



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

Warszawa, dnia 28 maja 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Arkadiusz Babczuk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Mariusz Haładyj (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Protokolant:		Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Jacka Krawczyka, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 28 maja 2018 r., odwołania złożonego przez Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej z dnia 19 grudnia 2017 r. nr BMO-361-1-19/2017, którym Komisja, uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Łódzkiego Komendanta Wojewódzkiego Państwowej (...), odpowiedzialnego za naruszenie 10 marca 2015 r. dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) zwanej dalej uondfp, polegające na zaniechaniu unieważnienia w imieniu kierownika zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)”, pomimo zaistnienia przesłanki przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, pomimo, że postępowanie było obarczone wskutek nieprawidłowego określenia kryteriów oceny ofert niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, co miało wpływ na wynik postępowania i stanowiło naruszenie ww. regulacji ustawowych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,17 zł.

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, uchyla orzeczenie pierwszej instancji i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Obwiniony (...), pełniący w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Wojewódzkiego Komendanta Państwowej (...) orzeczeniem z 19 grudnia 2017 r. Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej, BMO-361-1-19/2017, został uznany za odpowiedzialnego naruszenia, 10 marca 2015 r., dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17c ust. 1 uondfp, polegającego na zaniechaniu unieważnienia w imieniu kierownika zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)”, pomimo zaistnienia przesłanki przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i art. 146 ust. 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych („PZP”), tj. pomimo, że postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy wskutek nieprawidłowego określenia kryteriów oceny ofert – co miało wpływ na wynik postępowania.

Sygn. akt BDF1.4800.39.2018

Obwiniony został ukarany karą nagany. Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wnosił o wymierzenie kary wyższej, tj. kary pieniężnej w wysokości jednokrotności wynagrodzenia (uposażenia). Obwiniony został także zobowiązany do zwrotu kosztów postępowania w kwocie 316,17 zł.

Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej orzeczeniem z 19 grudnia 2017 r., BMO-361-1-19/2017, uznała za odpowiedzialnych naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)” także trzy inne osoby. Odpowiedzialność tych osób nie była przedmiotem niniejszego postępowania przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych.

W zakresie przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17c ust. 1 uodfp zaskarżone orzeczenie zapadło na gruncie następującego, ustalonego stanu faktycznego.

Komenda Wojewódzka Państwowej (...) prowadziła postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „(...)” dla Komendy Wojewódzkiej Państwowej (...)(...) września 2014 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich ogłoszenie o tym postępowaniu.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na 19 444 444,44 zł (4 602 344,30 euro). Zamówienie było współfinansowane ze środków UE – Projekt Zwiększenie skuteczności prowadzenia długotrwałych akcji ratowniczych w ramach POIiŚ.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), Zamawiający przyjął, że kryteriami oceny ofert będą cena o wadze 80% (maksymalnie 80 punktów) oraz ładowność samochodu o wadze 20% (maksymalnie 20%). W zakresie drugiego ze wskazanych kryteriów punktacja oceny oferty miała być obliczana wg wzoru $\text{ładowność pojazdu} / \text{ładowność pojazdu najwyższa} \times 100 \times 20\%$.

W SIWZ Zamawiający nie sprecyzował w jaki sposób wykonawcy mają obliczyć ładowność pojazdu. W wyjaśnieniach z 6 listopada 2014 r. Zamawiający wskazał, że należy podać ładowność obliczoną jako różnicę pomiędzy dopuszczalną masą całkowitą podwozia określoną w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia a masą całkowitą określoną w wyciągu ze świadectwa homologacji podwozia. Zamawiający odwołał się przy tym do przepisów ustawy z 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym oraz przepisów

Sygn. akt BDF1.4800.39.2018

wykonawczych wydanych w 2002 r. Z tych przepisów wynika, że dopuszczalna masa całkowita pojazdu nie może przekraczać w przypadku dwuosobowego pojazdu samochodowego 18 ton. Informacja o maksymalnej dopuszczalnej masie całkowitej pojazdu nieprzekraczającej 18 ton nie została zawarta w SIWZ, jak również w wyjaśnieniach do SIWZ.

Zamawiający żądał wyjaśnienia treści złożonych ofert stosowanie do przedstawionych przez niego wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ładowności pojazdu. Wykonawcy poprawili oferty zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego za wyjątkiem wykonawcy (...), który zakwestionował wskazany przez Zamawiającego sposób dokonania obliczenia ładowności pojazdu i wskazał w jaki sposób obliczył podaną w ofercie ładowność pojazdu. Za podstawę swoich wyliczeń Wykonawca uznał za właściwy inny stan prawny. Uznał bowiem, że Zamawiający wskazał przepisy, które nie dotyczą pojazdów specjalnych, jakimi są pojazdy będące przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w tym przypadku zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Ministrów: Spraw Wewnętrznych, Obrony Narodowej, Finansów oraz Sprawiedliwości z 17 października 2014 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów specjalnych i używanych do celów specjalnych Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, kontroli skarbowej, Służby Celnej, Służby Więziennej i straży pożarnej. W związku z tym należy przyjąć, że dopuszczalna masa całkowita pojazdów specjalnych jest równa maksymalnej masie całkowitej oraz, że w przypadku pojazdów specjalnych nie ma ograniczeń w zakresie dopuszczalnej masy całkowitej pojazdu.

12 grudnia 2014 r. Zamawiający ogłosił wynik postępowania i powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 PZP oferty wykonawcy (...).

22 grudnia 2014 r. (...) w trybie art. 179, art. 180 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP wniosła do Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”), odwołanie od wyniku postępowania.

Zdaniem odwołującego się Wykonawcy Zamawiający nie wyjaśnił znaczenia użytych w SIWZ pojęć a próbując w trakcie oceny ofert odnieść się do definicji zawartych w przepisach powołał akt prawny, który nie obowiązywał w czasie prowadzenia postępowania oraz nigdy nie miał zastosowania w stosunku do pojazdów specjalnych.

Sygn. akt BDF1.4800.39.2018

(...) stycznia 2015 r. KIO wydała wyrok (KIO (...)), w którym nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 PZP, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującej się spółki oraz nakazała zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wykonując wyrok KIO ze stycznia 2015 r. Zamawiający dokonał nakazanych czynności i wybrał ofertę (...). Następnie, 9 marca 2015 r. Obwiniony, reprezentując Zamawiającego, zawarł umowę o udzielenie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu Wykonawcą.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było przedmiotem doraźnej kontroli następczej, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kontrola zakończyła się 25 listopada 2016 r. W jej wyniku uznano, że błędy popełnione przez Zamawiającego co do kryterium oceny ofert dotyczące ładowności pojazdu powinny skutkować unieważnieniem postępowania. Naruszono bowiem zasadę równego traktowania i zasadę konkurencyjności przy udzielaniu zamówień publicznych.

W dniu 2 grudnia 2016 r. Zamawiający złożył do KIO zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli, które uchwałą z (...) grudnia 2016 r., KIO/KD (...) /16, nie zostały uwzględnione.

W dniu 16 stycznia 2017 r. Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych złożył zawiadomienie o stwierdzonym naruszeniu przepisów postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych.

Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wnosząc o ukaranie Obwinionego wskazał, że do naruszenia doszło „w skutek błędnie przyjętego sposobu wykonania wyroku KIO przy całościowym spojrzeniu na jego skutki dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Komisja Orzekająca I instancji uznała, że nieprawidłowe określenie kryteriów ofert doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 PZP i „w sytuacji tej niemożliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, bez naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. W dalszym wywodzie Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, że „zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, zamawiający zobligowany był do unieważnienia przedmiotowego postępowania, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Wina Obwinionego wynika z zaniechania unieważnienia postępowania.

Obwiniony zaskarżył orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w części w jakiej odnosiło się ono do oceny jego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i w podniesionych zarzutach stwierdził, że nie można przypisać mu winy (a tym samym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Zdaniem Obwinionego był on zobligowany do wykonania wyroku KIO z 12 stycznia 2015 r.

Obwiniony nie uczestniczył w rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych.

Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych podczas rozprawy wskazał, że w niniejszej sprawie powinien zostać zastosowany art. 17 ust. 1a uondfp, zgodnie z którym działanie lub zaniechanie nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeżeli zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych oraz, że ustawodawca nie wskazał, w jakim okresie powinna nastąpić korekta. Zdaniem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych korekta nastąpiła w skutek wykonania wyroku KIO z 12 stycznia 2015 r., a także wybrano ofertę najkorzystniejszą. Wniósł on zatem o uwzględnienie odwołania Obwinionego.

Rozpoznając sprawę Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych stwierdziła, co następuje.

Pomimo dążenia do szczegółowego ustalenia stanu faktycznego Komisja Orzekająca I instancji nie odniosła się w swoim orzeczeniu do wszystkich istotnych okoliczności faktycznych, które powinny być wzięte pod uwagę przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy. Komisja Orzekająca I instancji pominęła fakt i skutki wydania przez KIO wyroku z 12 stycznia 2015 r. (KIO (...)) dla Obwinionego. Okoliczności te rzutują bezpośrednio na ocenę zawinienia Obwinionego.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywała na konieczność wykazania winy jako przesłanki ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (np. orzeczenie GKO z 2 września 2010 r., BDF1/4900/48/54/10/37, orzeczenie GKO z 16 maja 2016 r., BDF1.4800.5.16, orzeczenie GKO z 10 listopada 2016 r., BDF1.4800.35.16, czy orzeczenie GKO z 29 czerwca 2017 r., BDF1.4800.40.2017). W jednolitej linii orzeczniczej przyjmuje się, że o winie można mówić wyłącznie

w przypadku wykazania, że Obwiniony nie zastosował się do normy prawnej, chociaż miał obiektywne możliwości postępowania zgodnie z normą.

Przyjmując nawet, że nieprawidłowość w zakresie określenia jednego z kryterium oceny ofert (ładowność pojazdu) naruszała zasadę konkurencyjności i zasadę równego traktowania a czynności podjęte przez Zamawiającego w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nie mogły doprowadzić do sanowania pierwotnego błędu popełnionego w określeniu w SIWZ warunków spełnienia tego kryterium, Komisja Orzekająca I instancji nie przedstawiła okoliczności i argumentów, które pozwalałyby szczegółowo opisać na czym polegała wina Obwinionego i do jakich działań, w tej konkretnej sytuacji, był bezwzględnie i jednoznacznie zobowiązany.

W okolicznościach niniejszej sprawy przypisanie winy Obwinionemu wymaga jednoznacznego wykazania, że działając w czasie w jakim doszło do wyboru oferty i zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wykonując wyrok KIO o konkretnej treści, Obwiniony miał obowiązek dokonać czynności unieważnienia postępowania. Czyli zadaniem Komisji Orzekającej w I instancji było wskazanie wzorca właściwego zachowania Obwinionego w konkretnych okolicznościach tej sprawy. Tylko takie ustalenie pozwala na indywidualną ocenę odpowiedzialności Obwinionego.

Istotne w niniejszej sprawie było to, że na podstawie art. 192 ust. 3 PZP, uwzględniając odwołanie Wykonawcy, KIO może – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Izba orzeka przy tym tylko o zarzutach podniesionych w odwołaniu.

KIO w uzasadnieniu swojego wyroku zauważyła, że doprecyzowanie, a w zasadzie określenie, wskazanego w SIWZ parametru technicznego stanowiącego kryterium oceny ofert - ładowności pojazdu, przez odwołanie się do konkretnych aktów prawnych następujące dopiero na etapie oceny ofert nie było prawidłowe oraz, że zamawiający określił kryteria oceny ofert, dokonał tego w bardzo ogólny i nieprecyzyjny sposób a ich uszczegółowienia dokonał dopiero na etapie oceny ofert, co jest niedopuszczalne.

Zabrakło jednak w niniejszej sprawie rozważania w jakim zakresie Obwinionego wiązała sentencja wyroku KIO nakazująca mu podjęcia konkretnych czynności, wśród których nie było nakazu unieważnienia postępowania, w szczególności w świetle art. 197 ust. 1 PZP, który stanowi, że orzeczenie KIO, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc

Sygn. akt BDF1.4800.39.2018

prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

Oceny zachowania Obwinionego należało dokonać także w związku z faktem, że KIO orzekając o odwołaniu wykonawcy w styczniu 2015 r. nie podnosiła, że wady postępowania powinny skutkować jego unieważnieniem. Kwestia ta została podniesiona w grudniu 2016 r., a więc wiele miesięcy później. Ocena zachowania Obwinionego dotyczy natomiast okresu z przełomu 2014 i 2015 r.

W związku z przywołanymi wadami postępowania zachodzi konieczność uchylecia zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej uznania za odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych Obwinionego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez Komisję Orzekającą I instancji, która powinna uzasadnić jaki wpływ na jego obowiązki miał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 stycznia 2015 r., KIO (...), nakazujący Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy (...) i nakazujący Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w sytuacji gdy postępowanie o udzielenie zamówienia było obaczone wadą uzasadniającą unieważnienie postępowania.

Ocena skutków prawnych wyroku KIO powinna być rozważana, także wobec podniesionych przez Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych argumentów o możliwości sanowania błędów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagają rozważenia w świetle rodzaju wad postępowania o udzielenie zamówienia i możliwych działań korekcyjnych, zgodnie z PZP.

Jeżeli natomiast Obwiniony był jednocześnie zobligowany do unieważnienia postępowania oraz wykonania wyroku KIO, wyjaśnienia wymaga której z tych czynności, zgodnie z przepisami prawa, należy przyznać pierwszeństwo.

Komisja Orzekająca I instancji nie wyjaśniła również jakie okoliczności tej sprawy oraz dotyczące wyłącznie Obwinionego wzięła pod uwagę wymierzając Obwinionemu karę nagany, pomimo że we wniosku o ukaranie żądano kary wyższej. Nie wiadomo także jakie okoliczności dotyczące Obwinionego zostały wzięte pod uwagę przy wyborze kary.

W związku z powyższym, Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji. Ponownie rozpoznając sprawę Komisja Orzekająca I instancji będzie zobowiązana – zgodnie z art. 150 uodfp – do uwzględnienia wskazań zwartych w niniejszym orzeczeniu.