, przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, a zatem brak indywidualizowania przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Natomiast pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć: typy lub gatunki dostaw/usług, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie, standardom, nie zaś specyficznym wymaganiom zamawiającego, na skutek dostosowania standardu dostawy czy usługi do jego indywidualnych potrzeb, a zatem o jakości niewymagającej indywidualnego ustalenia. Przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć zatem oferowanie ich przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług.

Główna Komisja Orzekająca uwzględniając poglądy Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej oparła swoje orzeczenie na podstawowych zasadach obowiązujących w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Podstawowa reguła in dubio pro reo nakazująca niedające się usunąć wątpliwości rozstrzygać na korzyść obwinionego, dotyczy nie tylko ustaleń faktycznych co do przebiegu wydarzeń, ale również dotyczy aspektów prawnych czynu, co oznacza, przy istniejących wątpliwościach co do prawa, nakaz stosowania korzystniejszego dla obwinionego zapisu lub interpretacji prawa.

Nie ulega żadnej wątpliwości, co potwierdza opinia UZP, iż prawo materialne nie definiuje w sposób legalny pojęć stosowanych w art. 70 ustawy Pzp. Zastosowanie trybu zapytania o cenę na podstawie przesłanek podanych w tym przepisie wymaga każdorazowo interpretacji pojęć „powszechna dostępność” i „ustalone standardy jakościowe”. W przepisach prawa brak ustalenia jednoznacznego katalogu usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych co byłoby, zdaniem GKO, wręcz niemożliwe do wykonania chociażby z powodu nieograniczonej ilości świadczeń dostępnych w obrocie gospodarczym i zleczanych na podstawie umów zlecenia lub umów o dzieło. Stosowane przez UZP i KIO interpretacje pojęć ustawowych nie wskazują na jakiej podstawie oparte zostały stanowiska tych organów chociaż w tezach pojawia się założenie dokonywania wykładni

językowej terminów stosowanych w art. 70 ustawy Pzp. Według tej reguły interpretacyjnej „powszechna dostępność” może być rozumiana jako świadczenia wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w danej branży, usługi popularne i łatwo osiągalne. Zdaniem GKO, na rozwiniętym rynku gospodarczym istniejącym w Polsce usługa ochrony osób i mienia ma charakter powszechny. W zasadzie każda instytucja państwowa i samorządowa, oraz osoby prywatne korzystają z tego rodzaju usług a wysoki popyt zaspakaja wiele firm oraz osób fizycznych o uprawnieniach do wykonywania tego rodzaju usług. Nie można zgodzić się z poglądem, że o powszechności usług i ich standaryzacji mamy do czynienia tylko wtedy gdy zamawiający nie określa własnych indywidualnych potrzeb co do zakresu świadczenia, np. ilości ochraniających budynków, powierzchni objętej ochroną. Idąc tą drogą interpretacyjną można dojść do absurdalnego wniosku, iż np. dostawa chleba do domu pomocy społecznej nie ma cech powszechnie dostępnej w sytuacji, gdy zamawiający szczegółowo, według indywidualnych potrzeb, specyfikuje zakup podając rodzaje chleba i ilości zamawianych sztuk bochenków oraz terminy oraz częstotliwość dostaw. W każdym zamówieniu publicznym, powszechnie dostępnym a także specjalistycznym następuje realizacja indywidualnych potrzeb zamawiającego a więc nie można użyć argumentacji iż ustalenie indywidualnych cech przedmiotu zamówienia odbiera mu status zamówienia na usługi powszechnie dostępne.

W postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych zarzut przypisany obwinionemu musi wiązać się z niezgodnym z prawem zachowaniem osoby obwinianej. Jeżeli więc prawo stanowiące podstawową wytyczną wypełniania obowiązków, nie tworzy jednoznacznych definicji pojęć stanowiących podstawy działania a jego językowa interpretacja prowadzi do indywidualnych interpretacji nadal niejednoznacznych, to nie można obwinionemu postawić zarzutu zawinionego naruszenia tak skonstruowanego prawa. W rezultacie, gdyby uznać obwinionego winnym naruszenia przesłanek wyboru trybu zapytania o cenę, należałoby zastosować się jedynie do interpretacji prawa dokonanej przez inne organy a przecież organ orzekający powinien opierać swoje stanowisko na podstawie bezpośredniej wykładni prawa (z wyjątkiem prawomocnych wyroków sądów). GKO przyjęła, zgodnie z zasadą *in dubio pro reo*, że skoro przepis prawa i definicje legalne nie dają możliwości jednoznacznego zdefiniowania pojęć stosowanych w art. 70 ustawy Pzp, to należy interpretować ten przepis na korzyść Obwinionego.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.