



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 22 października 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Zastępca Przewodniczącego</i>	<i>Wojciech Robaczyński (spr.)</i>
	<i>GKO:</i>	
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Klaudia Stelmaszczyk</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Gryśka</i>
Protokolant:		<i>Dorota Machnicka</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 22 października 2015 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionych:

- 1) (Obwiniony)- pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Dyrektora Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w (...);
 - 2) (Obwiniona)- pełniącej w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w (...);
- od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 8 maja 2015 r., sygn. akt: RKO-522/5/15, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała:

-Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na opisanu w dniu 6 sierpnia 2012 roku przedmiotu zamówienia w postępowaniu oznaczonym nr (...) przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie i realizację regionalnej kampanii informacyjnej pod roboczym tytułem: „Opieka i wsparcie osób zależnych - wyzwanie i szansa dla młodego pokolenia”, wraz z raportem jej przeprowadzenia” w związku z realizowanym przez jednostkę projektem pt. „Szkolenie i doskonalenie zawodowe kadr pomocy społecznej”, współfinansowanym ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach działania 7.1 Program Operacyjny Kapitał Ludzki, w sposób niejednoznaczny i wyczerpujący, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję polegający na wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia możliwości jego modyfikacji w drodze oświadczenia woli zamawiającego złożonego po zawarciu umowy w zakresie treści świadczenia wykonawcy oraz wysokości jego wynagrodzenia, niejednoznaczne wprowadzenie jako punktu odniesienia dla oceny prawidłowości ofert kwoty 150.000,00 zł maksymalnych kosztów kampanii informacyjnej, określanej w części specyfikacji jako kwota maksymalna, w innej części jako kwota przybliżona a rozumianej przez zamawiającego jako kwota sztywna, doprowadzenia do nieporównywalności ofert na skutek wprowadzenia sztucznego i nie mającego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego warunku zaoferowania wynagrodzenia wykonawcy, które to wynagrodzenie na etapie składania ofert musiało przewyższać kwotę 150.000 zł pod rygorem odrzucenia oferty, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez uniemożliwienie porównania ofert i ograniczyło czynności zamawiającego do zbadania czy wykonawca w łącznej oferowanej cenie zamówienia uwzględnił ww. kwotę sztywną kosztów,

-Obwinioną (...) odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 13 pkt 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na tym, że w dniu 9 października 2012 roku zawarła umowę nr (...) na opracowanie i realizację kampanii informacyjnej zgodnie z umową a następnie zatwierdziła do zapłaty w dniu 11 grudnia 2012 r. faktury VAT Nr 464/12/2012 FVS z dnia 7.12.2012 r. Agencji Reklamowej (...) za opracowanie i realizację kampanii informacyjnej zgodnie z umową nr 128/2012 z dnia 09.10.2012 r., na kwotę 155,445,00 zł brutto, która w części obejmującej kwotę 132.128,25 zł stanowiącą 85% jej wartości została zapłacona ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego, czym zdecydowała o wykorzystaniu środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu określonych przepisami o zamówieniach publicznych polegających na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i niejednoznaczny, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję,

oraz wymierzyła każdemu z Obwinionych karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości po 291,71zł;

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) uchyla w całości zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę do ponownego

rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z dnia 8 maja 2015 r. (sygn. akt RKO-522/5/15) Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (dalej: „RKO” lub „Komisja Orzekająca I instancji”) uznała:

1. Obwinionego - zatrudnionego w okresie od 1 kwietnia 2011 r. do 16 grudnia 2012 r. na stanowisku p.o. Zastępcy Dyrektora, a od dnia 17 grudnia 2012 r. pełniącego funkcję Zastępcy Dyrektora Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w (...) - na podstawie art. 135 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), zwanej dalej „ustawą”, odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy, polegające na opisanu w dniu 6 sierpnia 2012 roku przedmiotu zamówienia w postępowaniu, oznaczonym nr (...), przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na „Opracowanie i realizację regionalnej kampanii informacyjnej pod roboczym tytułem: „Opieka i wsparcie osób zależnych - wyzwanie i szansa dla młodego pokolenia”, wraz z raportem jej przeprowadzenia”, w związku z realizowanym przez jednostkę projektem pt. „Szkolenie i doskonalenie zawodowe kadr pomocy społecznej”, współfinansowanym ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach działania 7.1 Program Operacyjny Kapitał Ludzki, w sposób niejednoznaczny i wyczerpujący, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, polegający na wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia możliwości jego modyfikacji w drodze oświadczenia woli zamawiającego złożonego po zawarciu umowy w zakresie treści świadczenia wykonawcy oraz wysokości jego wynagrodzenia, niejednoznaczne wprowadzenie jako punktu odniesienia dla oceny prawidłowości ofert kwoty 150.000,00 zł maksymalnych kosztów kampanii informacyjnej, określanej w części specyfikacji jako kwota maksymalna, w innej części jako kwota przybliżona a rozumianej przez zamawiającego jako kwota sztywna, doprowadzenie do nieporównywalności ofert na skutek wprowadzenia sztucznego i nie mającego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego warunku zaoferowania wynagrodzenia wykonawcy, które to wynagrodzenie na etapie składania ofert musiało przewyższać kwotę 150.000 zł pod rygorem odrzucenia oferty, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez uniemożliwienie porównania ofert i ograniczyło czynności zamawiającego do zbadania czy wykonawca w łącznej oferowanej cenie zamówienia uwzględnił ww. kwotę sztywną kosztów, i za to na podstawie art. 33 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia,
2. Obwinioną, pełniącą od dnia 1 czerwca 2009 r. funkcję Dyrektora Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w(...), na podstawie art. 135 ustawy odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 13 pkt 6 ustawy, polegające na tym, że jako Dyrektor Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w (...) w dniu 9 października 2012 roku zawarła umowę nr (...)na opracowanie i realizację kampanii informacyjnej zgodnie z umową a następnie zatwierdziła do zapłaty w dniu 11 grudnia 2012 r. faktury VAT Nr (...)z

dnia 7.12.2012 r. Agencji Reklamowej (...)za opracowanie i realizację kampanii informacyjnej zgodnie z umową nr 128/2012 z dnia 09.10.2012 r., na kwotę 155,445,00 zł brutto, która w części obejmującej kwotę 132.128,25 zł stanowiącą 85% jej wartości została zapłacona ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego, czym zdecydowała o wykorzystaniu środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, określonych przepisami o zamówieniach publicznych, polegającym na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i niejednoznaczny, w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, i za to na podstawie art. 33 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy wymierzyła Obwinionej (...) karę upomnienia,

3. Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy obciążyła oboje Obwinionych obowiązkiem uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości po 291,71zł.

W toku postępowania ustalono, że Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w (...) (dalej: ROPS) udzielił zamówienia publicznego na usługi polegające na opracowaniu i realizacji regionalnej kampanii informacyjnej pod roboczym tytułem: „Opieka i wsparcie osób zależnych - wyzwanie i szansa dla młodego pokolenia”, wraz z raportem z jej przeprowadzenia. Na podstawie upoważnienia z dnia 3 sierpnia 2012 r., Dyrektor ROPS Obwiniona upoważniła Obwinionego, zatrudnionego na stanowisku p.o. Zastępcy Dyrektora ROPS do podejmowania wszelkich czynności związanych z przygotowaniem postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych oraz wszelkich czynności w tych postępowaniach, zastrzeżonych dla Kierownika Zamawiającego. Obwiniony zatwierdził wniosek o udzielenie zamówienia i Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w SIWZ, formularzu ofertowym, projekcie umowy i załączniku do projektu umowy, wskazywał, że na przedmiot zamówienia składają się: opracowanie strategii kampanii informacyjnej, obejmującej swoim zasięgiem obszar województwa małopolskiego, wraz z doбором i zaplanowaniem odpowiednich narzędzi promocji, przygotowanie „Planu kampanii” zawierającego: strategię, dobór mediów oraz harmonogram działań promocyjnych i przedstawienie go do akceptacji zamawiającego, uzgodnienie z zamawiającym ostatecznej wersji „Planu kampanii”, realizacja kampanii informacyjnej, w oparciu o zaakceptowany przez zamawiającego „Plan kampanii”, przygotowanie raportu z przeprowadzenia kampanii informacyjnej oraz dostarczenie raportu zamawiającemu. W załączniku do umowy zamawiający opisał szczegółowo przedmiot zamówienia wskazując uzasadnienie przeprowadzenia kampanii, jej cele ogólne i szczegółowe. Zamawiający określił również narzędzia promocyjne. Kampania powinna mieć zasięg regionalny oraz zakłada wykorzystanie takich kanałów komunikacji, jak m.in.: media społecznościowe, internet, telewizja regionalna, radio regionalne, prasa regionalna i lokalna, szeroko rozumiany outdoor, nośniki w środkach komunikacji miejskiej, lub inne niestandardowe formy dotarcia do zdefiniowanej grupy docelowej.

Zamawiający wskazał, że w ramach opracowania planu kampanii oczekuje opisu koncepcji przeprowadzenia kampanii i założeń medialnych, zaproponowanie optymalnego wykorzystania mediów jednego bądź kilku równocześnie /telewizja regionalna, radio regionalne najczęściej słuchane przez grupę docelową, prasa regionalna, internet, media outdoorowe/, ewentualnie propozycja działań niestandardowych, które będą wynikać z posiadanej wiedzy analitycznej, przedstawienie wstępnych projektów (np. wizualizacja, projekt scenariusza, wstępny projekt plakatu, scenariusz krótkiego filmu promocyjnego itp. - w zależności od przyjętych koncepcji i założeń), wskazanie kosztów dotarcia do grupy docelowej wraz z podziałem budżetu i doбором narzędzi marketingowych (priorytetem w

dobrze nośników w kampanii powinna być optymalizacja zasięgu efektywnego w grupie docelowej oraz kosztów jego osiągnięcia). Dalej zamawiający sprecyzował wymogi co do poszczególnych mediów, które mogą być wykorzystane w kampanii.

W zakresie wynagrodzenia wzór umowy zawiera postanowienia, zgodnie z którymi wynagrodzenie obejmuje:

1) wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu opracowania i realizacji kampanii informacyjnej, oraz opracowania raportu z jej realizacji;

2) wszelkie koszty realizacji kampanii informacyjnej przez Wykonawcę, w kwocie, nie wyższej niż 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy) brutto.

Zgodnie z dalszymi zapisami projektu umowy, ostateczną decyzję co do wysokości kosztów realizacji kampanii podejmie zamawiający akceptując „Plan kampanii”, informując o tym Wykonawcę na piśmie. RKO stwierdziła, że tak ustalone wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem ostatecznym, ponieważ zamawiający zobowiązuje się zapłacić wynagrodzenie w kwocie stanowiącej sumę wynagrodzenia „właściwego” oraz rzeczywistych kosztów realizacji kampanii informacyjnej wyłącznie w wysokości wynikającej z przedstawionych kopii faktur lub innych dokumentów księgowych oraz dokumentów potwierdzających poniesienie tych kosztów.

W formularzu ofertowym zamawiający wskazał „cena brutto powinna uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej.”

W załączniku do umowy zamawiający wskazał natomiast, że „budżet kampanii wynosi ok. 150 000 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych)/ koszt realizacji zadań nie uwzględnia wynagrodzenia Wykonawcy/. Decyzję o ostatecznym budżecie kampanii Zamawiający podejmie akceptując „Plan kampanii”.

W zakresie podmiotowym Komisja Orzekająca I instancji zwróciła uwagę, że w oparciu o protokół postępowania nie sposób jest ustalić, kto dokonał w rzeczywistości opisu przedmiotu zamówienia. Z protokołu postępowania wynika, że opisu dokonała (...)– pracownik zamawiającego, Nie potwierdzają tego ani wyjaśnienia Obwinionych, ani treści procedur obowiązujących u zamawiającego. Nie wynika z nich, że pracownik lub komisja przetargowa dokonują opisu przedmiotu zamówienia. Skoro zamawiający nie powierzył ani komisji przetargowej ani pracownikowi dokonania czynności opisu przedmiotu zamówienia, przyjęć należy że czynność ta była dokonywana przez kierownika zamawiającego jako osobę, która zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej także „Pzp”) , odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Na taką konstrukcję wskazuje też zapis, zgodnie z którym komisja przetargowa przygotowuje tylko projekt SIWZ. Jak wynika z adnotacji poczynionych na dokumentacji postępowania czynności te wykonywał w zastępstwie dyrektora Obwiniony. Natomiast umowę w sprawie zamówienia zawarła Obwiniona. Ona też podjęła decyzję o wydatkowaniu środków publicznych.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, że, jak wskazuje się w doktrynie, „podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem

zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione”.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r., KIO/UZP 1447/10, „Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. Wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji przetargowej, poprzedzający przedmiot następnie zawieranej umowy nie podlega, po wyborze oferty najkorzystniejszej, negocjacom, dookreśleniom ani innym zabiegom mających na celu sprecyzowanie przedmiotu a zakres świadczenia jaki został zaoferowany przez wykonawcę musi być tożsamy z tym zawartym w umowie. (...)”.

Komisja Orzekająca I instancji zauważyła, że na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, 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 naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Wobec zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej czterema ustawami od dnia popełnienia czynu do dnia orzekania RKO rozważyła wpływ tych zmian na zakres odpowiedzialności Obwinionych i takiego wpływu się nie dopatrzyła. Tym samym za podstawę odpowiedzialności przyjęła ustawę Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania.

Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu na usługi polegające na opracowaniu i realizacji regionalnej kampanii informacyjnej pod roboczym tytułem: „Opieka i wsparcie osób zależnych - wyzwanie i szansa dla młodego pokolenia”, wraz z raportem z jej przeprowadzenia narusza szereg przepisów prawa, w tym ustawy o finansach publicznych, Prawa zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego. Opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie, w jakim z zapisów projektu umowy wynika, że zamawiający wprost przewiduje, że po wyborze najkorzystniejszej oferty i podpisaniu umowy przystąpi, do narzucenia własnej ceny za ustalony przez siebie przedmiot zamówienia, który może odbiegać do przedmiotu zaoferowanego. Nie sposób bowiem inaczej rozumieć postanowienia: „Przy czym ostateczną decyzję co do wysokości kosztów realizacji kampanii Zamawiający podejmie akceptując „Plan kampanii”, informując o tym Wykonawcę na piśmie.”. Zamawiający ignoruje istotę zamówień publicznych, treść oferty i skutki prawne wynikające z zawartej umowy. Nie po to wybiera się ofertę z określoną ceną, aby następnie zmieniać ją według uznania zamawiającego. I nie chodzi tu, jak akcentują to Obwinieni, o jakąkolwiek dbałość o stan finansów publicznych. O finanse publiczne zamawiający winien dbać dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o prawidłowo opisany przedmiot zamówienia, a nie zmieniając treść oferty w drodze jednostronnego oświadczenia woli. Po podpisaniu umowy, przy bezskutecznym prawie odstąpienia, troska ta jest wyłącznie pozorna. Z treści projektu umowy wynika jednoznacznie, że zamawiający oczekuje od wykonawców, że wskażą jakąś kwotę ponad 150 tys. zł, ale kwota ta nie ma żadnego znaczenia, bo zamawiający ustali ją na nowo. Zachowa jak się zdaje tylko różnicę pomiędzy ceną oferty, a kwotą 150 tys. zł i doda ją do kwoty przez siebie ustalonej, co w niczym nie zmienia faktu, że ostateczna wysokość wynagrodzenia zależy wyłącznie od zamawiającego, a nie od wykonawcy. Z projektu umowy nie wynika czym zamawiający się będzie kierował, w jakie elementy i w jakim zakresie będzie ingerował. Po prostu – ustali kwotę kosztów. Oczywiście kwota ta nie będzie miała znaczenia dla ostatecznego rozliczenia, które mimo zapisów o ryczałtowym charakterze, będzie miało charakter kosztorysowy – zapłacone bowiem nie zostaną koszty ustalone przez zamawiającego, ale wyłącznie koszty faktycznie poniesione

przy czym nie jest jasne, czy do wysokości oferty, czy do wysokości kwoty ustalonej przez Zamawiającego.

Zdaniem RKO, z tego powodu należy przyjąć, że opis przedmiotu zamówienia „w sposób oczywisty i rażąco narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp”. Składając ofertę wykonawca bowiem nie wie, co i na jakich warunkach zamawia zamawiający. Nie wie, na ile kształt kampanii zmieni się w stosunku do projektowanego przez wykonawcę na etapie składania oferty. Nie wie, czym się będzie kierował zamawiający, jaki będzie zakres jego ingerencji. Istotą SIWZ, istotą opisu przedmiotu zamówienia jest to, że wykonawca ma pełen zestaw informacji, który pozwala mu ocenić co i za jakie wynagrodzenie będzie świadczył (zasada zupełności opisu przedmiotu zamówienia). Czytając opis przedmiotu zamówienia i dokonując kalkulacji ceny, wykonawca musi poczynić pewne założenia co do tego, jakie czynności podejmie i jakie w związku z tym koszty poniesie. W zamówieniu ogłoszonym przez zamawiającego wykonawca jest pozbawiony swojego podstawowego uprawnienia, co w sposób rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji. Jego kalkulacje i założenia nie mają znaczenia. Co więcej, treść jego oferty też nie ma znaczenia. W jakiś niezrozumiały sposób zamawiający przyjmuje bowiem, że treść tej oferty po podpisaniu umowy może zostać zmodyfikowana przez zamawiającego jednostronnym oświadczeniem woli, celem spełniania jego oczekiwań. Wykonawca w istocie nie jest w ogóle w stanie złożyć skutecznego oświadczenia woli, ponieważ to, co będzie efektem umowy, nie jest zgodne z tym co będzie jej przedmiotem i nie jest zgodne z tym, co oferuje wykonawca w ofercie. To co będzie przedmiotem zamówienia, ustali zamawiający. Oprócz szczegółów przedmiotu zamówienia, ustali on również pułap kosztów za jakie jego oczekiwania mogą zostać zrealizowane.

Wykonawca zachowując się racjonalnie i profesjonalnie, w odpowiedzi na pytanie, ile może kosztować opracowanie i przeprowadzenie kampanii na określony temat, dobiera choćby w uproszczony sposób zestaw narzędzi promocyjnych i je wycenia. Tym bardziej kalkulacja taka jest czyniona na etapie złożenia oferty. A zatem odpowiadając na zaproszenie do składania ofert i oświadczając, że oferuje przedmiot zgodny z SIWZ za określoną cenę wykonawca oferuje wykonanie kampanii w określonym kształcie. Okazuje się, że to oświadczenie nie ma znaczenia, bo zarówno przedmiot, jak i cena, są jednostronną decyzją zamawiającego, mogą się zmienić i krańcowo odstawać od treści oświadczenia wykonawcy.

W konsekwencji Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, że przy takim opisie przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że zarówno kształt kampanii, jak i wysokość kosztów, nie zależy od oferty wykonawcy, ale od woli zamawiającego, komunikowanej po zawarciu umowy i wiążącej wykonawcę, zamawiający w sposób rażąco naruszył przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, pozbawił wykonawcę możliwości złożenia oferty, z którą zgodny będzie przedmiot umowy. Zapisy SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ nie precyzują minimalnego zakresu świadczenia wykonawcy, które jest przedmiotem jego oferty i będzie wykonane za wynagrodzeniem wskazanym przez wykonawcę w ofercie, w przypadku jej wyboru. Zarówno zakres świadczenia wykonawcy, jak i warunki finansowe tego świadczenia zależą od wyłącznej woli zamawiającego.

Zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, drugi problem dotyczy niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pojęcia kosztów przeprowadzenia kampanii oraz w zakresie katalogu tych kosztów. Kompletnie również niezrozumiałe jest z jakich powodów i w jakim celu zamawiający dokonuje podziału wynagrodzenia na dwie części, z których jedna jest limitowana przy braku limitu całego wynagrodzenia.

Powyższe prowadzi do nieporównywalności ofert i narusza zasadę uczciwej konkurencji, nakazującej równe traktowanie wykonawców i takie działanie zamawiającego, które nie zamyka bez legalnego uzasadnienia dostępu do zamówienia. Nie można przyjąć, że taka sama kampania informacyjna oferowana przez kilku wykonawców w przypadku jednego z nich nie

spełnia warunków SIWZ, bo koszty są zbyt niskie (owa nieprawidłowość jest pozorna i wynika wyłącznie z przyjętego matematycznego sposobu liczenia wynagrodzenia). Kompletnie też nie wiadomo z jakich powodów zamawiający przywiązuje tak dużą wagę do limitowania jednego elementu wynagrodzenia. Jeżeli bowiem założyć, że w dwóch ofertach wykonawcy proponują podobne wynagrodzenie, które jednak różni się elementami w ten sposób, że koszty w jednej z ofert przekraczają 150.000 zł przy odpowiednim zmniejszeniu wynagrodzenia „właściwego”, a w drugiej są niższe, przy wyższym wynagrodzeniu „właściwym”, dla zamawiającego w istocie nie ma znaczenia podział tego wynagrodzenia. Oczywiście można przyjąć, że miałyby to znaczenie dla kontrolowania kosztów, ale pogląd taki jest całkowicie iluzoryczny. Wystarczy bowiem, że wykonawca skorzysta z rozwiązania wskazanego wyżej dla oferty trzeciej. Zamawiający nie będzie miał żadnych podstaw do zbadania wysokości kosztów i będzie musiał przyjąć to, co wynika z przedłożonej faktury. Takiemu działaniu wykonawcy nie sposób nawet przypisać jakiegokolwiek naruszenia prawa lub zapisów umowy. W tym kontekście stawianie granic dla jednego elementu wynagrodzenia nie wynika z obiektywnej potrzeby zamawiającego i nie znajduje uzasadnienia w przepisie art. 29 ust. 1 Pzp. Zrozumiałym, pod pewnymi warunkami, byłoby wskazanie już na etapie postępowania maksymalnej kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia choćby z powodu limitu zewnętrznego finansowania ale niezrozumiałym jest limitowanie tylko jednego elementu tego wynagrodzenia.

Podsumowując, Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, że brak definicji kosztów i katalogu tych kosztów oraz sposobu ich udokumentowania w zależności od sposobu ich ponoszenia, w kontekście oczekiwanych kosztów minimalnych, powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i prowadzi do nieporównywalności ofert oraz narusza uczciwą konkurencję, albowiem nie jest możliwe wskazanie żadnej obiektywnie uzasadnionej potrzeby wykonawcy, którą takie działanie zamawiającego miałyby realizować.

Ponadto, opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i w ten sposób, że w dwóch różnych miejscach SIWZ, co do tej samej cechy, zamawiający przekazuje rozbieżne informacje.

W formularzu ofertowym zamawiający wskazuje „Uwaga! cena brutto powinna uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej.” Słowo maksymalny w języku polskim zazwyczaj oznacza „nie większy niż”. Zatem zgodne z oczekiwaniem zamawiającego, będzie takie skonstruowanie oferty, w której cena będzie większa od zera i nie większa od 150.000 zł, plus wynagrodzenie wykonawcy za plan, przeprowadzenie i raport z kampanii.

W projekcie umowy stwierdza się, że wynagrodzenie obejmuje, m.in. „wszelkie koszty realizacji kampanii informacyjnej przez wykonawcę, w kwocie, nie wyższej niż 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy) brutto. Przy czym ostateczną decyzję co do wysokości kosztów realizacji kampanii zamawiający podejmie akceptując „Plan kampanii”, informując o tym Wykonawcę na piśmie.” Pomijając zdanie drugie, które jest niedopuszczalne z powodów wyżej wskazanych, również w tym miejscu zamawiający oczekuje, że cena będzie większa od zera i nie większa od 150.000 zł plus wynagrodzenie wykonawcy za plan, przeprowadzenie i raport z kampanii. Natomiast w załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający wskazuje, że „budżet kampanii wynosi ok. 150 000 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych) / koszt realizacji zadań nie uwzględnia wynagrodzenia Wykonawcy/.” Taki zapis oznacza, że koszty mogą być większe od 150.000 zł, mimo że w innych miejscach opisu taka możliwość jest wyłączona. Nie sposób przyjąć, że jakaś część SIWZ jest ważniejsza od innej części, dopóki sam zamawiający, ewentualnie, nie opisz hierarchii poszczególnych elementów SIWZ w przypadku ich sprzeczności. Bez takich zapisów przyjąć należy, że co do najistotniejszego, w kontekście zawartości oświadczenia wykonawcy, od którego zamawiający nie oczekiwał

niczego innego niż podania ceny, elementu opisu przedmiotu zamówienia zachodzi niejednoznaczność. I oczywiście niejednoznaczność ta, gdyby pominąć wyżej wskazane naruszenia art. 29 Pzp, mogła być usunięta w toku postępowania w ten sposób, że zamawiający dopuściłby zarówno oferty, w których koszty nie przekraczały 150.000 zł, jak i te, które kwotę tę przekraczały o wielkość mieszcząca się w rozsądnej interpretacji słowa „około” ale zamawiający tego nie zrobił. Mało tego, zamawiający zmienił na etapie wyboru ofert (względnie ujawnił) jeszcze inną interpretację SIWZ. Oto bowiem przyjął, że kwota 150.000 zł jest sztywna (równocześnie minimalna i maksymalna). Podstaw do takiego rozumowania w treści SIWZ nie sposób wskazać. Gdyby zamawiający w postępowaniu przyjął korzystną dla wykonawców interpretację słowa „około” w kontekście wcześniejszych określeń „maksymalne”, naturalnie nie zmieniłby naruszającego prawo opisu przedmiotu zamówienia ale można by przyjąć, że zapewnił zgodność czynności i tok postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych.

Zdaniem RKO, wyjaśnienia Obwinionych w zakresie rozumienia sformułowania formularza naruszają zasady logiki formalnej i składni języka polskiego. obrońca Obwinionych proponuje bowiem, aby sformułowanie kwota „maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej” rozumieć jako kwotę sztywną. Jak wskazuje obrońca Obwinionych „Zapis ten jednoznacznie wskazuje, że każdy z oferentów w oferowanej cenie powinien uwzględnić kwotę 150 tys. zł brutto kosztów realizacji kampanii informacyjnej. W zapisie tym nie wskazano „kwotę do 150.000 zł brutto”, „kwotę nie większą niż 150.000 zł”, czy też „kwotę maksymalnie 150.000 zł”, lecz sztywno „kwotę 150.000 zł”. (...) Niewątpliwie jednak nie można zapisu „cena brutto powinna uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej” rozumieć jako „cena brutto powinna maksymalnie uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto kosztów realizacji kampanii informacyjnej”.

Zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, taka interpretacja jest błędna. Po pierwsze, nie wolno dokonywać interpretacji zdania w sensie gramatycznym w taki sposób, że pomija się jego część. A takiej interpretacji dokonuje obrońca Obwinionych. Z żadnej części zdania nie wynika, że słowo maksymalna nie odnosi się do kwoty 150.000 zł. Jeżeli zamawiający chciał takie zdanie sformułować, celem jak wskazuje zapewnienia zgodności z SIWZ (nie bardzo tylko wiadomo w której części, skoro w załączniku do umowy używa sformułowania około, a w projekcie umowy wskazuje, że zamawiający sam ustali koszty kampanii), winien napisać „Do wynagrodzenia wykonawcy należy doliczyć kwotę 150.000 zł jako kwotę kosztów kampanii”. Mało tego zapis ten powinien być zawarty w SIWZ w miejscu, w którym wskazuje się sposób obliczenia ceny. Nic takiego nie nastąpiło.

W zakresie odpowiedzialności Obwinionego wskazano, że miał on możliwość opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa i nie sposób wskazać jakiegokolwiek okoliczności, która działanie zgodne z prawem utrudniałaby lub uniemożliwiała. Gdyby nawet przyjąć, że w rzeczywistości Obwiniony nie miał zasadniczego wpływu na treść opisu albowiem oparł się na dokumencie przygotowanym przez pracowników, to w niczym nie umniejsza to jego odpowiedzialności. Skoro bowiem kierownik zamawiającego nie zdecydował się na powierzenie obowiązków w zakresie opisu konkretnemu pracownikowi lub komisji przetargowej, niezależnie do zakresu sprawowanej faktycznie kontroli nad przebiegiem przygotowań postępowania, pozostawił sobie zarówno prawo do modyfikacji tego opisu, jak i przyjął odpowiedzialność za naruszający prawo opis.

W zakresie odpowiedzialności Obwinionej, Komisja Orzekająca I instancji wskazała, że jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dojdzie do nieprawidłowości

wskazanej w art. 17 ustawy i zostaną wykorzystane środki w ramach umowy zawartej po przeprowadzeniu takiego nieprawidłowego postępowania, odpowiedzialność osoby podpisującej umowę jest niejako automatyczna. Przy czym Komisja przyjmuje, że skoro racjonalny ustawodawca w przepisie art. 13 posługuje się różnymi sformułowaniami, należy rozumieć pod tymi sformułowaniami różne desygnaty. Skoro więc w pkt 6 ustawa stanowi o wykorzystaniu, a nie o przekazaniu, wydatkowaniu lub dokonaniem wydatku (jak w art. 11) chodzi zawarcie umowy, w której zamawiający zobowiązuje się do wypłaty świadczenia współfinansowanego ze środków przekazanych ze środków publicznych w ramach projektów finansowanych z użyciem środków unijnych. Gdyby przyjąć, że czyn z punktu 6 art. 13 może popełnić ten kto płaci fakturę z tytułu wynagrodzenia na podstawie umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszającego art. 17 ustawy, przepis ten byłby pusty. Zawsze bowiem byłoby tak, że kierownik zamawiającego musiałby wydatkować środki (wszak wpłynęła faktura) i nie miałby możliwości od tego obowiązku się zwolnić bez naruszenia prawa. A zatem przy takiej interpretacji nigdy jego działanie nie byłoby zawinione. Nie sposób uznać, że racjonalny ustawodawca tworzy normy represyjne, których hipoteza jest niemożliwa do spełnienia więc takie rozumowanie winno zostać odrzucone.

W odniesieniu do kwestii winy Obwinionej w kontekście wzorca powinno zachowania, Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, że Obwiniona eksponuje, iż w istocie nie miała innego wyjścia, jak zapłacić fakturę wystawioną przez wykonawcę. Oczywiście w chwili wykonania zamówienia, bez względu na to w jakim związku z treścią umowy, świadczenie wykonawcy pozostawało, rzeczą zamawiającego jest zapłacić wynagrodzenie. Rzeczywiście w tym momencie Obwinionej pozostało już niewiele możliwości. Ale wcale nie oznaczało to, że wynagrodzenie ma być wypłacone ze środków pochodzących z projektu współfinansowanego ze środków unijnych (co ewentualnie byłoby jedynym przypadkiem uniknięcia odpowiedzialności przy założeniu że wykorzystywanie środków publicznych oznacza wyłącznie ich wydatkowanie).

Nie oznacza to jednak, zdaniem RKO, że obowiązek kontroli wykorzystania środków publicznych zaktualizował się dopiero w momencie wpływu faktury wykonawcy. Kontrola taka powinna być prowadzona znacznie wcześniej – już na etapie postępowania, a w ostateczności przed podpisaniem umowy. Po pierwsze zważyć należy, że w momencie stwierdzenia, że postępowanie jest dotknięte tak poważną wadą, jak opisana wyżej, osoba wykorzystująca środki winna unieważnić postępowanie, jako dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, dalej winna odmówić podpisania umowy, która będzie nieważna, a gdyby błąd wykryła po podpisaniu umowy, winna doprowadzić do natychmiastowego rozliczenia tej umowy ze środków własnych, o czym była mowa wyżej.

Podsumowując, Obwinieni mogli dołożyć większej staranności przy wykonywaniu swoich obowiązków, co winno skutkować brakiem czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych i naruszenie takie możliwe było do uniknięcia.

W zakresie kary RKO zważyła, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych było szczególnie rażące. Trudno bowiem wyobrazić sobie stworzenie bardziej niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Z drugiej jednak strony Obwinieni nie byli dotąd karani, a RKO przyjęła, że ich celem było takie skonstruowanie przedmiotu zamówienia, które najlepiej odpowiadałoby uzasadnionym potrzebom zamawiającego i minimalizowałoby koszty. Mimo całkowitego fiaska takiego założenia, przez rażące naruszenie prawa na etapie opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób nie przyjąć, że motywacja Obwinionych zasługuje na uwzględnienie jako okoliczność łagodząca. Z całą bowiem pewnością nie można przyjąć, że celem działań Obwinionych był jakikolwiek uszczerbek dla finansów publicznych. Była to zdecydowanie troska o stan finansów publicznych, jakkolwiek zdaniem Komisji, uszczerbek

taki nastąpił, co jednak w zakresie opisanym we wniosku o ukaranie nie ma decydującego znaczenia i zwalnia Komisję od obowiązku precyzowania tego uszczerbku. Nie bez znaczenia jest i to, że stojący na straży interesu publicznego rzecznik dyscypliny uznał, że upomnienie w sposób wystarczający zrealizuje cele stawiane karze w postępowaniu o odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. A zatem, mimo zdecydowanie większej niż nieistotna szkodliwości dla finansów publicznych, Komisja przyjęła, że kara upomnienia będzie adekwatna do wagi popełnionego naruszenia, stopnia winy oraz prewencji indywidualnej i generalnej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do postanowień art. 167 ust. 1 ustawy.

Od powyższego orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji odwołanie złożyli Obwinieni reprezentowani przez radcę prawnego. Obrońca Obwinionych zaskarżył orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w całości, wnosząc o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez orzeczenie o uniewinnieniu Obwinionych.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1) dokonanie błędnych ustaleń faktycznych polegających w szczególności na błędnej interpretacji SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w (...) pod numerem (...)i przyjęciu, że opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,

2) naruszenie przepisów:

- art. 74 ust. 1 i 2 ustawy - poprzez przekroczenie przedmiotowych granic wniosku o ukaranie wobec Obwinionej, a w konsekwencji pozbawienie jej, w toku postępowania prawa do obrony i zgłaszania wniosków dowodowych wobec zarzutu, który został wyartykułowany po raz pierwszy w sentencji zaskarżonego orzeczenia, a nie był objęty wnioskiem o ukaranie,

- art. 76 ust. 3 ustawy - poprzez uchybienie obowiązkowi rozstrzygnięcia niedających się usunąć wątpliwości na korzyść Obwinionych,

- art. 89 ust. 1 ustawy - poprzez naruszenie obowiązku wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego polegające, m.in. na błędnym odczytaniu treści SIWZ w postępowaniu,

- art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez jego zastosowanie wobec Obwinionego w sytuacji, gdy w zarzucanym Obwinionemu czynie brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych,

- art. 13 pkt 6 ustawy, poprzez jego zastosowanie wobec Obwinionej w sytuacji, gdy w zarzucanym Obwinionej czynie brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych,

- art. 19 ust. 2 ustawy, poprzez przypisanie Obwinionym odpowiedzialności na naruszenie dyscypliny finansów publicznych, pomimo braku możliwości przypisania im winy,

- art. 135 ust. 1 ustawy, poprzez uznanie Obwinionych odpowiedzialnymi za naruszenie dyscypliny finansów publicznych za czyny, które nie miały znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a - w przypadku Obwinionej - także za czyn, który nie był objęty wnioskiem o ukaranie,

- art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez ich niewłaściwą interpretację i przyjęcie, że opis przedmiotu zamówienia w SIWZ, w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w (...) pod numerem (...), nie jest jednoznaczny i wyczerpujący oraz mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zdaniem obrońcy Obwinionych, zarzut wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia możliwości jego modyfikacji jest oparty na potrójnie błędnym założeniu.

Po pierwsze, zamawiający zamówił opracowanie i realizację kampanii informacyjnej. Jak słusznie uznała RKO, „Zamówienia na projekt kampanii i jej wykonanie można oczywiście

łączyć. Skoro zamawiający zamówił opracowanie projektu kampanii, to miał prawo dokonać oceny realizacji przez wykonawcę tego etapu umowy na etapie odbioru dzieła, zgłaszać swoje uwagi i oczekiwać uwzględnienia tych uwag przez wykonawcę (...). Nie ma tu mowy o modyfikacji przedmiotu zamówienia, zamówiono opracowanie projektu kampanii o określonej tematyce (wraz z szczegółowym budżetem i harmonogramem realizacji). Gdyby zamawiający po podpisaniu umowy zmienił np. tematykę kampanii, można byłoby mówić o modyfikacji przedmiotu zamówienia. W tym wypadku jednak oczywistym jest, że prawa do takich modyfikacji zamawiający ani sobie nie zastrzegł we wzorze umowy, ani z niego na etapie realizacji nie korzystał. Również odnośnie wynagrodzenia wykonawcy nie może być mowy o modyfikacji przedmiotu zamówienia. Czym innym jest przedmiot zamówienia, czym innym wynagrodzenie należne za realizację tego przedmiotu zamówienia, a więc tylko z tej przyczyny stawiany zarzut jest nietrafny. Poza tym zamawiający nie zastrzegł sobie prawa do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie do zatwierdzenia budżetu kampanii, która miała w założeniu zostać tak opracowana, aby jak najpełniej wykorzystała kwotę 150.000 zł budżetu, a ponadto aby osiągnąć najlepsze rezultaty w odniesieniu do środków przeznaczanych na realizację (maksymalizacja efektywności). Brak takiego uprawnienia po stronie zamawiającego powodowałby konieczność zaakceptowania jakiegokolwiek kwoty za zaproponowany projekt kampanii, a to mogłoby być uznane za działanie narażające na niewłaściwe wydatkowanie środków publicznych. W zakresie opracowania projektu kampanii wykonawca przedstawiał szczegółowy kosztorys (w granicach zaplanowanego budżetu). Zamawiający zagwarantował sobie prawo do weryfikacji kosztorysu i zgłaszania do niego uwag, co należy ocenić jako przejaw dbałości o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. W dalszym etapie realizacji umowy wykonawca miał obowiązek szczegółowego rozliczenia tego kosztorysu. Odnosząc tę kwestię do etapu realizacji umowy zawartej po rozstrzygnięciu postępowania, wykonawca zaprojektował kampanię o budżecie 149.500 zł.

Po drugie, zarzut wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia możliwości jego modyfikacji odnosi się w rzeczywistości do etapu realizacji umowy. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany i wszystkie oczekiwania zamawiającego w tym zakresie zostały w SIWZ wyartykułowane w sposób precyzyjny. Kwestia ewentualnych działań po podpisaniu umowy, rozpatrywanych tutaj czysto hipotetycznie, żadnych zarzutów w stosunku do zamawiającego w zakresie realizacji umowy nikt nigdy nie postawił, nie może wpływać na ocenę prawidłowości dokonania opisu przedmiotu zamówienia.

Po trzecie, z daleko posuniętej ostrożności, ponieważ - jak Obrońca wskazuje powyżej - o naruszeniu prawa nie może być mowy, należy wskazać, że tok rozumowania Komisji jest wewnętrznie sprzeczny. Regionalna Komisja Orzekająca zarzuca wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia możliwości jego modyfikacji obwarowane rygorem odstąpienia przez zamawiającego od umowy, a następnie stwierdza, że prawo do odstąpienia od umowy zastrzeżone w umowie jest nieskuteczne. Tym samym należy uznać, że nie doszło do naruszenia przepisów, skoro w rzeczywistości zamawiający nie miał możliwości skutecznie skorzystać ze swojego uprawnienia.

Zarzut niejednoznacznego wprowadzenia jako punktu odniesienia dla oceny prawidłowości ofert kwoty 150.000,00 zł zasada się na nieprawidłowym, naruszającym zasady językowej i systemowej interpretacji, założeniu. Zwrócić uwagę należy przede wszystkim na podstawowy zapis SIWZ nakładający na wykonawców obowiązek uwzględnienia w oferowanej za wykonanie zamówienia cenie kwoty 150 tys. zł potencjalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej, a mianowicie zapis formularza ofertowego (załącznik nr 1 do Części I SIWZ):

„Cena brutto za wykonanie zamówienia: zł (słownie: zł),

Uwaga! cena brutto powinna uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej.”

Zapis ten jednoznacznie wskazuje, że każdy z oferentów w oferowanej cenie powinien uwzględnić kwotę 150 tys. zł brutto kosztów realizacji kampanii informacyjnej. W zapisie tym nie wskazano „kwotę do 150.000 zł brutto”, „kwotę nie większą niż 150.000 zł”, czy też „kwotę maksymalnie 150.000 zł”, lecz sztywno „kwotę 150.000 zł”. Wskazano również, że kwota 150.000 zł brutto to kwota „maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej”, aby zapewnić spójność zapisu formularza ofertowego z pozostałymi zapisami SIWZ odnoszącymi się do kwestii kosztów realizacji kampanii i podkreślić, że wykonawca nie może zaoferować realizacji kampanii o budżecie przekraczającym kwotę 150 tys. zł brutto, ponieważ Zamawiający dysponuje maksymalnym budżetem na realizację kampanii właśnie w takiej kwocie. Niewątpliwie jednak nie można zapisu „cena brutto powinna uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej” rozumieć jako „cena brutto powinna maksymalnie uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto kosztów realizacji kampanii informacyjnej”.

Całkowicie niezrozumiałe dla Obwinionych są uwagi zawarte w uzasadnieniu, z których wynika, że wyjaśnienia Obwinionych w zakresie rozumienia zacytowanego powyżej fragmentu formularza ofertowego „naruszają zasady logiki formalnej i składni języka polskiego” i oczywistym jest, że „interpretacja Obwinionych jest błędna”, ponieważ „pomija część interpretowanego zdania”. (...) Obwinieni wskazują, że ten zapis jest tożsamy z zapisem wskazanym przez Regionalną Komisję Orzekającą jako prawidłowy w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Sformułowanie „cena brutto powinna uwzględniać kwotę 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) brutto maksymalnych kosztów” jest identyczne w zakresie formułowanej dla wykonawcy normy ze sformułowaniem „do wynagrodzenia wykonawcy należy doliczyć kwotę 150.000 zł jako kwotę kosztów kampanii”. Przymiotnik „maksymalnych” doprecyzowuje o jakie koszty chodzi, nie modyfikuje normy w ten sposób, aby można byłoby ją odczytywać jako uprawnienie dla wykonawcy do dowolnego określania kosztów kampanii w granicach od 0 do 150.000 zł. Gdyby zamawiający chciał zrealizować to drugie założenie, to napisałby inaczej: „cena brutto powinna uwzględniać maksymalnie kwotę 150.000 zł kosztów kampanii”. Obwinieni podkreślili, że nie dokonują wybiórczej wykładni, nie pomijają żadnego elementu z interpretowanego zapisu, zwracają uwagę natomiast na umiejscowienie słowa „maksymalnych”. Pomijanie tego elementu w interpretacji Regionalnej Komisji Orzekającej stanowi naruszenie zasad dokonywania wykładni gramatycznej i wypacza sens użytego sformułowania.

Z dokumentacji postępowania wynika, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zadali sobie trud zapoznania się z treścią SIWZ, nie miał wątpliwości odnośnie zasad obowiązujących przy ustalaniu ceny. W toku postępowania, w przewidzianym terminie, żaden z wykonawców nie zgłosił zapytania do Zamawiającego w przewidzianym przepisami trybie, wszyscy wykonawcy, poza jednym, prawidłowo skonstruowali cenę. Z faktu złożenia przez jednego z wykonawców oferty z ceną nieuwzględniającą omówionego powyżej wymogu nie można wyciągać wniosku, że SIWZ była nieprawidłowo skonstruowana. Wykonawca ten nie zapoznał się dokładnie z określonymi przez Zamawiającego regułami postępowania, o czym świadczy nie tylko zaoferowana cena, ale I fakt złożenia wraz z ofertą Planu kampanii, pomimo tego, że Zamawiający wyraźnie wskazał (i potwierdził to w odpowiedzi na pytanie jednego z Zamawiających), iż nie oczekuje składania wraz z ofertą Planu kampanii.

W § 5 ust. 2 wzoru umowy wskazano, że wynagrodzenie za zrealizowanie przedmiotu umowy obejmuje:

1) wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu opracowania i realizacji kampanii informacyjnej, oraz opracowania raportu z jej realizacji w kwocie ... zł (słownie:) brutto (zł netto plus podatek od towarów i usług w kwocie zł);

2) wszelkie koszty realizacji kampanii informacyjnej przez Wykonawcę, w kwocie nie wyższej niż 150.000 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy) brutto [...].

Zatem, zdaniem Obrońcy, wyraźnie rozróżniono wynagrodzenie Wykonawcy od kosztów realizacji kampanii, które wykonawca był zobowiązany ponieść w toku realizacji umowy, aby następnie otrzymać ich „refundację” ze strony zamawiającego (co potwierdza treść § 5 ust. 5 wzoru umowy). W pkt. 2 użyto sformułowania „w kwocie nie wyższej niż 150.000 zł”, ponieważ zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy, ostateczną decyzję co do wysokości kwoty, o której mowa w § 5 ust. 2 pkt. 2 (budżet kampanii) Zamawiający podejmował akceptując „Plan kampanii”. Zgodnie z przyjętymi założeniami mogło się więc okazać, że ostateczny budżet kampanii będzie mniejszy niż 150.000 zł brutto. Dlatego też nie można było w § 5 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy wpisać „sztywno” kwoty 150.000 zł brutto, ponieważ w sytuacji, gdyby Zamawiający podjął decyzję o zaakceptowaniu niższego niż 150.000 zł brutto budżetu kampanii, oznaczałoby to przyznanie Wykonawcy roszczenia o zapłatę kwoty wyższej, niż równowartość kosztów, które Wykonawca sam poniósł realizując kampanię.

Wspólne odczytanie ust. 2 i 3 w § 5 wzoru umowy (a tylko w ten sposób można dokonywać prawidłowej interpretacji treści umowy) nie powinno więc nastęrczać żadnych wątpliwości po pierwsze co do tego, że Wykonawca ma obowiązek uwzględnić w oferowanej cenie kwotę dokładnie 150.000 zł (może się bowiem okazać, że taki będzie ostateczny budżet kampanii, i takie koszty Wykonawca będzie zobowiązany ponieść w toku realizacji umowy), a po drugie co do tego, że to zamawiający miał prawo na etapie realizacji umowy do ostatecznej akceptacji budżetu kampanii, po zapoznaniu się z planem kampanii i kosztami kampanii przedstawionymi przez wykonawcę. Zamawiający mógł więc tę kwotę pozostawić na poziomie 150 tys. zł, mógł ją obniżyć, ale nie dowolnie, jak chciałaby RKO, lecz w oparciu o propozycję (kosztorys) przedstawioną przez wykonawcę, na podstawie rzetelnej weryfikacji kosztorysu (co ostatecznie, w przypadku rozbieżności stanowisk pomiędzy stronami umowy, mogło być weryfikowane przez sąd powszechny właściwy do rozpoznawania sporów wynikających na tle realizacji umowy, o czym RKO zdaje się zapominać).

Również w części III SIWZ wskazano, że budżet kampanii wynosi ok. 150 000 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych), a koszt ten nie uwzględnia wynagrodzenia Wykonawcy. (...)

Prawidłowość działania zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji prawidłowość odrzucenia oferty Polskiej Fundacji Komunikacji (wykonawca, który nie uwzględnił w oferowanej cenie kwoty 150.000 zł) jako niezgodnej ze SIWZ, potwierdza stanowisko Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który odmówił wszczęcia postępowania w tym zakresie, nie doszukując się żadnych nieprawidłowości w działaniu zamawiającego. Również Polska Fundacja Komunikacji zaakceptowała rozstrzygnięcie zamawiającego, nie decydując się na złożenie odwołania.

W konsekwencji uznać należy, że SIWZ w zakresie odnoszącym się do kwoty 150.000 zł była spójna, pomiędzy zapisami poszczególnych części SIWZ nie było rozbieżności, które prowadziłyby do konieczności rozstrzygania wątpliwości na rzecz wykonawcy. Dla każdego, kto dołoży elementarnej staranności w zapoznaniu się z całością SIWZ, a także z kontekstem poszczególnych zapisów odnoszących się do kwoty 150.000 zł, nie powinno ulegać wątpliwości, że każdy z wykonawców miał obowiązek w oferowanej cenie uwzględnić kwotę 150.000 zł, a nie dowolną kwotę wg własnego wyboru, nie wyższą niż 150.000 zł. Interpretacja przedstawiona przez RKO w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia nie ma charakteru obiektywnego (co potwierdza nazbyt emocjonalny ton niektórych fragmentów

uzasadnienia), nie uwzględnia kontekstu poszczególnych zapisów, ich wzajemnych relacji, zdaje się być próbą doszukiwania się nieprawidłowości tam, gdzie ich po prostu nie ma.

Obrońca stwierdza następnie, że kolejny zarzut stawiany Obwinionemu polega, w ocenie RKO, na doprowadzeniu do nieporównywalności ofert na skutek wprowadzenia sztucznego i niemającego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego warunku zaoferowania wynagrodzenia wykonawcy, które to wynagrodzenie na etapie składania ofert musiało przewyższać kwotę 150.000,00 zł pod rygorem odrzucenia oferty, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez uniemożliwienie porównania ofert i ograniczyło czynności zamawiającego do zbadania czy wykonawca w łącznej oferowanej cenie zamówienia uwzględnił ww. kwotę sztywną kosztów. Odnosząc się do tego zarzutu, Obrońca zaprzecza, aby wprowadzenie warunku uwzględnienia w cenie kwoty 150.000 zł budżetu kampanii, doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez uniemożliwienie porównania ofert. Wręcz przeciwnie, postawienie takiego wymogu zapewniło uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Każdy wykonawca, kalkulując elementy wynagrodzenia (np. w zakresie kosztów opracowania projektu kampanii, kosztów nadzoru nad etapem realizacji kampanii), wiedział jaki jest zaplanowany budżet kampanii, a więc wiedział jakie koszty powinien uwzględnić w swojej kalkulacji. Co więcej, zamawiający dzięki temu otrzymał ceny, które mógł obiektywnie porównać. Wykonawcy oferowali cenę za opracowanie kampanii o budżecie 150.000 zł i jej realizację. Gdyby nie ten wymóg, wykonawcy mogliby dowolnie ustalać budżet kampanii, a tym samym koszty opracowania kampanii i jej realizacji mogłyby być trudne do porównania.

Zdaniem Obrońcy, z ustalonego zakresu zamówienia, realizacja zamówienia po rozstrzygnięciu postępowania i zawarciu umowy, obejmowała 3 elementy. Po pierwsze, wykonawca miał opracować kampanię informacyjną (pkt. 1-3) i uzyskać akceptację zamawiającego w tym zakresie. Po drugie, wykonawca miał zrealizować opracowaną przez siebie kampanię (pkt 4). Po trzecie, do obowiązków wykonawcy należało opracowanie raportu ze zrealizowanej kampanii (pkt 5).

(...) Wprowadzenie wymogu uwzględnienia w cenie ofertowej kwoty 150.000 zł budżetu kampanii nie było ani rozwiązaniem sztucznym, ani nieuzasadnionym obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Rozwiązanie to miało zapewnić możliwość precyzyjnego skalkulowania ofert przez wykonawców w taki sposób, aby te oferty były ofertami porównywalnymi, a także zagwarantować, że w ramach wynagrodzenia, które wykonawca proponuje, uwzględniona zostanie kwota maksymalnych kosztów, które wykonawca będzie zobowiązany ponieść realizując kampanię. Tym bardziej nie można zgodzić się z przyjętym przez RKO stanowiskiem, że zastosowana przez zamawiającego konstrukcja doprowadziła do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez uniemożliwienia porównania ofert. Przypomnieć należy, że art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy, koresponduje wyłącznie z treścią art. 29 ust. 2 Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Samo opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp, tj. w sposób niejednoznaczny lub niewyczerpujący, nie jest wystarczającą przesłanką do uznania, że doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych stypizowanego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy. Konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że zastosowany opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ani Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych we wniosku o ukaranie, ani RKO w zaskarżonym orzeczeniu, nie uprawdopodobnili, że rzekome nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Oczywiście nie sposób jest we wszystkich przypadkach

udowodnić utrudnienie uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów Jak wskazano w wyroku Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 961/10): „nie jest konieczne wykazywanie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż Zamawiający, poprzez poszczególne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym jest wskazanie, iż opis przedmiotu zamówienia będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić”. Konieczne jest jednak wykazanie, że poprzez zastosowanie tych, a nie innych zapisów w SIWZ, możliwe jest utrudnienie uczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie ograniczono się jedynie do postawienia tezy, że jeżeli opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, to automatycznie utrudnia uczciwą konkurencję. W ocenie Obwinionych opis przedmiotu zamówienia miał neutralny charakter, nie prowadził do uprzywilejowania jakiegokolwiek grupy wykonawców, czy też jakiegokolwiek konkretnego wykonawcy. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp jest więc gołosłowny, w żaden sposób nie uprawdopodobniony. Skoro art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowi o niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oznacza to, że czyn opisanie przedmiotu zamówienia jest kwalifikowany poprzez dodatkową cechę - możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji. Ten dodatkowy element powinien zostać wykazany w zaskarżonym orzeczeniu, tymczasem żadne konkretne argumenty, twierdzenia, czy wnioski w tym zakresie nie zostały przedstawione.

Mając powyższe na uwadze, obrońca stwierdził, że w zarzucanym Obwinionemu czynie brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co czyni wniosek o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionego uzasadnionym.

Odnosząc się do kwestii odpowiedzialności Obwinionej, obrońca Obwinionych stwierdził, że Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych we wniosku o ukaranie Obwinionej zarzucił naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 13 pkt 6 lit. a ustawy „przez zatwierdzenie swym podpisem w dniu 11 grudnia 2012 r. do zapłaty faktury VAT Nr (...)z dnia 7 grudnia 2012 r. Agencji Reklamowej., natomiast Komisja Orzekająca I instancji uznała Obwinioną odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 13 pkt 6 ustawy polegające na tym, że „w dniu 9 października 2012 r. zawarła umowę nr (...)na opracowanie i realizację kampanii informacyjnej” i „zatwierdziła do zapłaty w dniu 11 grudnia 2012 r. do zapłaty faktury VAT Nr (...)z dnia 7 grudnia 2012 r. Agencji Reklamowej sp. z o. o.”.

Oznacza to, zdaniem obrońcy, że RKO w sposób rażący naruszyła prawo, samodzielnie wykraczając poza przedmiotowy zakres zarzutu stawianego Obwinionej we wniosku o ukaranie. Niewątpliwie bowiem uznanie osoby, której zarzucono naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez „zatwierdzenie do zapłaty faktury” w dniu 11 grudnia 2012 r., za odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez „zawarcie umowy w dniu 9 października 2012 r.” i „zatwierdzenie do zapłaty faktury w dniu 11 grudnia 2012 r. jest wykroczeniem poza zakres wniosku o ukaranie. Innym czynem jest zawarcie umowy, innym czynem jest zatwierdzenie faktury do wypłaty. Skoro Rzecznik Dyscypliny nie objął wnioskiem o ukaranie czynu w postaci zawarcia w dniu 9 października 2012 r. umowy, to RKO nie miała żadnej podstawy prawnej do objęcia swym orzeczeniem tego czynu.

Obrońca podniósł, że zgodnie z art. 130 ust. 2 ustawy, jeżeli w toku rozprawy oskarżyciel wnosi o ukaranie obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, które nie było objęte wnioskiem o ukaranie, komisja orzekająca odracza rozprawę na czas niezbędny do wystąpienia z dodatkowym wnioskiem o ukaranie. W toku niniejszego postępowania art. 130 ust. 2 ustawy nie został przez RKO zastosowany. W konsekwencji, zarzut odnoszący się do zawarcia umowy został po raz pierwszy sformułowany dopiero w orzeczeniu kończącym

postępowanie w pierwszej instancji, co pozbawiło Obwinioną prawa do obrony, a tym samym świadczy o szczególnie rażącym naruszeniu prawa przez RKO. Już sam ten zarzut stanowi wystarczającą podstawę do zmiany zaskarżonego orzeczenia w stosunku do Obwinionej.

Ponadto obrońca wskazał, że zarzut stawiany we wniosku o ukaranie Obwinionej (a więc jedyny, jaki może być zgodnie z prawem przedmiotem rozpoznania przez RKO) ma charakter wtórny w stosunku do zarzutu postawionego Obwinionemu. Skoro w zarzucanym Obwinionemu czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to, z tych samych względów i w zarzucanym Obwinionej czynie nie można doszukać się znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ w postępowaniu nie został dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zatwierdzenie SIWZ w tym postępowaniu nie stanowiło więc naruszenia prawa, a w konsekwencji i polecenie zapłaty za zamówienia zrealizowane przez wykonawcę wyłonionego w tym postępowaniu nie może zostać uznane za sprzeczne z prawem. Okoliczność ta, zdaniem obrońcy, uzasadnia wniosek o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionej.

W niniejszej sprawie RKO uznało Obwinioną odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez to, że zatwierdziła swym podpisem do zapłaty fakturę VAT Nr (...)z dnia 7 grudnia 2012 r. wystawioną przez Agencję Reklamową sp. z o. o. z siedzibą w (...), co doprowadziło do wykorzystania środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu określonych przepisami o zamówieniach publicznych, a naruszenie procedur polegało na zatwierdzeniu przez Obwinionego SIWZ w postępowaniu. Obwinionej zarzucono więc, że podjęła decyzję o wypłacie wynagrodzenia dla wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, z którym następnie podpisano wiążącą umowę w sprawie realizacji tego zamówienia publicznego, i który zgodnie z tą umową zrealizował to zamówienie, co zostało pozytywnie skwitowane przez Zamawiającego zgodnie z regułami odbioru przedmiotu zamówienia określonymi w ww. umowie. O winie można byłoby mówić wówczas, gdyby Obwiniona nie zastosowała się do normy prawnej, mając obiektywnie możliwość postępowania zgodnie z tą normą. Inaczej mówiąc, czyn Obwinionej mógłby zostać uznany za zawiniony, gdyby Obwiniona, mając do wyboru zachowanie zgodne z prawem i zachowanie niezgodne z prawem, wybrała zachowanie niezgodne z prawem. Skoro RKO twierdzi, że zatwierdzenie do wypłaty należności objętej fakturą VAT Nr (...)z dnia 7 grudnia 2012 r. było naruszeniem prawa, RKO powinno wykazać, że dokonanie innego wyboru, a więc odmowa zatwierdzenia do wypłaty ww. należności stanowiła działanie zgodne z prawem (tak orzeczenie GKO z dnia 20 stycznia 2014 r. - sygn. akt BDF1/4900/99/103/13/RWPD-129314: dla przypisania winy kluczowa jest możliwość wskazania prawidłowego wzorca zachowania, a więc z udowodnionych okoliczności musi wynikać, iż w chwili popełnienia czynu istniała możliwość alternatywnego zachowania, które nie naruszałoby prawa i które nie stanowiłoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych). Z oczywistych względów jest to niemożliwe. Wręcz przeciwnie, to działanie polegające na odmowie zatwierdzenia do wypłaty ww. należności mogłoby stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 16 ust. 1 ustawy.

Znamienne jest, że wniosek o ukaranie nie zawierał żadnej argumentacji w zakresie winy poszczególnych Obwinionych, a uzasadnienie orzeczenia RKO w odniesieniu do Obwinionej sprowadza się do dywagacji na temat tego, czy „wykorzystanie środków niezgodnie z przeznaczeniem” obejmuje etap zawarcia umowy, czy polecenia zapłaty za wykonane

zamówienie. Rozważania te, jakkolwiek interesujące teoretycznie, tracą jednak wszelką zasadność wobec faktu, że zarzut zawarcia umowy nie był objęty wnioskiem o ukaranie (czym Innym jest zakres hipotezy art. 13 pkt 6 ustawy, a czym innym jest zakres zarzucanych we wniosku o ukaranie czynów). Jediną alternatywą dla działania podjętego przez Obwinioną według RKO miała być zapłata ze środków innych, niż środki projektu współfinansowanego ze środków europejskich (ewentualnie unieważnienie prawidłowo przeprowadzonego postępowania przetargowego). RKO zdaje się jednak zapominać, że art. 13 pkt 6 ustawy mówi szeroko o „wykorzystaniu środków publicznych”, a więc również i wzorzec zachowania wskazany przez RKO jako właściwy, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dobitnie świadczy to o braku winy w zarzucanym Obwinionej zachowaniu.

RKO nie dokonała odmiennej kwalifikacji prawnej zarzucanego Obwinionej czynu, dokonała natomiast samodzielnie niedopuszczalnego przedmiotowego rozszerzenia wniosku o ukaranie.

Z uwagi na rażące naruszenie przepisów ustawy wobec Obwinionej i w konsekwencji pozbawienie jej prawa do obrony w postępowaniu przed organem pierwszej instancji, a także z uwagi na brak w zarzucanym Obwinionej czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz brak winy Obwinionej, wnioski o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionej jest - zdaniem obrońcy - w pełni uzasadnione.

Ponadto, z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Główną Komisję Orzekającą zasadności stawianych Obwinionym zarzutów, obrońca wskazał możliwość zastosowania w stosunku do nich instytucji odstąpienia od wymierzenia kary przewidzianą w art. 36 ustawy. Przemawia za tym z jednej strony tak dotychczasowe wzorowe wypełnianie przez Obwinionych obowiązków służbowych, jak i dbałość o środki publiczne, którą Obwinieni, wbrew twierdzeniom RKO, zaprezentowali w postępowaniu (wprowadzenie mechanizmów, które na każdym etapie realizacji umowy miały sprzyjać rzetelnemu i celowemu wydatkowaniu środków publicznych: weryfikacja projektu kampanii, w tym kosztorysu, weryfikacja merytorycznej realizacji kampanii, weryfikacja rozliczenia kosztów kampanii i pokrycie wyłącznie udokumentowanych i zrealizowanych wydatków wykonawcy). Poza tym wszelkie działania podejmowane przez Obwinionych wykonywane były w dobrej wierze, z intencją postępowania w pełni zgodnie z obowiązującym prawem, a ich wykonanie poprzedzała szczegółowa analiza i rekomendacja dokonywana przez zatrudnionych w (...) profesjonalistów (radcę prawnego, specjalistę od spraw zamówień publicznych, Głównego Księgowego, oraz specjalistę od spraw promocji). Trudno więc mówić o niedochowaniu przez Obwinionych należytej staranności w działaniu. Jeżeli więc w ogóle mówić o winie Obwinionych, co wobec powyżej wskazanych okoliczności jest dalece wątpliwe, to stopień zawinienia jest w tym wypadku najniższy z możliwych.

Nie bez znaczenia jest też fakt, że realizacja umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania przebiegała w pełni prawidłowo, na żadnym etapie nie potwierdziły się teoretyczne zarzuty stawiane przez RKO w uzasadnieniu orzeczenia. Ani zamawiający nie „zmodyfikował” przedmiotu zamówienia, ani nie „ustalił” ceny i kosztów kampanii, ani nie odstąpił w nieuprawniony sposób od umowy, ani nie pozbawił wykonawcy możliwości rozliczenia części poniesionych przez niego kosztów. Umowa została należycie i terminowo zrealizowana, a kampania opracowana i zrealizowana przez wykonawcę nie tylko spotkała się z zainteresowaniem adresatów kampanii, ale i znalazła uznanie wśród profesjonalistów, uzyskując tytuł „Kampanii społecznej 2012 r.” w konkursie Kampania Społeczna Roku zorganizowanym przez portal www.kampaniespoleczne.pl i Fundację Komunikacji Społecznej. Kampania ta zwyciężyła w kategorii „Kampanie lokalne” w ramach V edycji konkursu.

W ocenie obrońcy, wszystkie wskazane powyżej okoliczności uzasadniają, w przypadku nieuznania argumentów przemawiających za niewinnieniem obwinionych, skorzystanie z instytucji odstąpienia od wymierzenia obwinionym kary.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (zwana dalej także: GKO) **stwierdza, co następuje.**

Należy przychylić się do stanowisk zaprezentowanych zarówno przez obrońcę obwinionych w złożonym odwołaniu, jak i na rozprawie przed GKO przez Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, że zaskarżone orzeczenie nie może pozostać w obrocie prawnym, z podanych niżej względów. Podkreślić przy tym trzeba jednak, że nie wszystkie argumenty podniesione przez obrońcę można podzielić.

Przede wszystkim należy stwierdzić, odmiennie niż prezentuje to w złożonym odwołaniu obrońca obwinionych, że przyjęty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sposób ustalenia wynagrodzenia nie był jasny i pozostawiał wątpliwości co do rzeczywistej woli zamawiającego. Ustalenia faktyczne wskazują na istotne wątpliwości co do znaczenia użytych sformułowań, a – co za tym idzie – kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na wykonanie zadania. Sformułowaniom użytym przez zamawiającego w SIWZ oraz we wzorze umowy co najmniej brakuje precyzji, można nawet powiedzieć, że są ze sobą w istotnej części sprzeczne. Z pewnością nie można natomiast powiedzieć, do czego konsekwentnie zmierza obrońca obwinionych, że sformułowanie, iż „cena brutto powinna uwzględniać kwotę 150.000 zł (...) brutto maksymalnych kosztów realizacji kampanii informacyjnej” należy tłumaczyć jako oznaczające sztywną kwotę 150.000 zł. W tym zakresie rację ma – zdaniem GKO – RKO stwierdzająca, że przeciwko wersji prezentowanej przez obrońcę obwinionych przemawiają zasady logicznej wykładni treści oświadczeń woli. Główna Komisja Orzekająca zwraca przy tym uwagę na art. 65 § 2 k.c., z którego wynika, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na ich dosłownym brzmieniu. W niniejszej sprawie trudno postanowienia umowy w zakresie wynagrodzenia tłumaczyć inaczej, niż uczyniła to Komisja Orzekająca I instancji.

W świetle powyższego można podzielić stanowisko wyrażone przez Zastępcę Głównego Rzecznika w toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą, że w istocie w przedmiotowym postępowaniu zamawiający stworzył wrażenie, że nie miał wizji celu, który chciał osiągnąć prowadząc to postępowanie. Można przypuszczać, że dopiero przeprowadzone postępowanie miało przynieść zamawiającemu dokładniejszą odpowiedź na pytanie, czego w istocie omawiane postępowanie dotyczyło.

W świetle powyższego, Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że stan faktyczny sprawy został w sposób prawidłowy ustalony przez organ I instancji, prawidłowo została też dokonana ocena tego stanu faktycznego, że SIWZ oraz wzór umowy zostały zredagowane w sposób niejasny, rodzący wątpliwości interpretacyjne w zakresie ustalenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. rzeczywistego kształtu świadczenia wykonawcy, oczekiwanego przez zamawiającego.

Zasadnicze wątpliwości pojawiają się natomiast co do wpływu stwierdzonego stanu faktycznego na zasadę konkurencyjności postępowania. W świetle art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jako podstawę zastosowania tego przepisu RKO przyjęła, że w toku postępowania doszło do naruszenia – z przyczyn leżących po stronie zamawiającego – reguł uczciwej konkurencji. Świadczyć o tym mają przytoczone – w ocenie GKO rzeczywiście pojawiające się – wątpliwości interpretacyjne do treści SIWZ i

wzoru umowy. Z przytoczonego art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy wynika, że o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych można mówić już wtedy, gdy zachodzi możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji. Nie jest przy tym konieczne ostateczne stwierdzenie, że zaistniałe nieprawidłowości miały definitywny wpływ na zakłócenie konkurencyjności postępowania. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, co zostało przedstawione na tle powołanego przepisu, w przytoczonym w uzasadnieniu orzeczenia wyroku Izby Odwoławczej, że o ile ustawodawca nie wymaga przesądzenia wpływu wspomnianych nieprawidłowości na konkurencyjność postępowania, o tyle wykazać trzeba, że wpływ taki mógł zaistnieć. Dopiero w razie ustalenia, że określone okoliczności mogły – choćby potencjalnie – wpłynąć na niezastosowanie reguły uczciwej konkurencji wykonawców, możliwe jest sformułowanie tezy o zaistnieniu stanu faktycznego uzasadniającego twierdzenie o wystąpieniu czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym miejscu należy stwierdzić, że uzasadnienie orzeczenia RKO nie wskazuje przesłanek, które przemawiają za tym, że zasady uczciwej konkurencji mogły zostać w przedmiotowym postępowaniu zagrożone.

Istotą naruszenia lub choćby zagrożenia realizacji zasady uczciwej konkurencji jest zaistnienie okoliczności powodujących, że wykonawcy nie są w toku postępowania traktowani w sposób jednakowy. Tymczasem, w realiach rozpatrywanej sprawy nie można takiego wniosku – postawić, przynajmniej na tle okoliczności wskazanych w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia. Nie można bowiem generalnie stwierdzić, aby zawsze brak precyzji w ustaleniach dotyczących przedmiotu postępowania utrudniał uczciwą konkurencję. Warunki określone w dokumentacji przetargowej były jednakowe w odniesieniu do wszystkich potencjalnych wykonawców. Nie wykazano, aby którykolwiek z nich był takim ukształtowaniem warunków szczególnie zagrożony, czy wręcz poszkodowany. W tym świetle należy zauważyć, że RKO zatrzymała się w swej ocenie jakby w pół drogi – wykazano nieprecyzyjność sformułowań użytych przez zamawiającego, ale nie wykazano, że użycie takich nieprecyzyjnych sformułowań mogło mieć wpływ na zagrożenie uczciwej konkurencji w toku postępowania. Rozpatrując sprawę ponownie, RKO powinna skupić się właśnie na tym aspekcie sprawy, bo jest to podstawowy warunek stwierdzenia, że mieliśmy do czynienia z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych określonym w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy. Stwierdzić przy tym trzeba, że dla dokonania takiej oceny nie jest wystarczające uznanie, iż ujawnione naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miały rażący charakter. W kontekście złożonego wniosku o ukaranie chodzi bowiem nie o wykazanie, że pewne, nawet rażące, usterki miały miejsce, ale o wykazanie, że stwierdzone nieprawidłowości mogły mieć (choć niekoniecznie musiały mieć) wpływ na przestrzeganie reguł konkurencji. Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, rację ma Zastępca Głównego Rzecznika zauważając, że u źródła problemów z oceną leży nieprecyzyjne sformułowanie samego wniosku o ukaranie. RKO usiłowała wady wniosku naprawić, jednak uczyniła to w sposób nieudany. Usunięcie tych usterek w zakresie prawidłowego sformułowania zarzutu, leży poza zakresem orzekania Głównej Komisji Orzekającej, jeżeli mają być zachowane warunki umożliwiające instancyjną kontrolę orzeczenia.

Obok powyższych zastrzeżeń co do treści orzeczenia, należy także odnieść się do innych okoliczności, które poruszył Zastępca Głównego Rzecznika w toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą. Na okoliczności te powinna zwrócić uwagę RKO przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

W szczególności, w uzasadnieniu orzeczenia nie odniesiono się do kwestii progowej wartości zamówienia publicznego w kontekście rozwiązania zawartego w art. 4 pkt 8 Pzp. Okoliczność ta powinna być rozważona z urzędu, niezależnie od faktu, że powołał się na to także Zastępca

Głównego Rzecznika w postępowaniu przed GKO. Kwestia ta jest bowiem bardzo istotna, biorąc pod uwagę aktualną wartość progową uzasadniającą stosowanie ustawy – prawo zamówień publicznych, na poziomie równowartości 30 tys. euro. Zastępca Głównego Rzecznika zwrócił uwagę, że w warunkach przedmiotowego postępowania wartość zamówienia według umowy i wówczas obowiązującego przelicznika wartości euro do złotego (1 euro = 4,0196 zł), chodziło o równowartość kwoty 31.440 euro. Przy zastosowaniu aktualnego kursu (1 euro = 4,2249 zł) oznaczałoby to 29.912 euro, a to byłaby już – w myśl obecnie obowiązujących norm - wartość sytuowana poniżej progu warunkującego zastosowanie Prawa zamówień publicznych. Należy przy tym zaznaczyć, że wzięcie pod uwagę aktualnie obowiązującego kursu euro do złotego, ustalonego w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy - Prawo zamówień publicznych, oraz aktualnej wartości progowej warunkującej stosowanie Prawa zamówień publicznych, wynika z art. 24 ustawy, nakazującego stosowanie ustawy nowej, chyba że obowiązująca w dacie popełnienia czynu jest względniejsza dla sprawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy względniejsze dla sprawcy są z pewnością przepisy ustanawiające przelicznik euro do złotego na wyższym poziomie, niż obowiązujący w dacie zawarcia umowy, tj. 9 października 2012 r. Wszechstronne wyjaśnienie okoliczności dotyczących ustalenia wartości przedmiotowego postępowania, w kontekście art. 4 pkt 8 Pzp, może mieć zatem bardzo istotne znaczenie dla końcowego rozstrzygnięcia. Należy wziąć przy tym pod uwagę wielkości netto, wynikające z oszacowania wartości zamówienia dokonanego z należytą starannością przez zamawiającego (art. 32 ust. 1 Pzp), nie zaś wartość wynikającą z ostatecznie zawartej umowy. Dokonanie ustaleń w tym zakresie należy jednak do RKO przy ponownym rozpatrywaniu sprawy.

Co do opisu kwalifikacji prawnej zarzuconego Obwinionym czynu z art. 13 ustawy, należy w sposób precyzyjny wskazać, czy chodzi o art. 13 pkt 6 lit. a ustawy, czy też art. 13 pkt 6 lit. b ustawy. Orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji ogranicza się do wskazania art. 13 pkt 6 ustawy, co nie jest wystarczające. Określenie podstawy prawnej w sposób wyczerpujący i takie też jej uzasadnienie, ma istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości instancyjnej kontroli prawidłowości orzeczenia.

Sprawą nie mniej istotną, poruszoną zarówno w treści odwołania złożonego przez Obrońcę Obwinionych, jak i przez Zastępcę Głównego Rzecznika na rozprawie, jest kwestia dotycząca przypisania Obwinionym odpowiedzialności na zasadzie winy. Zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy, możliwość oceny zachowań Obwinionych jako zawinionych jest podstawowym warunkiem do przypisania im odpowiedzialności. Przypisanie winy wymaga odniesienia się do wzorca pożądanego zachowania i wykazanie, w jaki sposób powinien postąpić obwiniony, aby uniknąć określonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Takich rozważań w uzasadnieniu orzeczenia RKO zabrakło, co nie pozwala na właściwą ocenę tej kwestii przez Główną Komisję Orzekającą. Z treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia wynikać może co najwyżej ustalenie dotyczące sprawstwa, choć i ta kwestia nie jest przekonująca w zakresie wskazanych wyżej wątpliwości co do możliwości wpływu ustalonych nieprawidłowości na przestrzeganie reguł uczciwej konkurencji. Jeżeli po ponownym rozpatrzeniu sprawy RKO pozostanie na stanowisku, że Obwinionym powinna być przypisana odpowiedzialność, to kwestia ustalenia winy musi zostać gruntownie uzasadniona. W sposób szczególny dotyczy to odpowiedzialności Obwinionej. Pojawia się bowiem pytanie, jakie czynności powinna ona podjąć (lub jakich nie podejmować), aby nie doszło do zarzuconego jej naruszenia. Wymaga to poczynienia w uzasadnieniu orzeczenia rozważań, których – jak do tej pory – zabrakło. Także i w tym zakresie należy stwierdzić, że rozważania dotyczące winy powinny być gruntownie przeprowadzone przez RKO i opisane w uzasadnieniu przyjętego przez nią rozstrzygnięcia, aby zachować reguły dotyczące instancyjnej kontroli orzeczenia.

Ponadto, Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że zasadny jest zawarty w złożonym odwołaniu zarzut wykroczenia przez RKO poza zakres objęty wnioskiem o ukaranie w odniesieniu do Obwinionej. Zarzut wynikający z wniosku, wyznaczający granice rozpoznania sprawy, dotyczył dokonania zatwierdzenia przez nią wydatku ze środków publicznych w sposób nieprawidłowy. Tymczasem w sentencji orzeczenia pojawia się ponadto przypisanie odpowiedzialności za czyn polegający na zawarciu umowy. Jak z tego wynika, bardzo wyraźnie nastąpiło wykroczenie poza zakres objęty wnioskiem o ukaranie. Nie zastosowano przy tym prawnych możliwości wynikających z art. 130 ust. 2 ustawy, czyli ewentualnego rozszerzenia wniosku o ukaranie przez Rzecznika Dyscypliny. Natomiast w świetle złożonego wniosku o ukaranie, nie można Obwinionej przypisać odpowiedzialności za czyn polegający na zawarciu umowy. Okoliczności związane z zawarciem tej umowy mogą jednak mieć ewentualnie znaczenie przy ocenie zawinienia za czyn polegający dokonywaniu wydatków (ich zatwierdzaniu).

Uwzględnienie opisanych zastrzeżeń co do prawidłowości zaskarżonego orzeczenia RKO skutkuje koniecznością jego uchylecia i przekazania sprawy Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie do ponownego rozpatrzenia. Główna Komisja Orzekająca nie mogła przy tym uwzględnić wniosku obrońcy Obwinionych o uniewinnienie ich od zarzutów dokonania zarzucanych im czynów. Ustalenia faktyczne w sprawie nie pozwalają Głównej Komisji Orzekającej na takie rozstrzygnięcie, jednak GKO nie narzuca także określonego poglądu w tej sprawie RKO, pozostawiając jej rozstrzygnięcie w sprawie odpowiedzialności, po ponownym rozpatrzeniu sprawy z uwzględnieniem uwag sformułowanych przez organ odwoławczy.

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