



**ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 18 marca 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Sylwester Kuchnio (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Krzysztof Fijolek
	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Arkadiusza Babczuka, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 18 marca 2019 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...), pełniącego w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...) Ośrodka Geodezji w (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt NDB-50/45/2018, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu określonego w art.17 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 ze zm.), zwanej uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych nieprzekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, poprzez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 16 marca 2017r., którego przedmiot stanowiła „(...)”; obowiązek zmiany ogłoszenia powstał w wyniku modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącej warunku udziału w postępowaniu wymagającego od wykonawców posiadania

autoryzacji producenta na sprzedaż i serwis oferowanych stacji roboczych, który po modyfikacji dopuszczał do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu, pod warunkiem świadczenia serwisu oferowanego sprzętu przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta; Wskazane zaniechanie stanowiło naruszenie art.38 ust.4a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017r., poz.1579 ze zm.); zmiana warunku udziału w postępowaniu nastąpiła w wyniku odpowiedzi na pytanie wykonawcy, udzielonej przez zamawiającego w dniu 21 marca 2017 r., co w świetle domniemania wynikającego z art.21 uoondfp oznacza, że jako czas popełnienia naruszenia należy wskazać dzień 22 marca 2017 r.;

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

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uoondfp, 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

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (dalej „RKO”), orzeczeniem z dnia 13 listopada 2018 r., sygn. akt: NDB-50/Ł/45/2018 uznała – Dyrektora Ośrodka Geodezji w (...) – odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu określonego w art.17 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 ze zm.), zwanej dalej „uoondfp”, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych nieprzekazanie do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, poprzez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia (...) r., którego przedmiot stanowiła „(...)”; obowiązek zmiany ogłoszenia powstał w wyniku modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącej warunku udziału w postępowaniu wymagającego od wykonawców posiadania autoryzacji producenta na sprzedaż i serwis oferowanych stacji roboczych, który po modyfikacji dopuszczał do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu, pod

warunkiem świadczenia serwisu oferowanego sprzętu przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta; Wskazane zaniechanie stanowiło naruszenie art.38 ust.4a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017r., poz.1579 ze zm.); zmiana warunku udziału w postępowaniu nastąpiła w wyniku odpowiedzi na pytanie wykonawcy, udzielonej przez zamawiającego w dniu (...) r., co w świetle domniemania wynikającego z art. 21 uoondfp oznaczało, że jako czas popełnienia naruszenia należało wskazać dzień 22 marca 2017 r.

Działając na podstawie art. 33 ust.1 i 2 oraz art.36 ust. 1 i 2 uoondfp RKO odstąpiła od wymierzenia kary.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO wskazano, co następuje.

„W dniu 13 listopada 2018r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) , na skutek wniosku Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 30 sierpnia 2018r., rozpoznała sprawę Pana (...) - pełniącego w chwili popełnienia zarzucanego czynu funkcję Dyrektora (...) Ośrodka Geodezji w (...), w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust.1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wniosek Rzecznika został wystosowany w oparciu o zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych złożone przez Dyrektora Departamentu ds. Regionalnego Programu Operacyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...), działającego z upoważnienia Marszałka Województwa.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy Komisja Orzekająca, zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art.24 ust.1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, dokonała porównania stanu prawnego w czasie popełnienia czynu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. Zgodnie z art. 24 ust.1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia tego naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawy. Dokonując analizy prawno-porównawczej Komisja Orzekająca ustaliła, że stan prawny w czasie popełnienia czynu w porównaniu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania nie uległ zmianie.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Rzecznik Dyscypliny ustalił, że w dniu (...) r. na stronie internetowej zamawiającego, w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych, zostało zamieszczone ogłoszenie o wszczęciu postępowania w sprawie zamówienia publicznego, którego przedmiot stanowiła „(...)”, z przeznaczeniem dla (...) Ośrodka Geodezji w (...). Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 7 części. Łączna wartość zamówienia została ustalona na 579.869,91 zł, co stanowiło równowartość 138.894,32 euro.

Jaki wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, na etapie składania ofert, tj. w dniu 21 marca 2017 r., do zamawiającego wpłynęło pytanie wykonawcy odnośnie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących warunków udziału w postępowaniu. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt V - Warunki udziału w postępowaniu, ppkt 5.1.2.1, zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia w zakresie zadania częściowego nr 5 mogli ubiegać się wykonawcy, którzy złożyli oświadczenie o posiadaniu autoryzacji producenta na sprzedaż i serwis oferowanych stacji roboczych. W związku z czym jeden z wykonawców zapytał, czy zamawiający dopuszcza samą autoryzację na sprzedaż sprzętu. Wykonawca dodatkowo wskazał, że sprzęt jest produkowany przez producenta, a serwis świadczony jest przez tego producenta poprzez autoryzowany serwis, podnosząc dodatkowo, że w opisie technicznym stacji roboczej odnośnie warunków gwarancji zamawiający wskazał, że naprawy gwarancyjne urządzeń miały być realizowane przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta.

W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający, pismem z dnia 21 marca 2017 r., odpowiedział, że wyraża zgodę na udział wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta. Powyższe oznaczało, zdaniem Rzecznika, że zamawiający, poprzez dokonanie wskazanej odpowiedzi, dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający przekazał odpowiedź wykonawcy oraz zamieścił na swojej stronie internetowej.

Jak wskazał Rzecznik, informacje tożsame do zmodyfikowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawartych w ppkt 5.1.2.1, zostały również zamieszczone w sekcji III pkt III.1) ppkt III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 16 marca 2017 roku. Tym samym, zdaniem Rzecznika, dokonana modyfikacja jednocześnie zmieniała treść ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym wymagała publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych. Natomiast zamawiający nie zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie, w wyżej wskazanym zakresie, treści ogłoszenia o zamówieniu, co stanowiło naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie wypełniało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust.1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W złożonym przed Rzecznikiem wyjaśnieniu Pan (...) wskazał, m.in., że przepisy prawa zamówień publicznych rozróżniają wyjaśnienie od zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienie odnosi się do sytuacji, w której wykonawca nie rozumie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego zwraca się z zapytaniem do zamawiającego, którego odpowiedź ma na celu doprecyzowanie lub uszczegółowienie intencji sformułowanych w specyfikacji, przy czym wyjaśnienie może, ale nie musi prowadzić do zmiany treści specyfikacji. Jeżeli wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia, a tylko uszczegółwiają znajdujące się tam postanowienia, zamawiający nie ma obowiązku, a jedynie możliwość dokonania odpowiednich modyfikacji. Jeżeli wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do

czynienia z modyfikacją jej treści, przy czym zmiana specyfikacji będzie prowadziła do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zamawiający dokona zmiany postanowienia specyfikacji, które w tożsamej lub zbliżonej postaci występuje w ogłoszeniu, gdyż z art.38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wynika konieczność istnienia bezpośredniego związku pomiędzy zmianą treści specyfikacji, a treścią ogłoszenia o zamówieniu. W związku z czym należy zwrócić uwagę na art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych, określający minimalny zakres treściowy ogłoszenia o zamówieniu oraz na okoliczność, że w danym przypadku zmiana specyfikacji dokonana przez zamawiającego nie dotyczyła informacji wymienionych w tym przepisie. Na gruncie art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu wiąże się ze zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącą np.: wielkości lub zakresu zamówienia, terminu jego wykonania, informacji o możliwości złożenia oferty wariantowej, sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, kwoty wadium, kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, miejsca i terminu składania ofert, terminu związania ofertą informacji o zamiarze zawarcia umowy ramowej, informacji o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. W danym stanie faktycznym zmiana ogłoszenia o zamówieniu nie była konieczna, ponieważ istotą udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi było jedynie doprecyzowanie intencji zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia, w warunkach gwarancji oraz rękojmi, zamawiający dopuścił możliwość naprawy sprzętu przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta, a wyjaśnienia jedynie powtarzały oraz konkretyzowały te postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyrażenie zgody na udział wykonawców posiadających samą autoryzację na sprzedaż sprzętu objętego gwarancją producenta umożliwiło uczestnictwo w postępowaniu wykonawcom mającym status autoryzowanego dystrybutora, a nie posiadającego własnej sieci serwisowej. Zamawiający, mając na uwadze zasady zamówień publicznych, nie chciał zawęzić rynku potencjalnych wykonawców. W efekcie zamawiający nie był obowiązany do publikacji zmiany ogłoszenia o zamówieniu z uwagi na fakt, że nie doszło do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a powyższa sytuacja nie miała żadnego wpływu na wynik postępowania oraz w żaden sposób nie zakłóciła uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Rzecznik Dyscypliny odnosząc się do wyjaśnień podzielił zaprezentowane przez Pana (...) stanowisko dotyczące okoliczności, w których następuje konkretyzacja obowiązku zmiany ogłoszenia o zamówieniu, jednakże odmiennie ocenił zaistniały stan faktyczny. W danym przypadku, zdaniem Rzecznika, odpowiedź zamawiającego w sposób oczywisty prowadziła do nadania zapisom specyfikacji istotnych warunków zamówienia nowego znaczenia. Z pierwotnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikało, jak stwierdza Rzecznik, że zamawiający wśród warunków udziału w postępowaniu wyspecyfikował obowiązek złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że posiada on autoryzację producenta na sprzedaż i serwis oferowanych stacji roboczych, co oznaczało, że wykonawca, który nie posiadał autoryzacji producenta na serwis oferowanych stacji roboczych nie spełniał warunku

udziału w postępowaniu. Natomiast w wyniku odpowiedzi, udzielonej w dniu 21 marca 2017 r., zamawiający dokonał, zdaniem Rzecznika, modyfikacji wskazanego postanowienia, poprzez uznanie, że przedmiotowy warunek spełni wykonawca, który posiada autoryzację producenta jedynie na sprzedaż, bez konieczności posiadania autoryzacji na serwis oferowanego produktu. Tym samym, wyrażenie zgody na udział wykonawców posiadających samą autoryzację na sprzedaż sprzętu objętego gwarancją producenta umożliwiło, jak stwierdził Rzecznik, uczestnictwo w postępowaniu wykonawcom mającym status autoryzowanego dystrybutora, a nie posiadającego własnej sieci serwisowej. W efekcie nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, że istotą udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi było jedynie doprecyzowanie intencji zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie Rzecznik podniósł, że zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczyła postanowienia zawartego w ppkt 5.1.2.1, które w tożsamym brzmieniu zostało zamieszczone w treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt III.1) ppkt III.1.1). Zmienione postanowienie dotyczyło warunków udziału w postępowaniu, a tym samym, z mocy art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiło obligatoryjny element treści ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji dokonana zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Powstałe naruszenie, zdaniem Rzecznika, mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż mogło wywołać skutek w postaci braku ofert tych z wykonawców, którzy nie posiadali własnej sieci serwisowej, a w zakresie warunków udziału w postępowaniu bazowali na informacji zaczerpniętej z ogłoszenia o zamówieniu.

W wyjaśnieniach złożonych w dniu 13 listopada 2018r. przed Komisją Orzekającą Pan (...) potwierdził fakt udzielenia zamówienia pn. „(...)” z przeznaczeniem dla Ośrodka Geodezji w (...). Jednocześnie Pan (...) wyjaśnił Komisji Orzekającej na czym polegała modernizacja systemu informatycznego, której służyło przedmiotowe zamówienie oraz potwierdził, że ów system działa i stanowi poważne usprawnienie Ośrodka Geodezji w (...). Ponadto, Pan (...) wyjaśnił, że choć faktycznie to on zatwierdza czynności w postępowaniu przetargowym oraz podpisuje pisma jakie są w związku z tym tworzone i następnie kierowane do wykonawców, to jednak czyni to w oparciu o działającą wewnątrz (...) Ośrodka Geodezji komórkę ds. zamówień publicznych, a także z pomocą radcy prawnego, który akceptuje pisma przed ich ostatecznym podpisaniem.

Odnosząc się do udzielonej wykonawcy odpowiedzi z dnia 21 marca 2017 r., zawierającą zgodę na udział wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta, Pan (...) stwierdził, że nie traktuje jej treści jako zmiany warunków udziału w postępowaniu, a jedynie interpretację zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, doprecyzowanie użytych w niej sformułowań.

Na wniosek pełnomocnika Pana (...) na rozprawie w dniu 13 listopada 2018 r. przeprowadzono dowód z przesłuchania świadka, Pana (...), będącego w chwili udzielenia zamówienia pn. „(...)”, pracownikiem Ośrodka Geodezji w (...). Świadek potwierdził, że w

postępowaniach przetargowych o udzielenie zamówienia z zakresu informatyki czynnie uczestniczy w przygotowaniu odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Świadek nie potrafił z całą pewnością powiedzieć czy również w przedmiotowym postępowaniu to on sformułował odpowiedź z dnia 21 marca 2017 r., zgodnie z którą zamawiający wyraził zgodę na udział wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu, pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta.

Oceniając zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy Komisja Orzekająca zgodziła się z Rzecznikiem, że konsekwencją odpowiedzi jakiej dnia 21 marca 2017 r. udzielił zamawiający, zawierającej zgodę na udział w postępowaniu wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu, pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta, była modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu.

Komisja Orzekająca podzieliła pogląd Rzecznika, że dokonana przez zamawiającego zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczyła postanowienia zawartego w ppkt 5.1.2.1, które w tym samym brzmieniu zamieszczono w treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt III.1) ppkt III.1.1). Należało się zgodzić w tym miejscu z Rzecznikiem, że skoro zmienione postanowienie dotyczyło warunków udziału w postępowaniu, to tym samym, zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiło obligatoryjny element treści ogłoszenia o zamówieniu i w konsekwencji dokonana zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia oznaczała zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu. Dokonana przez zamawiającego modyfikacja jednocześnie zmieniała treść ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym wymagała publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zamawiający nie zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie, w wyżej wskazanym zakresie, treści ogłoszenia o zamówieniu, co w konsekwencji stanowiło naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie wypełniało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust.1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Komisja Orzekająca nie mogła zgodzić się z poglądem zaprezentowanym przez Obwinionego, że treść odpowiedzi jakiej dnia 21 marca 2017 r. udzielił zamawiający stanowiła tylko wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś zgoda na udział wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu, pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta, nie prowadziła do zmiany warunków udziału w postępowaniu.

Odpowiedzialność z tytułu stwierdzonych naruszeń dyscypliny finansów publicznych Rzecznik przypisał Panu (...), który jako kierownik zamawiającego zatwierdził zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powodującą zmianę treści ogłoszenia o

zamówieniu, a jednocześnie zaniechał przekazania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia do publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Oceniając podmiotową podstawę odpowiedzialności należy stwierdzić, że wina zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Postępowanie wbrew treści normy prawnej mimo, że Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucane czyny. Obwinionemu można przypisać winę, ponieważ dokonana dnia 21 marca 2017 r. przez zamawiającego modyfikacja jednocześnie zmieniała treść ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym wymagała publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zamawiający powinien zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie, w wyżej wskazanym zakresie, treści ogłoszenia o zamówieniu. Zaniechanie tego stanowiło naruszenie art.38 ust.4a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie wypełniało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art.17 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Pan (...), na mocy art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jako pracownik jednostki sektora finansów publicznych, któremu powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, objęty jest zakresem podmiotowym tejże ustawy. W ocenie Komisji Orzekającej, zachowanie Obwinionego w czasie popełnienia przypisanego mu czynu wypełniającego dyspozycję art.17 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych było zawinione.

W chwili popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu, istniała możliwość alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa i które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a polegało ono na opublikowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zmienionej treści ogłoszenia o zamówieniu wynikającej ze zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu.

W rozpatrywanej sprawie, w ocenie Komisji Orzekającej, wystąpiły przesłanki określone w art. 36 ust. 1 i 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie odstąpienia od wymierzenia (...) kary. Przemawia za tym fakt, że nie był dotychczas karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ponadto, Komisja wzięła pod uwagę, że decyzja o zaniechaniu zamieszczenia zmienionego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych została wypracowana kolektywnie przez zespół, który z założenia profesjonalnie zajmuje się przeprowadzaniem procedur o udzielenie zamówienia publicznego oraz została przed zatwierdzeniem przez Pana (...), zaakceptowana przez radcę prawnego. Opierając się na opinii innych, z założenia bardziej doświadczonych w prowadzeniu procedur przetargowych osób, Obwiniony podjął decyzję o poprzestaniu na udzieleniu wykonawcy odpowiedzi na postawione przezeń pytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez równoczesnego zamieszczenia zmienionego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Komisja Orzekająca wzięła również pod uwagę to, że wyrażona na

piśmie z dnia 21 marca 2017 r. zgoda na udział w postępowaniu wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu, pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta, poprzez równoczesne zamieszczenie tej informacji na stronie internetowej zamawiającego mogła mieć wpływ na udział w postępowaniu szerszego kręgu wykonawców.”.

Odwołaniem z dnia 20 grudnia 2018 r. obrońca Obwinionego zaskarżył przedmiotowe orzeczenie w całości oraz wniósł o jego uchylenie i uniewinnienie (...) od zarzucanego mu czynu oraz obciążenie kosztami postępowania Skarbu Państwa.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

1. „W pierwszej kolejności wskazać należy, że orzeczenie nie spełnia wymogów formalnych, wynikających z przepisów ustawy. Zgodnie bowiem z art. 137 ust. 2 ustawy uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać:
 - a. wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, a także
 - b. wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione;
 - c. wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia;
 - d. przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia.
2. W przedmiotowej sprawie nie można uznać, że RKO uczyniła zadość obowiązkowi wynikającemu z powyższego przepisu. Samo poprzestanie na stwierdzeniach takich jak „Komisja Orzekająca podzieliła pogląd Rzecznika”, czy „Komisja Orzekająca nie mogła się zgodzić z poglądem zaprezentowanym przez Obwinionego” (str. 9 orzeczenia) bez bliższego uzasadnienia przyjętego stanowiska świadczy, że RKO nie rozpatrzyła materiału dowodowego w sposób wszechstronny, do czego jest zobowiązana z mocy przepisów ustawy. RKO w uzasadnieniu wydanego orzeczenia ograniczyła się bowiem właśnie do stwierdzeń, że podziela lub też nie określiła pogląd, ale z jakich przyczyn stoi na takim stanowisku, które fakty zostały uznane za udowodnione, na których dowodach oparto wydane orzeczenie, już niestety nie wskazała, tym samym praktycznie wręcz niemożliwe jest prześledzenie toku rozumowania RKO, co z kolei skutkuje tym, że brak jest w zasadzie możliwości merytorycznego odniesienia się do orzeczenia RKO w niniejszej sprawie. Uzasadnienie orzeczenia - w dużej części - stanowi powielenie stanowiska Rzecznika, które z kolei stanowi powielenie stanowiska prezentowanego przez Instytucję Zarządzającą, w powyższym kontekście RKO nie wykazała, z jakich

konkretnie przyczyn przyjęła, że doszło do zmiany SIWZ, co z kolei powinno skutkować zmianą ogłoszenia o zamówieniu.

3. RKO w uzasadnieniu w żaden sposób nie wskazała, z jakich powodów nie zgodziła się poglądami prezentowanymi przez Obwinionego.
4. RKO, w najmniejszym nawet zakresie nie odniosła się do podnoszonych przez Obwinionego argumentów, z których w sposób jednoznaczny wynikała prawidłowość kwestionowanego przez Rzecznika postępowania Obwinionego. Obwiniony wskazał bowiem, że zmiana ogłoszenia o zamówieniu nie była konieczna, ponieważ istotą udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi było jedynie doprecyzowanie intencji Zamawiającego zawartych w SIWZ, a nie zmiana jego treści.
5. W zakresie stanu faktycznego, do którego RKO również się nie odniosła (poza powtórzeniem obszernych fragmentów stanowiska Rzecznika), co do przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazać należy raz jeszcze na następujące okoliczności:

- a. Postępowanie na „(...)”, określane dalej jako **„postępowanie”**, zostało przeprowadzone na podstawie art. 39 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) - w trybie przetargu nieograniczonego, poniżej 209000 EURO, wszczęto i opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 marca 2017 roku pod pozycją (...). Wskazać należy na następujące okoliczności faktyczne:

- i. Zamawiający żądał od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, nie żądał zaś żadnych certyfikatów, świadectw itp.

- ii. W trakcie postępowania, w dniu 21 marca 2017 roku, do Zamawiającego wpłynęło pytanie, cyt.:

„...Pytanie nr 1

Proszę o informację czy Zamawiający dopuszcza w V punkcie Warunki udziału w postępowaniu w podpunkcie 5.1.2.1 punkt 2 samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu. Sprzęt jest produkowany przez producenta i serwis świadczony jest przez tego samego producenta poprzez autoryzowany serwis. W opisie technicznym stacji roboczej w punkcie 20 odnośnie warunków gwarancji jest napisane „(...)”.

Wyciąg z ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 marca 2017 r. pod pozycją (...), cyt.:

„...111.1.1) Kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów Określenie warunków: 1)Wykonawca złoży oświadczenie, że oferowany sprzęt, komputerowy, informatyczny biurowy i przyrząd pomiarowy (skaner laserowy 3D) oraz oprogramowanie (licencja) spełnia wszystkie wymagania w zakresie parametrów określonych w Specyfikacji Technicznej danego zadania częściowego; 2)Wykonawca złoży oświadczenie w zadaniu częściowym nr 5, że posiada autoryzację producenta na sprzedaż i serwis oferowanych stacji roboczych;

3) Wykonawca złoży oświadczenie w zadaniu częściowym nr 6, że posiada autoryzację producenta na sprzedaż przyrządu pomiarowego (skanera laserowego 3D) wraz z oprogramowaniem; 4) Wykonawca złoży oświadczenie w zadaniu częściowym nr 7, że posiada autoryzację producenta na sprzedaż oprogramowania narzędziowego....".

- b. W tym samym dniu, to jest 21 marca 2017 roku, Zamawiający udzielił odpowiedzi, którą drogą elektroniczną niezwłocznie przekazał Wykonawcy oraz zamieścił na stronie internetowej (...) w zakładce zamówienia publiczne dla sprawy nr (...), cyt.:

„...Odpowiedź

Zamawiający wyraża zgodę na udział Wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na **sprzedaż sprzętu** pod warunkiem, że **serwis oferowanego sprzętu** będzie świadczony przez **producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta**. Zgodnie z Opiskem przedmiotu zamówienia Zadania częściowego nr 5 pkt 20 *Warunki gwarancji oraz rękojmi* strona 41 s.i.w.z. Zamawiający wymaga cytując: „4-Naprawy gwarancyjne urządzeń musi być realizowany przez *Producenta lub Autoryzowanego Partnera Serwisowego Producenta*”....”.

- c. W dniu 21 marca 2017 r. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia podlegającej na zmianie terminu składania ofert z dnia 24 marca 2017 r. na dzień 28 marca 2017 roku, co było wynikiem realizacji obowiązku zachowania przez Zamawiającego zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i umożliwienia im zapoznania się z treścią odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego.

- d. W przygotowanej przez Departament ds. Regionalnego Programu Operacyjnego Wydział Kontroli Zamówień Publicznych Informacji Pokontrolnej z dnia 20 listopada 2017 r. (określanej dalej w skrócie jako „instytucja zarządzająca”), w ramach zaleceń pokontrolnych wskazano, że wydatki kwalifikowane z faktur w ramach umowy nr (...) należy pomniejszyć o 5%. Wartość wynagrodzenia z tytułu ww. umowy wyniosła 101.991,60 zł, co oznacza, że doszło do pomniejszenia wydatków kwalifikowanych o kwotę 5.099,58 zł. Podkreślić należy, że stanowisko instytucji zarządzającej było wielokrotnie przez (...)OG kwestionowane. Podkreślić należy z całą mocą, że instytucja zarządzająca nie jest bowiem uprawniona do dokonywania wykładni przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Jednocześnie należy zauważyć, że instytucja ta nie uwzględniania jakichkolwiek wyjaśnień zamawiających (nie tylko w tym konkretnym przypadku i jest to fakt notoryjny), którzy niejednokrotnie, mając na uwadze rozbieżne interpretacje przepisów, także i przez sądy, czy to administracyjne, czy też powszechne, pozbawieni są jakiegokolwiek wiążącej wykładni przepisów prawa zamówień publicznych, a tym samym pozostawieni są sami sobie w swoich poczynaniach, co skutkuje niejednokrotnie narażeniem się na zarzut postępowania niezgodnego z prawem, tak jak w niniejszej sprawie, z którym to zarzutem oczywiście z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu zgodzić się w najmniejszym zakresie nie można.

W kontekście niniejszej sprawy, w tym powszechnie znanego i notoryjnego postępowania instytucji zarządzającej, wskazać należy na jeszcze jeden aspekt, bardzo istotny z punktu widzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a mianowicie, że prowadzenie sporów z instytucją zarządzającą i podejmowanie prób udowodnienia racji Zamawiającego, niestety - z punktu widzenia kosztów prowadzenia sporu oraz ryzyk z nim związanych - mija się z celem. Wynika to bowiem z: a) braku akceptowania wyjaśnień Zamawiającego, b) przedłużenia początkowego terminu biegu trwałości projektów unijnych, c) kosztów takiego postępowania (nakład pracy pracowników, wpis sądowy, koszty zastępstwa przez profesjonalnych pełnomocników w postępowaniu sądowoadministracyjnym). Prowadzenie w szerszym zakresie polemiki z instytucją zarządzającą, a zwłaszcza doprowadzenie do sporu przed sądem administracyjnym, jest sprzeczne z zasadami finansów publicznych (celowości i planowości), ponieważ - co jest powszechnie wiadome - postępowania przed instytucją zarządzającą, a następnie sądem administracyjnym, toczą się niezmiernie długo (przyjmując, że sprawa zakończy się tylko po rozpoznaniu sprawy przez WSA i NSA, czyli kiedy np. sprawa nie zostanie przekazana przez NSA do ponownego rozpoznania, jest to okres co najmniej 2 lat), pomijając już etap postępowania administracyjnego związanego z wydawaniem i ewentualnym kwestionowaniem decyzji administracyjnych w przedmiocie korekt finansowych wydawanych przez instytucję zarządzającą. Prowadzenie postępowania przed sądem skutkuje tym, że płatność końcowa następuje po prawomocnym zakończeniu sporu sądowego, czyli po kilku latach, a więc dopiero po tym okresie rozpoczyna się okres trwałości projektu.

6. Co do SIWZ, udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie Wykonawcy oraz braku konieczności zmiany jej treści, a tym samym braku konieczności zmiany ogłoszenia, podnieść należy, co następuje:
 - a. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest najistotniejszym dokumentem, w którym zamawiający określa kluczowe zasady prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jej konstrukcji Zamawiający powinien poświęcić szczególnie dużo uwagi. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
 - b. Mimo dołożenia szczególnej staranności zdarzyć się mogą przypadki, gdy opis przedmiotu zamówienia będzie zawierał niedostatecznie jasne sformułowania lub też błędy. W takich przypadkach zastosowanie mają przepisy art. 38 p.z.p., które z jednej strony dają wykonawcom możliwość wystąpienia do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz, z drugiej zaś pozwalają zamawiającemu skorygować postępowanie poprzez udzielenie odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania lub dokonanie modyfikacji treści specyfikacji. Zgodnie z art. 38 ust. 1 p.z.p. wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zaś jest obowiązany udzielić stosownych wyjaśnień, o ile wniosek wykonawcy zostanie złożony w odpowiednim terminie.

- c. Tak też wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2011 r. (...), zgodnie z którym zamawiający musi mieć świadomość, że dokument jakim jest SIWZ ma istotne znaczenie w procesie udzielenia zamówienia publicznego, zaś zadawane pytania w toku postępowania winny być poddane wnikliwej analizie z korzyścią nie tylko dla uczestników, którzy zamierzają złożyć ofertę, ale i dla samego zamawiającego.
- d. W tym kontekście wskazuję raz jeszcze na treść SIWZ, cytuję:

Wykonawca złoży oświadczenie w zadaniu częściowym nr 5, że posiada autoryzację producenta na sprzedaż i serwis oferowanych stacji roboczych.
oraz udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane przez Wykonawcę pytanie, cytuję:

Zamawiający wyraża zgodę na udział Wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta.

Nie można nie zauważyć, że analiza treści cytowanych wyżej fragmentów wskazuje, co następuje.

Zamawiający przyjął w SIWZ, że wykonawca posiada autoryzację producenta na sprzedaż i serwis oferowanych stacji roboczych. Powyższe nie oznacza jednak - stosownie do treści obowiązujących przepisów PZP oraz samej SIWZ, że to bezpośrednio wykonawca miał spełniać te warunki. Zgodnie bowiem z obowiązującymi przepisami PZP i SIWZ mógł przecież skorzystać z potencjału innych (pod-) wykonawców, tym samym nie był on [wykonawca] zobligowany do osobistego spełnienia tego wymogu, tym bardziej, że sam Zamawiający dopuścił możliwość wykonania przedmiotowego zamówienia przy pomocy podwykonawców. Mając na uwadze powyższe, stwierdzenie przez Zamawiającego w udzielonej odpowiedzi, że wyraża zgodę na udział w postępowaniu wykonawców posiadających samą autoryzację producenta na sprzedaż sprzętu pod warunkiem, że serwis oferowanego sprzętu będzie świadczony przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta, w żaden sposób nie ograniczyło konkurencji, ani też nie skutkowało koniecznością zmiany SIWZ, a co za tym idzie ogłoszenia. Było to jedynie doprecyzowanie, wyjaśnienie postanowienia SIWZ w kontekście serwisu, który musi mieć charakter autoryzowany - to było bowiem dla Zamawiającego istotne. Nie było natomiast istotne, jaki podmiot ten serwis - podkreślmy autoryzowany - będzie świadczył. Skoro bowiem Zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca miał autoryzację na serwis, to brak jest podstaw do twierdzenia, że tenże serwis nie mógł być świadczony przez samego, niebędącego wykonawcą, producenta

(jako podmiotu udzielającego autoryzacji) lub przez autoryzowanego partnera serwisowego producenta.

Na marginesie: powyższe okoliczności ponoszone przez Obwinionego w ogóle nie zostały przez RKO rozważone.

Tym samym brak podstaw do stawiania z powyższego tytułu zarzutu Obwinionemu.

Wskazać należy, że sama treść zadanego przez Wykonawcę pytania nie zmierzała do zmiany treści SIWZ, czego potwierdzeniem jest zdanie w pytaniu Wykonawcy, cyt.: Sprzęt jest produkowany przez producenta i serwis świadczony jest przez tego samego producenta poprzez autoryzowany serwis. Powyższe zdanie wskazuje jednoznacznie, że wykonawca poprzez zadane pytanie chciał uzyskać dodatkowe potwierdzenie swego rozumienia treści SIWZ.

Podkreślić też należy, że w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 20 str. 41 SIWZ) w warunkach gwarancji oraz rękojmi Zamawiający dopuścił możliwość naprawy sprzętu przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta. Wyrażenie zgody na udział Wykonawców posiadających samą autoryzację na sprzedaż sprzętu objętego gwarancją producenta umożliwiło uczestnictwo w postępowaniu wykonawcom mających status autoryzowanego dystrybutora, a nie posiadającego własnej sieci serwisowej. W tym przypadku Zamawiający - mając na uwadze zasady zamówień publicznych - nie chciał zawęzić rynku potencjalnych wykonawców. Na marginesie zauważyć należy, że z praktycznego doświadczenia również wynika, że usługi serwisowe świadczone bezpośrednio przez producenta są na wyższym poziomie od serwisu świadczonego przez autoryzowane punkty serwisowe.

- e. W dalszej kolejności wskazać należy, że RKO nie odnosiła się do przedstawionego przez Obwinionego orzecznictwa KIO, które jednoznacznie potwierdza, że Obwiniony działał w sposób w pełni zgodny z prawem.
7. Obwiniony i jego pełnomocnik w pismach kierowanych do RKO wskazali na stan prawny w zakresie rozmazanej granicy pomiędzy udzielanymi przez Zamawiającego (w tym i Obwinionego) odpowiedziami i ewentualną zmianą SIWZ oraz ewentualną koniecznością zmiany ogłoszenia. RKO również nie poczyniła żadnych rozważań w tym przedmiocie. Co świadczy tylko o arbitralnym rozstrzygnięciu RKO. W pismach tych wskazywano, że art. 38 ust. 4 p.z.p. stanowi, iż w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić należy, że przepisy ustawy nie wskazują w jakich przypadkach zamawiający powinien udzielić wyjaśnień, a w jakich wykorzystać modyfikację treści SIWZ. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 7 sierpnia 2013 r. (KIO 1794/13) w przepisach art. 38 p.z.p. nie sformułowano literalnie granicy dzielącej wyjaśnienia treści SIWZ, o których stanowi ust. 1, od zmiany treści, o której stanowi ust. 4. Analizując

orzecznictwo KIO, należy bez cienia wątpliwości przyjąć, że udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia nawet bez dokonywania modyfikacji zapisów SIWZ, są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i stanowią obowiązującą wykładnię jej treści. Tak też stwierdza się w wyroku KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r. (KIO 1648/11), zgodnie z brzmieniem którego nie ma wątpliwości, że wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację. Podobnie stanowi wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r. (KIO 28/11) mówiący, że udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem zapisu o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców, niezależnie od tego czy została dokonana modyfikacja SIWZ, a także wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r. (KIO 387/11), zgodnie z którym wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich, w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu. Udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem regulacji o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców niezależnie od tego, czy została dokonana modyfikacja SIWZ. Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, wyjaśnienia lub wyjaśnienia poczynione przez samego Zamawiającego stają się wiążące dla wykonawców, bowiem ich istotą jest uzupełnienie SIWZ poprzez jej skonkretyzowanie, dopuszczenie innego parametru itp.

W powyższym zakresie RKO nie poczyniła żadnych ustaleń i nie odniosła się do prezentowanych poglądów. [...]"

Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca (GKO) wskazuje, iż podziela referowane powyżej ustalenia faktyczne dokonane przez RKO i uznaje je za własne, wskazując przy tym, iż ustalony stan faktyczny nie był sporny (sporna była jedynie kwalifikacji odpowiedzi z dnia 21 marca 2017 r. jako zmiany treści SIWZ czy jedynie interpretacji treści SIWZ). GKO podziela również ustalenia RKO i ocenę w zakresie przepisów, które znajdują zastosowanie w sprawie.

GKO w pełni podziela dokonaną przez RKO kwalifikacją prawną ustalonych okoliczności faktycznych i podaną w tym zakresie argumentację. W szczególności GKO aprobuje i podtrzymuje stanowisko, co do przypisania Obwinionemu winy, albowiem zgodzić się należy, że w chwili popełnienia przypisanego czynu istniała możliwości alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa a polegałoby ono na opublikowaniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zmienionej treści ogłoszenia o zamówieniu wynikającej ze zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej warunków udziału w

postępowaniu. GKO aprobuje także zastosowania nadzwyczajnego środka jakim jest odstąpienie od wymierzenia kary.

W przedmiocie oceny stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych, w świetle art. 28 uoondfp, biorąc pod uwagę sposób naruszenia dyscypliny finansów publicznych, okoliczności popełnienia oraz jego wagę i skutki, GKO wskazuje, iż w rozpatrywanym przypadku nie zachodzą przesłanki do stwierdzenia, że przypisany czyn Obwinionemu znikomego był znikomo szkodliwy dla finansów publicznych. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych typizowane i penalizowane w art. 17 uoondfp, już samo w sobie uznawane jest za potencjalnie groźne dla ładu finansów publicznych, którego filarem jest umowne wydatkowanie środków publicznych zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych. Przy ocenie stopnia szkodliwości w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 (art. 28 ust 3 uoondfp) uwzględnia się sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym dla uznania znikomej szkodliwości tego typu deliktów konieczne byłoby wystąpienie szczególnych i wyjątkowych okoliczności, np. związanych z niewielką wagą naruszenia czy brakiem naruszenia wskazanych powyżej zasad. Tymczasem w rozpatrywanym przypadku naruszenie było dość typowe i dotyczyło istotnych obowiązków publikacyjnych w sprawie warunków zamówienia. Natomiast skutkiem braku publikacji ogłoszenia o „liberalizacji” warunków udziału w postępowaniu było zmniejszenie kręgu podmiotów zainteresowanych zamówieniem (np. o podmioty, które nie mogły lub nie zamierzały wykazywać spełniania przedmiotowego warunku przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego).

GKO za niezasadne uznaje zarzuty Odwołującego o jakichkolwiek wadach formalnych uzasadnienia orzeczenia RKO. Odwołujący zdaje się mylić wynikający z art. 137 ust. 2 uoondfp obowiązek wskazania faktów i okoliczności, które skład orzekający miał na względzie wydając orzeczenie, z odniesieniem się do wszystkich twierdzeń i argumentów strony. Z przepisów w żadnym razie nie wynika obowiązek polemizowania w uzasadnieniu orzeczenia z wszystkimi, nawet najbardziej nieracjonalnymi i nieistotnymi dla sprawy argumentami prawnymi podnoszonymi przez strony.

Orzeczenie RKO spełnia wszystkie wymogi ww. przepisu, które sprowadzają się do wymogu wskazania i przedstawienia ustaleń faktycznych w sprawie oraz objaśnienia dokonanej subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod daną normę prawną (wraz z jej wskazaniem i ewentualną wykładnią). W rozpatrywanej sprawie, w sposób jak najbardziej spójny, logiczny i kompletny, RKO przedstawiła z jakich względów uznaje, iż udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie wykonawcy stanowiła modyfikację SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, które zostały zamieszczone również w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz jaka norma prawna została w tym przypadku naruszona przez zaniechanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie.

GKO zauważa, iż złożone wypowiedzi normatywne wyrażane w języku potocznym przeważnie mogą podlegać różnym interpretacjom logicznym. Jednakże w rozpatrywanym przypadku nie występują żadne kontrowersje, co do znaczenia pierwotnego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V. 5.1.2.1 SIWZ oraz stosunku w jakim pozostaje do

treści tego warunku odpowiedź z dnia 21 marca 2017 r., a żadne formalizacje i pogłębione wykładnie nie są potrzebne dla stwierdzenia niezasadności stanowiska Odwołującego o dokonaniu jedynie interpretacji i wyjaśnienia treści SIWZ. Wystarczy tu oczywista intuicja logiczna i prosta konstatacja, że pierwotna treść przedmiotowego warunku była jasna i zrozumiała, natomiast podmiotowe żądanie jednoczesnej autoryzacji producenta dla wykonawcy na sprzedaż oraz autoryzacji producenta dla wykonawcy na serwis, nie jest równoważne do podmiotowego żądania samej autoryzacji producenta dla wykonawcy na sprzedaż oraz przedmiotowego żądania, aby w trakcie realizacji zamówienia serwis wykonywał za pomocą podmiotów posiadających autoryzację producenta. Jeśli więc pierwotnie Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał przymiot autoryzowanego serwisu, a następnie z takiego wymogu zrezygnował, to w ten sposób ewidentnie materialnie zmienił warunek udziału w postępowaniu. Z tych względów odpowiedź z dnia 21 marca 2017 r. nie może być zakwalifikowana jako doprecyzowanie postanowień SIWZ, ale jest w istocie ich zmianą.

Na marginesie GKO wskazuje, iż podnoszona przez Odwołującego, a wynikająca z przepisów prawa (art. 22a Pzp) możliwość wykazywania spełniania warunków przy pomocy potencjału podmiotów trzecich jest okolicznością formalną, tzn. dotyczy sposobu w jaki wykonawca wykazuje spełnianie wymagań zamawiającego dotyczących dopuszczenia do udziału w postępowaniu, nie dotyczy natomiast materialnej treści warunków. Ponadto warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do cech podmiotowych wykonawcy (lub cech podmiotów trzecich, którymi wykonawca będzie się posługiwał), są kwestią odrębną od przedmiotowych wymagań, co do sposobu wykonania zamówienia. Czym innym jest więc wymaganie, aby ofertę złożył wykonawca będący autoryzowanym serwisem (ewentualnie wykonawca, który uzyska zobowiązanie autoryzowanego serwisu w sprawie udostępnienia potencjału powiązane z zapewnieniem udziału autoryzowanego serwisu w realizacji zamówienia), a czym innym dopuszczenie do udziału w postępowaniu jakichkolwiek wykonawców, którzy autoryzowane wsparcie serwisowe będą zapewniać sobie dopiero na etapie realizacji zamówienia w odniesieniu do czynności naprawczych, które takiego wsparcia wymagają.

Rozpatrywaną sytuację można podsumować w ten sposób, iż ze stanowiska przedstawionego w odwołaniu wynika, że pierwotne warunki postępowania w zakresie wymagania od wykonawców posiadania statusu autoryzowanego serwisu producenta w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia były nadmierne oraz niezgodne z rzeczywistymi intencjami Zamawiającego, i słusznie postąpił Zamawiający dokonując ich modyfikacji (rezygnując z tego wymogu). Jednakże naruszył przy tym art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych przez niedokonanie adekwatnej zmiany ogłoszenia o zamówienia, z którego w pierwszej kolejności wykonawcy czerpią wiedzę o przetargu i na podstawie którego podejmują decyzję, co do zainteresowania tym postępowaniem.

Z opisanych wyżej względów orzeczenie popełnienia czynu z art.17 ust.1 pkt 5 uoondfp było jak najbardziej zasadne, a GKO podziela wszystkie ustalenia RKO w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.