



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Adam Trojan
	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2018 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzuconego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt RKO.5011.36.2017, którym uznano Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w:

1) **art. 17 ust. 1 pkt 1** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 ze zm.) polegającego na niezgodnym z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) opisanu w dniu 21 października 2013 r. przedmiotu zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą” w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez opisanie w dniu 21 października 2013 r. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy (...), co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty;

2) **art. 17 ust. 1 pkt 4** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych określeniu w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 8 stycznia 2015 r. kryteriów oceny ofert przy udzielaniu zamówienia publicznego pn. „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych;

3) **art. 17 ust. 1c** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na niedokonaniu wykluczenia z postępowania na „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”, wykonawcy, tj. (...) z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko inspektor nadzoru - technolog, co miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, co stanowiło naruszenie w czasie popełnienia czynu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a obecnie stanowi naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 tej ustawy.

Czasem popełnienia czynu był dzień 21 lutego 2015 r., gdyż zgodnie z art. 21 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów czyn polegał na zaniechaniu działania w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Za czas, w którym sprawca zaniechał działania, uważa się dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

orzeka:

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 2017 r., poz. 1311 z późn. zm.) uchyla orzeczenie Komisji I instancji w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie

Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie orzeczeniem z dnia 11 grudnia 2017 r.: uznała Pana (...) – będącego w czasie popełnienia czynów Burmistrzem Miasta (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w:

1) art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 ze zm.), zwanej dalej „uondfp”, polegającego na niezgodnym z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „pzp”, opisanu w dniu 21 października 2013 r. przedmiotu zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą” w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez opisanie w dniu 21 października 2013 r. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy (...), co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty;

2) art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, polegające na niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych określeniu w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 8 stycznia 2015 r. kryteriów oceny ofert przy udzielaniu zamówienia publicznego pn. „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 2a pzp;

3) art. 17 ust. 1c uondfp, polegające na niedokonaniu wykluczenia z postępowania na „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-

ściekowej na terenie Miasta (...)”, wykonawcy, tj. (...) z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko inspektor nadzoru - technolog, co miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, co stanowiło naruszenie w czasie popełnienia czynu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, a obecnie stanowi naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 tej ustawy. Za czas popełnienia czynu Komisja I instancji uznała dzień 21 lutego 2015 r.

i na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 37 uoondfp wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz na podstawie art. 167 ust. 1 uoondfp obciążyła obwinionego, obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 316,18 zł.

W toku dotychczasowego postępowania ustalono:

I. W zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp (pkt I.1. sentencji orzeczenia).

Zamawiający - Urząd Miasta w (...), przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na Zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą”, współfinansowane ze środków Program Operacyjny Kapitał Ludzki 2007-2013. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 21 października 2013 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego oraz w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń. W tym samym dniu ogłoszenie zostało przekazane do publikacji drogą elektroniczną Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 października 2013 r. pod nr 2013/S 206-356611. Ogłoszenie o zamówieniu także zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 429186 w dniu 22 października 2013 r. Zgodnie z treścią SWIZ przedmiotem zamówienia była dostawa pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik do SIWZ nr 2, który w Formularzu cenowym część I zamówienia: Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych i instrumentów muzycznych - w odniesieniu do niektórych pozycji dotyczących pomocy dydaktycznych obok nazwy zamawianego produktu zawiera wyrazy „lub równoważna/-ne”. Jednocześnie w części „Uwaga”, znajduje się informacja, iż: „Nazwy własne użyte w opisie przedmiotu zamówienia,

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

określające typ produktu lub producenta, zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych produktu”. Ponadto załącznik nr 2 do SIWZ w tabeli dotyczącej części I zamówienia zawiera bardzo szczegółowy opis wymaganych pomocy dydaktycznych w poz. od 1 do 156.

Ustalono, że przed upływem terminu składania ofert w Części I wpłynęły oferty (...) (cena brutto: 198.455,99 zł) i (...) (cena brutto: 203.136,00 zł). Pismem z dnia 14 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców w części I postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...), oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ponieważ zaproponowany w poz. 151 produkt nie stanowi rozwiązania równoważnego z uwagi na brak zaoferowania wraz z zestawem 6 instrumentów wymaganej szafki do ich przechowywania. Umowa została zawarta z wykonawcą (...) w dniu 10 lutego 2014 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, prowadząc czynności kontrolne, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 pzp wystąpiła do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę (...) oraz wykonawcę (...) lub innych konkretnych produktów innego producenta.

Biegły w sporządzonej opinii stwierdził m.in.:

„Analizie zostało poddanych 156 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego - Miasto Gminę (...). W tabeli udzielono odpowiedzi na zadane pytania (...): Czy parametry wyszczególnione w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta? (...)

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 106 razy Odpowiedzi przeczących udzielono: 49 razy
Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 1 raz. Jeśli tak, to jakie i które parametry na to wskazują? W większości przypadków (odpowiedzi twierdzące) opis w SIWZ Zamawiającego to przedruk ofert firmy (...)i (...): (...). Szczegółowość opisu produktów jest tak duża, że nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych - chociaż zamawiający ujął w wyjaśnieniach do SIWZ informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych (...) Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?
Odpowiedzi: Nie, nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego udzielono 106

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

razy. Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 56 razy. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca (...) oraz (...) są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia? Odpowiedzi twierdzących udzielono: 18 razy Odpowiedzi przeczących udzielono: 89 razy Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 49 razy.”

Biegły stwierdził ponadto, że „(...) (...)i (...) nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w SIWZ. Na rynku jest wiele firm, oferujących te same produkty co firma (...), będąc jednocześnie również ich dystrybutorem.(...) Jak wynika z przedstawionego materiału Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający tym samym ograniczył krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w SIWZ”.

Komisja I instancji stwierdziła, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Zdaniem Komisji I instancji, z opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Zdaniem RKO, nie było potrzeby wskazywania konkretnych pomocy dydaktycznych za pomocą ich dokładnych parametrów, ale możliwe było opisanie ich poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Taki opis umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców i tym samym zapewniłby realną konkurencję, zgodną z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Pomoce dydaktyczne należy uznać za artykuły powszechnie dostępne na rynku, produkowane przez wielu producentów i możliwe do uzyskania od wielu przedsiębiorców.

Komisja I instancji stwierdziła także, że w złożonych wyjaśnieniach Obwiniony wskazał, że w treści zawiadomienia UZP jako osoby naruszające dyscyplinę finansów publicznych przez zbyt szczegółowe opisanie produktów, objętych postępowaniem przetargowym na zamówienie publiczne Miasta (...) pn. „Zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą” zostali wskazani (...)i (...), nie zaś on jako Burmistrz Miasta, on zaś nie popełnił zarzucanego czynu. Podkreślił także, że w uzasadnieniu zawiadomienia stwierdzono, iż „rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej”, co skutkowało zasięgnięciem przez Prezesa UZP opinii biegłego, co oznacza, że skoro „(...) pracownicy kontroli z Urzędu Zamówień Publicznych, nie byli w stanie samodzielnie określić, czy oznaczenie produktów w SIWZ może naruszać zasadę uczciwej konkurencji, to oczywistym jest, że ja posiadający wykształcenie humanistyczne, tym bardziej zatwierdzając przedstawioną mi SIWZ wraz z zawartym w niej opisem przedmiotu zamówienia, dokładając najwyższej staranności, nie mogłem wykryć ewentualnych nieprawidłowości w opisach parametrów technicznych produktów objętych zamówieniem. Wobec powyższego nie ponoszę żadnej winy za ewentualne nieprawidłowości (...)”.

Komisja I instancji zwróciła jednak uwagę, że w świetle z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Obwiniony jako Burmistrz Miasta powyższym przepisom uchybił, podpisał w imieniu zamawiającego specyfikację istotnych warunków przedmiotowego zamówienia, wobec czego należy przyjąć, iż znał jej postanowienia. Tak więc miał możliwość działania zgodnego z prawem, tj. mógł spowodować aby opis przedmiotu zamówienia był zgodny z obowiązującymi przepisami. W efekcie, zdaniem RKO, opisany czyn wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp.

II. W zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp (pkt

I.2. sentencji orzeczenia):

Miasto (...) przeprowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia na pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”. Postępowanie zostało wszczęte dnia 8 stycznia 2015 r., a wartość

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

szacunkowa zamówienia wynosiła 385.155 zł. Przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi pełnienia roli Inżyniera Kontraktu dla projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”, w tym pełnienie usługi nad następującymi robotami: budowa Stacji Uzdatniania Wody SUW II w (...) o wydajności 50 m³/h, zgodnie z pozwoleniem na budowę, opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz budowę sieci kanalizacji sanitarnej o dł. ok. 6 km wraz z budową 4 szt. pompowni ścieków, z podziałem na 5 zadań, modernizacja 6 pompowni ścieków oraz modernizacja oczyszczalni ścieków.

RKO stwierdziła, że jak wynika z § 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej dnia 25 marca 2015 r. z wykonawcą (...), przedmiotem umowy: „są usługi świadczone przez Inżyniera Nadzoru, związane z zarządzaniem technicznym, administracyjnym i finansowym inwestycji. Zarządzanie będzie obejmowało m. in. organizację, nadzór i koordynację procesu inwestycyjnego, wykonywanie obowiązków Inżyniera Nadzoru zgodnie z przepisami prawa, w szczególności Prawa budowlanego, sporządzanie raportów, rozliczanie finansowe inwestycji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, instytucji zarządzającej i pośredniczących w ramach realizacji przedsięwzięcia (...)” Jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu zamawiający wskazał cenę. W uzasadnieniu zastosowania jedynego kryterium - ceny, zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa UZP z dnia 11 sierpnia 2016 r. wskazał: „(...) Niewątpliwie od czasu możliwości finansowania bądź współfinansowania przedsięwzięć ze środków UE, rynek w zakresie oferowania usług Inżyniera Kontraktu stał się ogólnodostępny z uwagi na zapisy dokumentów programowych, zalecających wykonywanie zadań na roboty budowlane w oparciu o zapisy FIDIC. Te z kolei obligują wykonawców do ustanowienia instytucji Inżyniera kontraktu jako organu kontrolującego, sprawującego nadzór nad prawidłowym rozliczaniem inwestycji oraz projektu pod względem zgodności z zasadami UE. Usługa ta oferowana jest przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy do nich dostęp praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich usług. Tym bardziej potwierdza to fakt, że w ramach omawianego przetargu zgłosiło się ośmiu oferentów. Drugim warunkiem ustanowienia jednego kryterium wyboru ofert jest określenie "ustalonych standardów jakości", które w omawianym przypadku charakteryzują się przede wszystkim powtarzalnością i typowością. Usługa Inżyniera Kontraktu jest powszechnie stosowana przy projektach finansowanych ze środków unijnych w ramach warunków kontraktowych FIDIC. Przez co odpowiednio wpisuje się w przesłanki ustanowione przez ustawodawcę w

przytoczonym na wstępie art. Dlatego też kierując się wykładnią celowości, można stwierdzić, że tylko cena umożliwia odróżnienie od siebie usługi charakteryzujące się ustalonymi standardami”.

Zdaniem RKO, Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a pzp należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem, nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta. Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”. Zdaniem Komisji I instancji, art. 91 ust. 2a pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na usługi, do których nie można zaliczyć np. usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców. Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie usługi wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania. Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usług eksperckich, usług koordynatorów projektów, usługi pełnienia roli inżyniera kontraktu. Powyższe wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy, a zamawiający, w zależności od rodzaju usług stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać

indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

W efekcie, zdaniem Komisji I instancji, zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nie można zaliczyć do kategorii „prostych, nieskomplikowanych usług”. Usługa w niniejszej sprawie polega na nadzorze technicznym i jakościowym nad robotami budowlanymi w zakresie budowy stacji uzdatniania wody i kanalizacji sanitarnej, jak również na nadzorze nad całością dokumentacji sporządzonej przez wykonawcę oraz na sprawowaniu kontroli prawidłowości stosowania procedur unijnych i dopełnieniu w tym zakresie wszelkich formalności. Inżynier Kontraktu nie jest pojedynczą osobą, lecz zespołem specjalistów o określonych kwalifikacjach m. in. z zakresu prawa budowlanego. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji, konkretnej usługi nadzoru inwestorskiego nie może świadczyć każdy podmiot, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne warunki udziału w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia, o czym świadczy też fakt, że zamawiający wymagał w kontrolowanym postępowaniu wykazania się przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi konkretne uprawnienia budowlane oraz wpis na listę podmiotów legitymujących się odpowiednimi uprawnieniami w danej specjalności branżowej. O ile powyższe kwalifikacje mogą być powszechne w firmach zajmujących się wykonywaniem usług objętych przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie, o tyle nie można powiedzieć, że są to kwalifikacje powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna. Z tego też powodu liczba ośmiu ofert złożonych w kontrolowanym postępowaniu nie może świadczyć o „powszechności” zamawianej usługi. Ponadto, według RKO, nie ma podstaw do uznania, iż usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu posiada ustalone standardy jakościowe, gdyż FIDIC określa wprawdzie prawa i obowiązki Inżyniera Kontraktu, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres wynika przede wszystkim z rodzaju, zakresu i poziomu skomplikowania inwestycji, na której Inżynier będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też nie

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

można twierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe.

W związku z powyższym, Komisja I instancji uznała, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ usługi, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz usługami wymagającymi od wykonawcy posiadania specjalistycznej wiedzy, odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu prawa budowlanego oraz dostosowanymi do charakteru konkretnej inwestycji. Wyczerpuje to znamiona czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp. Komisja I instancji nie przychyliła się w tym zakresie do argumentacji Obwinionego, który w toku postępowania stwierdził, że „(...) zgodnie z informacją pokontrolną Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 października 2016 r, naruszenie to zostało zakwalifikowane jako nie mające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe, nie jest zasadne wszczynanie w przedmiotowym zakresie postępowania wyjaśniającego w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych, skoro Miasto (...) jako Zamawiający nie poniosło szkody rzeczywistej, ani nawet nie mogło ponieść szkody hipotetycznej wskutek wystąpienia przedmiotowego naruszenia.”

III. W zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1c uondfp (pkt I.3. sentencji orzeczenia):

Komisja I instancji stwierdziła, że zgodnie z poz. III.3.4. ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz z punktem 9.1.2 lit. b SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy mieli wykazać, że dysponują m.in. osobą na stanowisko: Inspektor Nadzoru - technolog, posiadającą 3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych.

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

Wykonawca (...) zaproponował na ww. stanowisko p. (...), wraz ze wskazaniem w wykazie osób, że osoba ta posiada „wykształcenie wyższe techniczne. Uprawnienia nr 1179/Lb/80. Ponad 30 lat doświadczenia zawodowego.” W wykazie nie znalazły się żadne inne informacje dotyczące doświadczenia zaproponowanej osoby. Pismem z dnia 5 lutego 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 uzp „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia - rubrykę nr 5 - Inspektor Nadzoru - technolog, o opis kwalifikacji zawodowych. Z załączonego do oferty wykazu nie wynika, że osoba, która będzie uczestniczyła w wykonywaniu niniejszego zamówienia posiada doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych”. W odpowiedzi wykonawca uzupełnił wykaz osób o informacje na temat doświadczenia p. (...), wskazując, iż posiada „ponad 30 lat doświadczenia zawodowego, w tym 3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody”, po czym wykonawca wskazał konkretne inwestycje, na których ww. osoba zdobyła doświadczenie (6 inwestycji).

W dniu 20 lutego 2015 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy (...). Wynik postępowania zatwierdził kierownik zamawiającego, tj. Pan (...) - Burmistrz Miasta (...). Umowa z wybranym wykonawcą została zawarta dnia 25.03.2015 r.

Zdaniem RKO, zgodnie z dokumentacją przetargową tylko jedna wskazana przez wykonawcę inwestycja spełnia wszystkie wymagania zamawiającego opisane w warunku udziału w postępowaniu, tj. inwestycja: „10.2010 - 06.2011 Rozbudowa ujęcia wody w m. (...) - stacja o wydajności $Q=95 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania aeratorem w zbiorniku kontaktowym ponad 2,6 tys. litrów na filtrach zamkniętych dwustopniowych”. Natomiast w przypadku trzech inwestycji wykonawca podał wyłącznie ich nazwy, okres pełnienia funkcji oraz informacje o wydajności stacji, a w przypadku dwóch inwestycji wykonawca podał jedynie ich nazwy i okres pełnienia funkcji przez proponowaną osobę. Oznacza to, według Komisji I instancji, że z wykazu osób uzupełnionego przez wykonawcę wynika, iż osoba proponowana na stanowisko: Inspektor Nadzoru - technolog posiada jedynie 9 miesięcy doświadczenia zawodowego jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji

związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych.

Zdaniem RKO, z wykazu osób załączonego do oferty wykonawcy (...), jak również z wykazu uzupełnionego na wezwanie zamawiającego, nie wynika, że osoba proponowana na stanowisko Inspektor Nadzoru - technolog posiada opisane w warunku udziału w postępowaniu 3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50 \text{ m}^3/\text{h}$ w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych. Ponadto, również z wyjaśnień zamawiającego nie wynika, aby inwestycje wskazane w wykazie osób spełniały wszystkie parametry wymagane w warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł jedynie, że „przeważająca większość wybudowanych stacji uzdatniania wody posiada urządzenia do redukcji związków żelaza i manganu w postaci odżelaziaczy oraz odmanganiaczy”, z czego nie można wnioskować, że przedstawione przez wykonawcę inwestycje z całą pewnością spełniają wszystkie wymagania zamawiającego.

Zdaniem Komisji I instancji, (...) nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisku Inspektor Nadzoru - technolog i w związku z tym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, obowiązującego w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W trakcie postępowania wyjaśniającego Obwiniony stwierdził m.in., że została powołana Jednostka Realizująca Projekt na okoliczność wdrożenia, realizacji i rozliczenia projektu, zaś jednym z szczegółowych obowiązków Kierownika JRP był nadzór nad przygotowaniem materiałów, projektów i innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Obwiniony stwierdził następnie: „(...) oceną dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zajmował się również osobiście Pan (...), pełniący wówczas funkcję kierownika JRP. (...) Zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu jest tak naprawdę uchybieniem tegoż pracownika i nie powinno w istotny sposób, przesądzający o poniesieniu odpowiedzialności dyscyplinarnej, obciążać Burmistrza Miasta (...), który co prawda odpowiada za prawidłową realizację zadań gminy, nie dokonując jednak osobiście oceny dokumentów składanych przez wykonawców w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie zatwierdza rozstrzygnięcia podjęte przez pracowników merytorycznych”.

Zdaniem RKO, nie ulega wątpliwości, że kierownik zamawiającego jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, zgodnie z art. 18 ust. 1 pzp. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania, a kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego. W ocenie RKO przepis ten dotyczy zakresu odpowiedzialności kierownika jednostki oraz możliwości powierzania czynności w postępowaniu oraz związanych z jego przygotowaniem imiennie oznaczonym osobom. W sytuacji, gdy takie powierzenie nie nastąpi, na zasadach ogólnych odpowiadać będzie kierownik jednostki. Powierzenie czynności musi natomiast spełniać wymagania określone w art. 18 ust. 2 pzp.

Zdaniem Komisji I instancji, z orzeczeń GKO wynika, że powierzenie, o jakim mowa w art. 18 ust. 2 pzp musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego dla danego pracownika z wymienieniem czynności z zakresu postępowania przetargowego, które zostały mu powierzone. Brak takiego indywidualnego upoważnienia skutkuje brakiem możliwości postawienia zarzutu zaniechania dokonania pewnych czynności lub dokonania czynności niezgodnie z obowiązującym prawem. Opierając się na wykładni art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać, że upoważnienia zawarte w dokumentach przedłożonych przez Obwinionego zarówno na etapie postępowania przed Rzecznikiem jak również na rozprawie nie spełniają wymagań „powierzenia czynności” zastrzeżonych dla kierownika jednostki.

Zdaniem RKO, należy zwrócić uwagę, że kierownik zamawiającego przy realizacji prawa powierzenia pracownikom czynności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania podlega pewnemu ograniczeniu, tzn. może się on bowiem podzielić odpowiedzialnością tylko w zakresie czynności dla niego zastrzeżonych. Natomiast czynności wykonywane przez członków komisji przetargowej nie są zastrzeżone dla kierownika, w wyniku czego kierownik nie ma możliwości przekazania ich w trybie art. 18 ust. 2 pzp i z tego względu w art. 20 ust. 2 pzp znalazła się odrębna podstawa prawna powierzenia obowiązków i odpowiedzialności komisji przetargowej.

W tym stanie faktycznym należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Stosownie do art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie natomiast z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp obowiązującym w czasie popełnienia czynu, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. W czasie orzekania przepis art. 91 ust. 2a Pzp stanowi, iż zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

Stosownie do treści art. 24 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. Analizując dwa stany prawne opisane w ww. art. 91 ust. 2a (przed i po nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), Komisja I instancji stwierdza, że są one podobne, jednak występują okoliczności pozwalające na uznanie, że stan prawny obowiązujący w czasie popełnienia zarzucanego czynu był względniejszy dla Obwinionego. Obecny stan prawny wprowadza dodatkowe ograniczenia w zakresie konieczności określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wprowadza dodatkowe ograniczenie procentowe w zakresie ceny. Dlatego też powołanie się na przepis art. 91 ust. 2a Pzp w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia czynu jest uzasadnione.

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

W kontekście naruszeń prawa materialnego należy również przywołać obowiązujący w dacie popełnienia czynu art. 24 ust. 2 pkt 4, a obecnie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem RKO, Obwiniony jako Burmistrz Miasta powyższym przepisom prawa materialnego uchybił i podpisał w imieniu Zamawiającego specyfikację istotnych warunków zamówienia, wobec czego należy przyjąć, iż znał, lub powinien znać, jej postanowienia. Obwiniony miał możliwość działania zgodnego z prawem, tj. mógł opisać przedmiot zamówienia i ustalić kryteria oceny ofert w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami. Obwiniony również mógł wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Komisja I instancji stwierdza, że odpowiedzialność za opisane czyny ponosi Obwiniony jako Burmistrz Miasta. Jego odpowiedzialność wynika z faktu zatwierdzenia specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia i zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania; art. 18 ust. 1 cyt. ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż „Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego”; art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, który stanowi iż „Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych”.

Zdaniem RKO, zawinienie jest warunkiem ponoszenia odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zaś w świetle zebranego materiału dowodowego wina Obwinionego nie budzi wątpliwości. Obwiniony podpisał w imieniu Zamawiającego specyfikację istotnych warunków przedmiotowego zamówienia, wobec czego należy przyjąć, iż znał jej postanowienia. Obwiniony miał możliwość działania zgodnego z prawem, tj. mógł spowodować aby opis przedmiotu zamówienia był dokonany w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami. Ponadto, nie zachował wymaganej staranności w trakcie przeprowadzania postępowania o zamówienie publiczne i tym samym zaniechał obowiązku wykluczenia wykonawcy.

W zakresie wymiaru kary Komisja I instancji stwierdziła, że do okoliczności obciążających zaliczyła bezprawność działania w zakresie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych oraz wagę naruszonych przepisów. RKO nie dostrzegła natomiast okoliczności

łagodzących, poza uprzednią niekaralnością z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz pozytywną opinią o wywiązywaniu się z obowiązków służbowych. RKO jest zdania, że kara nagany odniesie skutek dyscyplinujący w tym zakresie oraz uświadomi nieprawidłowość zachowania, bez konieczności sięgania po kary o charakterze ostrzejszym. Uznała również, że przeprowadzone postępowanie, czy też uznanie winy odniesie zamierzony cel wychowawczy, który będzie polegał na kształtowaniu pozytywnych postaw wobec prawa, a także odniesie cel prewencyjny sprowadzający się do nie dopuszczenia naruszenia dyscypliny finansów publicznych w przyszłości.

Z uwagi na przypisanie Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja, działając na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp, obciążyła go kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa.

Pismem z dnia 15 stycznia 2018 r. odwołanie od powyższego orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej złożyła Obróńca Obwinionego adw. (...), wnosząc o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie (...) od popełnienia zarzuconych mu naruszeń dyscypliny finansów publicznych.

Zaskarżonemu rozstrzygnięciu przedstawiła następujące zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego oraz przepisów postępowania, zawartych w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej uondfp), tj. kolejno:

- 1) art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp przez wadliwe zastosowanie odpowiedzialności obwinionego jako kierownika jednostki sektora finansów publicznych, a nie pracowników i innych osób, którym powierzone były obowiązki w tej jednostce w myśl art. 4 ust.1 pkt 3 uondfp;
- 2) art. 19 ust. 1 uondfp poprzez przypisanie obwinionemu odpowiedzialności za wszystkie trzy czyny, których nie popełnił, bowiem nie opisywał przedmiotu zamówienia odnośnie czynu pierwszego, nie określał kryteriów oceny ofert jeżeli chodzi o czyn drugi i nie zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy co do czynu trzeciego;
- 3) art. 19 ust. 2 uondfp przez uznanie Burmistrza Miasta (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych pomimo, że dokładając należytej staranności, nie był w stanie uniknąć żadnego z naruszeń;

- 4) art. 76 ust. 1 i ust. 3 uondfp oraz art. 80 ust. 1 uondfp poprzez nie udowodnienie odpowiedzialności obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie zbadanie i nie uwzględnienie jakichkolwiek okoliczności przemawiających na korzyść obwinionego, a wątpliwości rozstrzyganie na jego niekorzyść;
- 5) art. 78 ust. 3 w związku z ust. 1 pkt 2 uondfp poprzez nie uwzględnienie, że odnośnie czynu pierwszego w Opisie przedmiotu zamówienia brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
- 6) art. 87 uondfp i art. 89 ust. 1 i ust. 2 uondfp poprzez nie rozpatrzenie całokształtu przedłożonego przez obwinionego materiału dowodowego w postaci dokumentów organizacyjnych zamawiającego, umów i zakresów obowiązków oraz oddalenie złożonego na rozprawie w dniu 11 grudnia 2017 r. w imieniu obwinionego pisemnego wniosku o przesłuchanie świadków na okoliczność dokonywanych przez nich czynności oraz ponoszenia odpowiedzialności za uchybienia w zakwestionowanych postępowaniach przetargowych;
- 7) art. 137 ust. 2 pkt 2 i 3 uondfp poprzez nie wskazanie w uzasadnieniu orzeczenia z jakich przyczyn Regionalna Komisja Orzekająca uznała za nie udowodnione fakty, świadczące o nie popełnieniu przez Burmistrza Miasta naruszeń dyscypliny, wynikające z przedłożonych przez niego dokumentów, a także niezasadne przytaczanie w podstawie prawnej rozstrzygnięcia art. 18 ust. 1 i ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania stwierdzono m.in.:

Ad 1) Regionalna Komisja Orzekająca odnośnie wszystkich 3 czynów błędnie uznała Burmistrza Miasta (...), będącego kierownikiem zamawiającego w myśl art. 4 ust.1 pkt 2 uondfp za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z przedłożonych przez obwinionego i zaliczonych w poczet materiału dowodowego dokumentów wynika bowiem, że Burmistrz Miasta nie wykonywał żadnej z czynności z zakresu zamówień publicznych, za które została mu przez Regionalną Komisję przypisana odpowiedzialność.

Z mocy art. 4 ust. 1 pkt 3 uondfp ewentualną odpowiedzialność za przedmiotowe działania mogły ponieść:

- za czyn pierwszy pracownicy Urzędu Miasta - (...)i (...), którym powierzono i faktycznie wykonywały obowiązki w zakresie przygotowania Opisu przedmiotu zamówienia na zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i

komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn: „Indywidualizacja moją szansą” oraz były w składzie Komisji Konkursowej, (...) jako jej Przewodnicząca;

- za czyn drugi (...) - Pełnomocnik ds. Realizacji Projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno - ściekowej na terenie Miasta (...)” (MAO), która w postępowaniu przetargowym na „Pełnienie usługi Inżynier Kontraktu” określiła kryteria oceny ofert, za co zgodnie z zakresem jej obowiązków ponosiła odpowiedzialność;
- za czyn trzeci (...), Kierownik Jednostki Realizującej Projekt pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno - ściekowej na terenie Miasta (...)”, który zgodnie z umową oraz Regulaminem organizacyjnym tej Jednostki m. in. sprawował nadzór nad przygotowaniem dokumentów, akceptował Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia, brał udział w pracach komisji przetargowych, a w zamówieniu na Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu był powołany na Przewodniczącą Komisji Przetargowej, zobowiązanej do podejmowania wszystkich czynności zgodnie z Regulaminem jej pracy, w tym dokonywania oceny spełniania warunków wymaganych od wykonawców oraz przygotowania propozycji wyboru oferty najkorzystniejszej.

Należy podnieść, że ustawowa konstrukcja podmiotowej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter rozłączny i ściśle personalny, co oznacza, że jeżeli pracownikom lub innym osobom powierzono na podstawie ustawy wykonywanie obowiązków w jednostce sektora finansów publicznych, to oni, a nie kierownik jednostki, odpowiadają za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków, stanowiących czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Świadczy o tym odrębne usytuowanie w art. 4 ust. 1 pkt 2 uońdftp odpowiedzialności kierownika i odrębne w art. 4 ust. 1 pkt 3 tej ustawy odpowiedzialności pracowników i innych osób. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyczerpująco reguluje zakres podmiotowy odpowiedzialności i nie odsyła w tym względzie do unormowań innych ustaw. W szczególności - wbrew stanowisku Komisji Orzekającej I Instancji - nie zawiera odesłania do art. 18 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, stanowiących o przypisaniu odpowiedzialności kierownikowi czy też innym osobom ze strony zamawiającego, ale przed organami kontrolnymi przewidzianymi tą właśnie ustawą tj. przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajową Izbą Odwoławczą. (...)

Ad 2). Z literalnego brzmienia art. 19 ust. 1 uooudfp wynika, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi wyłącznie osoba, która taki czyn popełniła, a więc wykonała czynność zakazaną lub nie podjęła działania nakazanego prawem. Zakres odpowiedzialności obwinionego w przedmiotowej sprawie obejmował niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych: opisanie przedmiotu zamówienia (czyn pierwszy), określenie kryteriów oceny ofert (czyn drugi) i nie dokonanie wykluczenia wykonawcy (czyn trzeci). Żadnej z tych czynności Burmistrz Miasta osobiście nie wykonywał, ani w jakikolwiek inny sposób nie uczestniczył przy ich podejmowaniu.

Natomiast z dokumentacji przetargowej na zakup pomocy dydaktycznych jednoznacznie wynika, że opis przedmiotu zamówienia (...) przygotowały: (...), ówczesna Kierownik Referatu Promocji i Pozyskiwania Funduszy Urzędu Miasta (...)i (...), pracownik tego Referatu i pracownicy ci byli też powołani zarządzeniem Burmistrza w skład Komisji przetargowej, (...) jako Przewodnicząca Komisji i (...) jako członek Komisji (...). Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w zawiadomieniu skierowanym do Rzecznika o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych jako osoby naruszające wskazał właśnie (...)i (...)(...), lecz Regionalna Komisja w ogóle nie ustosunkowała się do treści uzasadnienia dotyczącego tego wskazania (...).

Z kolei w przetargu na Pełnienie Usługi Inżynier Kontraktu osobą, która określiła kryteria oceny ofert była (...), Pełnomocnik ds. Realizacji Projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”. Osoba ta była wskazana w zawiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako naruszająca dyscyplinę finansów publicznych w zakresie nieprawidłowego określenia kryteriów oceny ofert, lecz Regionalna Komisja również nie ustosunkowała się do uzasadnienia stanowiska Prezesa odnośnie tego wskazania. Natomiast odnośnie zarzutu dotyczącego niewykluczenia z przetargu na Pełnienie Usługi Inżynier Kontraktu wykonawcy z ofertą najkorzystniejszą z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazując jako osobę odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych obwinionego, nie dysponował informacją i dokumentami, z których jednoznacznie wynika, że do realizacji całości Projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta(...)” już w 2013 r., została powołana Jednostka Realizująca Projekt. Kierownikiem tej Jednostki od połowy grudnia 2014 r. został wybrany (...), który był jednocześnie Przewodniczącym Komisji Przetargowej, badającej oferty i podejmującej czynności w przedmiotowym postępowaniu.

Wbrew twierdzeniu Komisji I Instancji nie można więc przyjąć, że zatwierdzenie przez Burmistrza Miasta w obu przedmiotowych przetargach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia czy też zatwierdzenie samego rozstrzygnięcia przetargu na „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu” są wystarczające do skutecznego postawienia mu zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ad 3) Nieuzasadnione jest stanowisko Komisji I Instancji, że przy dołożeniu należytej staranności stosownie do art. 19 ust. 2 uoandfp Burmistrz Miasta mógł uniknąć przypisanych mu naruszeń dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony jest z wykształcenia historykiem i nie posiada szczegółowej wiedzy odnośnie skomplikowanych i stale zmieniających się przepisów dotyczących zamówień publicznych, a także dotyczących technicznych, specjalistycznych wymogów stawianych zamawianym produktom czy wykonawcom. Tym bardziej nie był w stanie ocenić, czy wykonawcy faktycznie spełniają wymagane, a jednocześnie deklarowane przez nich warunki udziału w postępowaniu, jak 3-letnie doświadczenie na stanowisku technologa na abstrakcyjnych i niezrozumiałych dla humanisty, budowach w zamówieniu na „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu.” (...)

Ad 4). Analiza całokształtu materiału dowodowego, zawartego w aktach niniejszej sprawy wskazuje, że odpowiedzialność (...) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odnośnie wszystkich trzech czynów nie została mu udowodniona zgodnie z art.76 ust. 1 uoandfp. Wszelkie niedające się usunąć wątpliwości, jak chociażby wskazanie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej następczej obu przedmiotowych postępowań przetargowych (...) innych osób niż Burmistrz Miasta (...), jako winnych naruszenia dyscypliny finansów publicznych odnośnie pierwszych dwóch czynów, winny być z mocy art. 76 ust. 3 uoandfp rozstrzygane na korzyść, a nie na niekorzyść obwinionego. Nieustosunkowanie się w ogóle Komisji I Instancji do w/w okoliczności niewątpliwie świadczy też o naruszeniu art. 80 ust. 1 uoandfp. Podobnie ocenić należy nie odniesienie się do postanowienia Prokuratury o umorzeniu śledztwa (...), a także do dokumentów, przedłożonych przez obwinionego w toku postępowań przed Rzecznikiem Dyscypliny Finansów Publicznych, jak i przed Regionalną Komisją. Dokumenty te, aczkolwiek formalnie włączone do materiału dowodowego w sprawie, nie zostały w uzasadnieniu orzeczenia zanalizowane mimo, że zarówno w pisemnych wyjaśnieniach obwinionego, jak i w jego wnioskach dowodowych oraz na rozprawie w dniu 11.12.2017 r. podnoszone były wynikające z nich istotne dla wyniku sprawy niniejszej okoliczności, przemawiające na korzyść obwinionego.

Ad 5) Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przemawia za tym, że nie został popełniony pierwszy czyn z art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, polegający na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych opisanu przedmiotu zamówienia publicznego na zakup pomocy dydaktycznych i instrumentów muzycznych w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stwierdzić trzeba, że nie niektóre -jak twierdzi Komisja I Instancji, lecz prawie wszystkie pozycje pomocy zawierają określenie „lub równoważna” i w uwadze pod opisem zawarta jest informacja, że „nazwy własne, określające typ produktu lub producenta zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych produktu" (...). Zarzut dotyczący tego naruszenia został sformułowany przez Prezesa UZP i powtórzony przez Regionalną Komisję wyłącznie w oparciu o opinię biegłej mgr pedagogiki (...), którą w całości zamawiający zakwestionował przed wszystkimi organami kontroli, w tym przed Prezesem UZP i Mazowiecką Jednostką Wdrażania Programów Unijnych. (...) Dodać wypada, że biegła badała wyłącznie rynek krajowy, a nie unijny, choć przetarg był przekazany do ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich i porównywała oferty z 2016 r., a nie z 2013 r. kiedy toczyło się postępowanie przetargowe. Biegła oceniała pomoce edukacyjne z punktu widzenia ich celów edukacyjnych np. grę „Rybki”, natomiast zamawiający, będący jednostką sektora finansów publicznych jest w równym stopniu zobligowany do przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków określonych w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych oraz zapewnienia trwałości pomocy i bezpieczeństwa ich użytkowania przez dzieci. (...)

Wreszcie analiza uzasadnienia postanowienia Prokuratury Okręgowej o umorzeniu śledztwa z powodu braku znamion czynu zabronionego, które toczyło się w związku z postępowaniami przetargowymi na pomoce dydaktyczne w 27 gminach w Polsce, prowadzi do wniosku, że mimo znajdowania się tych gmin/miast w identycznej sytuacji faktycznej, Prezes UZP tylko w stosunku do niektórych zamawiających, jak wobec Miasta (...), skierował zawiadomienia o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Tymczasem we wszystkich tych przetargach zgodnie z tożsamymi opiniami biegłej (...) część produktów było dystrybuowanych wyłącznie przez firmy (...) i (...) i przez to cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy, a mimo to Prezes UZP nie stwierdzał możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, o jakiej mowa w art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to gmin/miast: (...). W ten sposób wymienione wyżej jednostki samorządu terytorialnego bez żadnej uzasadnionej przyczyny zostały uprzywilejowane w

porównaniu z innymi, jak chociażby z Miastem (...), co do którego Prezes UZP zawiadomił Rzecznika o możliwości naruszenia uczciwej konkurencji. Mało tego, okazuje się, że Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych w stosunku do wielu dalszych jednostek nie skierował wniosków o ukaranie ich kierowników czy pracowników. Oznacza to więc absolutnie nierówne traktowanie poszczególnych Urzędów i ich kierowników przez organy kontrolne Państwa. Wobec tego w stosunku do obwinionego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym ewidentnie została naruszona konstytucyjna zasada równego traktowania przewidziana w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne.”

Ad 6). Komisja I Instancji uchyliła się od oceny zapisów w poszczególnych dokumentach, przedłożonych przez obwinionego w toku postępowania wyjaśniającego przez Rzecznikiem, jak i złożonych na rozprawie w dniu 11 grudnia 2017 r. Stwierdziła jedynie, że w żadnym z tych dokumentów obwiniony nie powierzył skutecznie czynności w postępowaniu oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania, tak aby wskazane przez obwinionego osoby otrzymały konkretny, indywidualnie określony zakres zadań. Tymczasem w Regulaminie udzielania zamówień publicznych w Urzędzie Miasta (...) wprowadzonym zarządzeniem Burmistrza Miasta z dnia 03.07.2013 r. na podstawie ustawy o samorządzie gminnym, ustawy o finansach publicznych i Prawa zamówień publicznych w § 3 przewidziano za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiedzialność wszystkich kierowników merytorycznych komórek, tj. Kierownika referatu, biura, pracowni lub pracownika na samodzielny stanowisku, właściwego do przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zakresu działania komórki organizacyjnej w rozumieniu § 2 pkt 9 tego Regulaminu, a także odpowiedzialność innych pracowników w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz związane z przygotowaniem postępowania. (...) W przedłożonym na rozprawie w dniu 11.12.2017 r. Regulaminie Organizacyjnym Urzędu Miasta (...), nadanym zarządzeniem Burmistrza Miasta z dnia 28.02.2011 r. na podstawie ustawy o samorządzie gminnym w § 10 ust. 1 pkt 6 wymieniony jest Referat Promocji i Pozyskiwania Funduszy jako komórka organizacyjna wchodząca w skład Urzędu Miasta, a w § 11 pkt 6 wyszczególniony jest podstawowy zakres działania tego Referatu. Kierownikiem Referatu w dacie opisywania przedmiotu zamówienia na pomoce dydaktyczne była (...), która opisywała ten przedmiot wspólnie z pracownikiem tego Referatu (...). Obie były też powołane zarządzeniem Burmistrza z 21.10.2013 r. w skład Komisji przetargowej (...). Wyżej wymienione

dokumenty jednoznacznie wymieniają obowiązki w szczególności Kierownika Referatu w zakresie przygotowania postępowania o udzielenie każdego zamówienia publicznego, a w razie wątpliwości Komisji Orzekającej w tym zakresie, osoby te zgodnie z wnioskiem dowodowym winny być przesłuchane w charakterze świadków.

W toku postępowania wyjaśniającego przed Rzecznikiem odnośnie naruszeń dyscypliny finansów publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu” zostały przedłożone dokumenty w postaci wydanego na podstawie ustawy o samorządzie gminnym i § 11 ust. 5 Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miasta, zarządzenia Burmistrza Miasta z 03.12.2013 r., zmienionego zarządzeniem z 15.12.2014 r. w sprawie powołania (...) na pełnomocnika ds. Realizacji Projektu (MAO) oraz utworzenia Jednostki Realizującej Projekt (JRP) pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno - ściekowej na terenie Miasta (...)” wraz z załącznikiem do zarządzenia w postaci Regulaminu i Schematu Organizacyjnego tej Jednostki (...). Wbrew stanowisku Komisji Orzekającej, w § 2 pkt 8 Regulaminu jako podstawowe zadania JRP zostały wskazane m. in. przygotowanie dokumentacji przetargowej, udział w organizacji i przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych w ramach Projektu, zaś § 5 ust. 1 Regulaminu wymieniał obowiązki Kierownika JRP, w szczególności w pkt 7: „nadzór nad przygotowaniem materiałów, projektów i innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych” a w pkt 8: „akceptacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), udział w pracach komisji przetargowych oraz współpraca z Instytucją Wdrażającą i Pośredniczącą w trakcie przygotowania i przeprowadzania tych postępowań”. Umowę zlecenia z Kierownikiem JRP (...) Miasto (...) zawarło na czas realizacji Projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)” tj. od 15.12.2014 r. do 31.12.2015 r. i wśród jego obowiązków i odpowiedzialności określonych m.in. w § 4 pkt 7 i 8 umowy powtórzone zostały cytowane wyżej zapisy Regulaminu Organizacyjnego JRP. Powierzenie powyższych obowiązków (...) było więc konkretne i indywidualnie jemu przypisane.

Podobnie umowa zlecenia zawarta pomiędzy Miastem (...) a (...) na pełnienie przez nią funkcji Pełnomocnika ds. Realizacji tegoż Projektu zwanym MAO była zawarta na czas jego realizacji od 15.12.2014 r. do 31.12.2015 r. W zakresie obowiązków (...), stanowiących w myśl § 1 ust. 2 umowy załącznik do tej umowy w części II Przetargi w pkt 1 jest zapis: „MAO jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a przede

wszystkim za przygotowanie i publikację ogłoszenia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w tym kryteriów oceny ofert." Tak wyszczególnione obowiązki nie mogą pozostawiać wątpliwości co do możliwości przypisania jedynie (...) odpowiedzialności za podanie w przetargu na „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu” jako jedyne kryterium oceny ofert 100% ceny.

(...), w wypełnieniu obowiązków Kierownika JRP zarządzeniem Burmistrza z 21.01.2015 r. został powołany jako Przewodniczący Komisji Przetargowej w postępowaniu na „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu”. Zarządzenie w § 2 określało zadania Komisji jako otwarcie ofert, sporządzenie dokumentacji z postępowania, przygotowanie propozycji wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, przygotowanie pism oraz innych czynności dotyczących tego postępowania. Z kolei § 3 tego zarządzenia odsyłał do Regulaminu pracy Komisji przetargowej, stanowiącego załącznik do Regulaminu udzielania zamówień publicznych w Urzędzie Miasta (...). Twierdzenie Komisji I Instancji, że powołane wyżej i złożone na rozprawie materiały oraz wnioski dowodowe o przesłuchanie świadków nie mają znaczenia w sprawie jest nieuzasadnione, gdyż uwiarygadniają tezę, że nie Burmistrz, a MAO i Kierownik JRP winni być ewentualnie pociągnięci do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów odnośnie czynu drugiego i trzeciego. (...)

Ad 7) Wreszcie z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia nie wynika, z jakich przyczyn wszystkie powołane wyżej fakty i okoliczności zostały przez Komisję uznane za nieudowodnione i jakie wiarygodne z kolei dowody miałyby na to wskazywać. Podstawa prawna orzeczenia została zaś bezpodstawnie powiązana z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, choć jest odrębnie i samodzielnie uregulowana w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Podnosząc wszystkie powołane wyżej zarzuty, obrońca wniosła, jak na wstępie.

Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.

Zaskarżone orzeczenie powinno być uchylone, a sprawa przekazana Regionalnej Komisji Orzekającej do ponownego rozpoznania.

Uchylenie orzeczenia Komisji I instancji nie oznacza, że Główna Komisja Orzekająca podziela wszystkie argumenty podniesione w odwołaniu obrońcy obwinionego, jednak

dostrzega w zaskarżonym orzeczeniu elementy skutkujące jego uchynieniem. Ze względu na konieczność dokonania dalszej analizy materiału dowodowego i zapewnienia instancyjnej kontroli orzeczenia merytorycznego, nie jest zasadne wydanie orzeczenia rozstrzygającego sprawę co do istoty, i związku z tym Główna Komisja Orzekająca przekazała sprawę Komisji I Instancji do ponownego rozpoznania.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że w odniesieniu do zarzutu dokonania czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, polegającego na niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych określeniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 8 stycznia 2015 r. kryteriów oceny ofert przy udzielaniu zamówienia publicznego pn. „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”, z naruszeniem art. 91 ust. 2a pzp (pkt I.2 sentencji orzeczenia), prawidłowo została ustalona kwestia intertemporalna, zgodnie z art. 24 uondfp. Należy przychylić się do stanowiska, że analiza treści art. 91 ust. 2a w wersji sprzed i po nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), wskazuje, że ponieważ stan prawny po nowelizacji przewiduje dodatkowe ograniczenia w zakresie konieczności określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wprowadza dodatkowe ograniczenie procentowe w zakresie ceny, to uznać trzeba, iż stan prawny obowiązujący w czasie popełnienia zarzucanego czynu był względniejszy dla Obwinionego. Z tego względu trafnie powołano się na art. 91 ust. 2a pzp w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia czynu, zgodnie z wyrażoną w art. 24 uondfp zasadą, że 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.

Główna Komisja Orzekająca podziela opinię, że w niniejszej sprawie nieprawidłowo zastosowano art. 91 ust. 2a pzp, wybierając kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nie można zaliczyć do kategorii „prostych, nieskomplikowanych usług”. Trafny jest pogląd, że przy wykonywaniu usługi inżyniera kontraktu istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na podobnych inwestycjach. Usługi tej nie może zatem świadczyć każdy podmiot, lecz tylko ten, który -

poza posiadaniem uprawnień budowlanych - spełnia także inne warunki, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia. Trafnie w uzasadnieniu orzeczenia Komisji I instancji zwrócono uwagę na fakt, że zamawiający wymagał w kontrolowanym postępowaniu wykazania się przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi konkretne uprawnienia budowlane oraz wpis na listę podmiotów legitymujących się odpowiednimi uprawnieniami w danej specjalności branżowej. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy zaś odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż w konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna. Zgodzić się także należy, że usługa pełnienia funkcji inżyniera kontraktu nie posiada ustalonych standardów jakościowych, gdyż FIDIC określa wprawdzie prawa i obowiązki inżyniera kontraktu, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres wynika przede wszystkim z rodzaju, zakresu i poziomu skomplikowania inwestycji, na której Inżynier będzie pełnił swoje obowiązki. W efekcie uznać należy, że usługi, które stanowiły przedmiot zamówienia, nie były usługami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach jakościowych, co oznacza, że nieprawidłowo zastosowano art. 91 ust. 2a pzp, wybierając cenę jako jedyne kryterium. Oznacza to wypełnienie znamion czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp.

Należy jednak stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie nie została w sposób należyty wyjaśniona kwestia podmiotowa odpowiedzialności. W tym zakresie należy podzielić wątpliwości zgłaszane przez Obrońcę Obwinionego, który wskazuje na fakt, że w postępowaniu na pełnienie usługi inżyniera kontraktu osobą, która określiła kryteria oceny ofert był pełnomocnik ds. realizacji projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”. Obrońca zwraca przy tym uwagę, że osoba ta była wskazana w zawiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako naruszająca dyscyplinę finansów publicznych w zakresie nieprawidłowego określenia kryteriów oceny ofert. Zdaniem GKO, Komisja I instancji nie rozważyła w sposób wyczerpujący tej kwestii, stwierdzając jednak, że „(...) Obwiniony nie powierzył skutecznie w żadnym z przedstawianych dokumentów czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania, tak aby wskazywane przez Obwinionego osoby otrzymały konkretny, indywidualnie określony zakres zadań. W szczególności takie powierzenie nie wynika z przedłożonych na rozprawie dokumentów (...) oraz dokumentów wymienionych w wyjaśnieniach złożonych do Rzecznika. W związku z tym odpowiedzialnością należało obarczyć kierownika jednostki.”

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

W toku postępowania przed Główną Komisją Orzekającą do materiału dowodowego zaliczono certyfikat wydany przez Ministerstwo Środowiska dla Pani (...) po postępowaniu sprawdzającym zakończonym wynikiem pozytywnym oraz zaświadczający, że pełni ona funkcję Pełnomocnika ds. Realizacji Projektu (Measure Authorising Officer – MAO) dla projektu "Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)" oraz umowę POIS.01.01.00-00-014/14 z dnia 29 października 2014 r. o dofinansowanie tego projektu. Umowa ta nakładała na beneficjenta m.in. obowiązek ustanowienia pełnomocnika ds. projektu, którym mogła być wyłącznie osoba, która pozytywnie ukończyła postępowanie prowadzone przez instytucję pośredniczącą (§ 4 ust. 13 i 14 umowy). W wyjaśnieniach Ministerstwa Środowiska, opublikowanych na stronie internetowej tego resortu, a załączonych do akt sprawy wynika, że „MAO jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a przede wszystkim za przygotowanie i publikację ogłoszenia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w tym kryteriów oceny ofert”. Jak z tego wynika, z całokształtu stosunku prawnego łączącego gminę jako beneficjenta z instytucją wdrażającą wynikać może, że czynności związane z i przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powierzone zostały MAO jako reprezentantowi beneficjenta. Kwestia ta nie została jednak przez Komisję I instancji wyjaśniona, co wymagać będzie analizy przy ponownym rozpoznawaniu sprawy. Nawet jednak, gdyby Regionalna Komisja Orzekająca ponownie doszła do wniosku, że czynności te nie zostały skutecznie powierzone przez zamawiającego, to i tak należy wówczas ponownie ocenić – w kontekście powołania pełnomocnika ds. realizacji projektu – kwestię zawinienia Obwinionego. Nie przesądzając ostatecznego wniosku stwierdzić bowiem należy, że inaczej może przedstawiać się sprawa możliwości postawienia Obwinionemu zarzutu zawinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych przy uwzględnieniu faktu obligatoryjnego powołania wspomnianego pełnomocnika, jako szczególnie kwalifikowanej osoby (po postępowaniu sprawdzającym prowadzonym przez Ministerstwo Środowiska, zakończonym wynikiem pozytywnym) wykonującej czynności w ramach realizacji projektu. Dla zachowania zasady instancyjnej kontroli orzeczeń w kwestiach dotyczących przypisania odpowiedzialności konieczne jest, aby orzeczenie w tym zakresie zostało wydane przez Komisję I instancji, co wymaga uchylecia orzeczenia w tym zakresie i przekazanie sprawy Regionalnej Komisji Orzekającej do ponownego rozpoznania.

W zakresie czynu ujętego w punkcie I.3 sentencji orzeczenia Komisji I instancji, tj. czynu polegającego na niedokonaniu wykluczenia z postępowania na „Pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)”, wykonawcy, tj. (...) z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko inspektor nadzoru - technolog, co stanowiło naruszenie w czasie popełnienia czynu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, a obecnie stanowi naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 pzp, i w związku z tym wypełnieniem znamion z art. 17 ust. 1c uoondfp, GKO stwierdza, że zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje na to, że w istocie doszło do takiego naruszenia. Zgodzić się należy z uzasadnieniem orzeczenia Komisji I instancji, że „z wykazu osób załączonego do oferty wykonawcy (...), jak również z wykazu uzupełnionego na wezwanie zamawiającego, nie wynika, że osoba proponowana na stanowisko Inspektor nadzoru - technolog posiada opisane w warunku udziału w postępowaniu 3-letnie doświadczenie zawodowe jako technolog uzdatniania wody, o wydajności stacji nie mniejszej niż $Q=50$ m³/h w zakresie redukcji związków żelaza oraz manganu opartej na technologii napowietrzania w zbiorniku kontaktowym i filtracji na filtrach zamkniętych jednostopniowych lub dwustopniowych. Ponadto, również z wyjaśnień zamawiającego nie wynika, aby inwestycje wskazane w wykazie osób spełniały wszystkie parametry wymagane w warunku udziału w postępowaniu.” Trafny jest zatem wniosek, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisku inspektor nadzoru-technolog i w związku z tym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, co jednak nie nastąpiło. Ze względu na to, że oferta tego wykonawcy została wybrana, niewykluczenie go z postępowania miało oczywisty wpływ na wynik postępowania. Uzasadnia to tezę, że doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1c uoondfp.

Podobnie jednak, jak w przypadku wskazanego wyżej naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zachodzą wątpliwości co do podmiotowego zakresu przypisania odpowiedzialności. Główna Komisja Orzekająca zgadza się z uwagami zawartymi w uzasadnieniu orzeczenia co do odpowiedzialności kierownika zamawiającego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że to kierownik zamawiającego jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, co wynika z art. 18 ust. 1 pzp. Jednak zasadnicze w znaczenie w niniejszej sprawie może mieć okoliczność, że za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają

także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania, zgodnie z art. 18 ust. 2 pzp. W sytuacji braku takiego powierzenia, na zasadach ogólnych odpowiada kierownik jednostki. Podzielić należy uwagi Komisji I instancji co do możliwości powierzenia przez kierownika zamawiającego tylko tych czynności, do których sam jest uprawniony. Jeśli natomiast określone czynności nie są zastrzeżone dla kierownika zamawiającego, co dotyczy czynności podejmowanych przez komisję przetargową, nie mogą być one powierzone innym osobom. Argumentacja ta pomija jednak fakt, na który powołano się w uzasadnieniu złożonego odwołania, że dla przeprowadzenia m.in. czynności związanych z przedmiotowym postępowaniem została powołana jednostka realizująca projekt (JRP). Należy zauważyć, że w świetle dokumentu pn. „Regulamin organizacyjny Jednostki Realizującej Projekt »Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta (...)«” (§ 4 ust. 1) JRP kieruje kierownik JRP, który podlega bezpośrednio MAO oraz Burmistrzowi Miasta (...), a którego zadania są szeroko określone w § 5 regulaminu organizacyjnego JRP. Jak z tego wynika, istnieje podległość także między JRP a MAO. Skoro tak, to uzasadnione może być stanowisko, zgodnie z którym podległość kierownika JRP pełnomocnikowi ds. realizacji projektu (MAO) oznacza także odpowiedzialność MAO za czynności podejmowane przez JRP. Kwestia ta nie została rozważona przez Komisję I instancji, a może mieć ona znaczenie dla rozważenia możliwości przypisania odpowiedzialności Obwinionemu. Podobnie, jak to już było wskazane w odniesieniu do poprzedniego zarzutu, dotyczącego czynu objętego pkt I.2 sentencji orzeczenia - nawet w sytuacji, gdyby Regionalna Komisja Orzekająca ponownie doszła do wniosku, że odpowiedzialność za czynności te spoczywa na Obwinionym, to inaczej może przedstawiać się sprawa możliwości postawienia Obwinionemu zarzutu zawinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych przy uwzględnieniu faktu obligatoryjnego powołania JRP, jako struktury powołanej dla wykonywania czynności w ramach realizacji projektu. Także i w tym przypadku, dla zachowania zasady instancyjnej kontroli orzeczeń w kwestiach dotyczących przypisania odpowiedzialności konieczne jest, aby orzeczenie w tym zakresie zostało wydane przez Komisję I instancji, co wymaga uchylecia orzeczenia w tym zakresie i przekazanie sprawy Regionalnej Komisji Orzekającej do ponownego rozpoznania.

W zakresie czynu przypisanego Obwinionemu w punkcie I.1 sentencji orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej, tj. czynu z art. 17 ust. 1 pkt 1 uodfp, polegającego na niezgodnym z

art. 29 ust. 2 pzp opisanie przedmiotu zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą” w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez opisanie w SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane przez konkretne firmy, stwierdzić trzeba, że ocena prawna ustalonego stanu faktycznego, dokonana przez Komisję I instancji, jest trafna. W tym zakresie Główna Komisja Orzekająca nie podziela argumentów podniesionych przez Obrońcę obwinionego w złożonym odwołaniu, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do popełnienia czynu polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego na zakup pomocy dydaktycznych i instrumentów muzycznych w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zdaniem Obrońcy, prawie wszystkie pozycje zawierają określenie „lub równoważna”, zaś pod opisem zawarta jest informacja, że „nazwy własne, określające typ produktu lub producenta zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych produktu”. Obrońca wskazuje, że „zarzut dotyczący tego naruszenia został sformułowany przez Prezesa UZP i powtórzony przez Regionalną Komisję Orzekającą wyłącznie w oparciu o opinię biegłej mgr pedagogiki (...), którą w całości zamawiający zakwestionował przed wszystkimi organami kontroli (...)”. Obrońca kwestionuje także to, że „biegła badała wyłącznie rynek krajowy, a nie unijny, choć przetarg był przekazany do ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich i porównywała oferty z 2016 r., a nie z 2013 r. kiedy toczyło się postępowanie przetargowe. Biegła oceniała pomoce edukacyjne z punktu widzenia ich celów edukacyjnych np. grę „Rybki”, natomiast zamawiający, będący jednostką sektora finansów publicznych jest w równym stopniu zobligowany do przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków określonych w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych oraz zapewnienia trwałości pomocy i bezpieczeństwa ich użytkowania przez dzieci. Podkreślić też należy, że takowy Opis przedmiotu zamówienia był zawarty we wniosku o dofinansowanie Projektu i nie był wówczas zakwestionowany.”

Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej fakt, że „prawie wszystkie” pozycje zawierały zwrot „lub równoważna” nie przesądza o nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia, skoro tylko konkretne firmy: (...)i (...) jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Okoliczności tej nie podważa fakt, że także inny oferent - (...), którego oferta została odrzucona - oferował te produkty. GKO podziela stanowisko Komisji I instancji

w przedmiocie oceny prawnej i faktycznej związanej z przedmiotowym opisem, tj. uznaje, że doszło do naruszenia art. 29 pzp i powyższego nie zmienia okoliczność, że do każdej pozycji opisu przedmiotu zamówienia dodano zwrot "lub równoważne". Stwierdzić należy, że przy tego rodzaju przedmiocie zamówienia właściwym sposobem opisu przedmiotu zamówienia byłby opis funkcjonalny (tak np. w zakresie gry "rybki", że ma ona rozwijać u dzieci koordynację ruchową i poprawiać sprawność manualną), zaś jeżeli Zamawiający dopuszczał zaoferowanie produktów równoważnych powinien dookreślić zakres tej równoważności (także przez wskazanie, jakim celom mają służyć poszczególne pomoce dydaktyczne). GKO zauważa, że bez dookreślenia zakresu równoważności możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych ma w istocie pozorny charakter.

W tym punkcie GKO nie może odnieść się do podnoszonego przez Obrońcę argumentu, że „analiza uzasadnienia postanowienia Prokuratury Okręgowej o umorzeniu śledztwa z powodu braku znamion czynu zabronionego, które toczyło się w związku z postępowaniami przetargowymi na pomoce dydaktyczne w 27 gminach w Polsce, prowadzi do wniosku, że mimo znajdowania się tych gmin/miast w identycznej sytuacji faktycznej, Prezes UZP tylko w stosunku do niektórych zamawiających, jak wobec (...), skierował zawiadomienia o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Tymczasem we wszystkich tych przetargach zgodnie z tożsamymi opiniami biegłej (...) część produktów było dystrybuowanych wyłącznie przez firmy (...)i (...) i przez to cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy, a mimo to Prezes UZP nie stwierdzał możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, o jakiej mowa w art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”. Należy zauważyć, że organy orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie mają ustawowego umocowania do oceny działań podejmowanych tak przez Prokuraturę, jak i Urząd Zamówień Publicznych. Ocena organów orzekających musi być ograniczona do rozpatrywanej sprawy. W sprawie tej natomiast, zdaniem GKO, Komisja I instancji prawidłowo oceniła stan faktyczny z punktu widzenia popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp. Prawidłowo także oceniono zakres podmiotowy odpowiedzialności poprzez wskazanie, że odpowiada w tym zakresie Obwiniony jako kierownik jednostki. Nie zmienia tego okoliczność podniesiona w złożonym odwołaniu, że „z dokumentacji przetargowej na zakup pomocy dydaktycznych jednoznacznie wynika, że opis przedmiotu zamówienia (...) przygotowały: (...), ówczesna Kierownik Referatu Promocji i Pozyskiwania Funduszy Urzędu Miasta (...) i (...), pracownik tego Referatu i pracownicy ci byli też powołani zarządzeniem Burmistrza w skład Komisji przetargowej, (...) jako

Przewodnicząca Komisji i (...) jako członek Komisji (...)” oraz że „Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w zawiadomieniu skierowanym do Rzecznika o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych jako osoby naruszające wskazał właśnie (...) i (...) (...), lecz Regionalna Komisja w ogóle nie ustosunkowała się do treści uzasadnienia dotyczącego tego wskazania (...)”. Stwierdzić należy, że wskazanie przez organy kontroli określonych osób jako odpowiedzialnych za dokonane naruszenie nie jest wiążące dla organów właściwych w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Główna Komisja Orzekająca rozpoznaje zaś sprawę w zakresie przedmiotowym wyznaczonym przez orzeczenie komisji I instancji. W przedmiotowej sprawie to Obwiniony – poprzez zatwierdzenie SIWZ – w sposób ostateczny opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnił uczciwą konkurencję. Nie jest przy tym zasadne kwestionowanie faktu dokonania opisu przez Obwinionego, zawarte w treści złożonego odwołania, polegające na stwierdzeniu, że brak jest w tym przypadku znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Opisania przedmiotu zamówienia dokonuje w sposób ostateczny – jak stwierdzono wyżej – osoba, która zatwierdza opis zawarty w SIWZ. Do czasu tego zatwierdzenia, przygotowana przez pracownika jednostki SIWZ, zawierająca ten opis, ma jedynie walor projektu. Ostatecznym dokumentem, wchodzącym do obiegu prawnego, staje się dopiero po zatwierdzeniu przez upoważnioną osobę – w tym przypadku przez Obwinionego będącego kierownikiem jednostki. Odpowiedzialność kierownika jednostki w tym zakresie wynika natomiast z powołanego wyżej art. 18 ust. 1 pzp. Fakt, że określone czynności wykonują pracownicy poszczególnych, nawet wyspecjalizowanych w tym zakresie komórek, nie wyłącza odpowiedzialności samego kierownika jednostki. Istotna staje się natomiast kwestia zarzucalności, warunkująca przypisanie określonej osobie winy za dokonane naruszenie. W tym miejscu GKO zauważa, że fakt, iż przy ustaleniach faktycznych oparto się także na opinii biegłego, wyrażonej w toku postępowania przed Prezesem UZP, nie może podważać zasadności tych ustaleń. Nie ma także znaczenia w tym przypadku, czy biegły odnosił się do rynku polskiego, czy europejskiego. Fakt dokonania ustaleń na podstawie opinii biegłego mógłby mieć natomiast wpływ na możliwość sformułowania zarzutu zawinionego zachowania, gdyby Komisja I instancji ustaliła, że dokonanie tych ustaleń jest możliwe wyłącznie przy posiadaniu specjalistycznej wiedzy i nie można w związku z tym od Obwinionego oczekiwać, aby „wykrył” on nieprawidłowość w konstrukcji SIWZ. Wtedy otwarte byłoby pole do rozważań na temat zasadności postawienia Obwinionemu zarzutu zawinionego zachowania. W ocenie GKO jednak, w przedmiotowej sprawie fakt naruszenia zasad uczciwej konkurencji w przedmiotowej sprawie nie był niemożliwy do wykrycia przez Obwinionego, i to niezależnie

od kierunku posiadanego przez niego wykształcenia (na co powoływał się Obwiniony w toku postępowania przed GKO). Należy zatem uznać, że przy dołożeniu należytej staranności Obwiniony mógł uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych w odniesieniu do czynu opisanego w pkt I.1 sentencji orzeczenia RKO. Przy ponownym rozpatrywaniu sprawy Komisja I instancji dokona ponownej oceny przypisania Obwinionemu odpowiedzialności w tym zakresie, jednak GKO nie stwierdza, aby ocena dokonana przy rozpatrywaniu sprawy po raz pierwszy naruszała prawo. Nie jest natomiast zasadne, zdaniem GKO, kwestionowanie podstawy prawnej orzeczenia. Zdaniem obrońcy Obwinionego: „Podstawa prawna orzeczenia została zaś bezpodstawnie powiązana z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, choć jest odrębnie i samodzielnie uregulowana w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych” i wcześniej: „Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyczerpująco reguluje zakres podmiotowy odpowiedzialności i nie odsyła w tym względzie do unormowań innych ustaw. W szczególności - wbrew stanowisku Komisji Orzekającej I Instancji - nie zawiera odesłania do art. 18 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, stanowiących o przypisaniu odpowiedzialności kierownikowi czy też innym osobom ze strony zamawiającego, ale przed organami kontrolnymi przewidzianymi tą właśnie ustawą tj. przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajową Izbą Odwoławczą.” Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że z tego rodzaju zarzutem zgodzić się nie można. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określa w art. 4 i 4a zakres podmiotowy tej odpowiedzialności. Nie oznacza to jednak, że ustawa ta w sposób wyczerpujący wskazuje osoby, na których spoczywa odpowiedzialność za poszczególne aspekty funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych. Takie wskazanie – w odniesieniu do udzielania zamówień publicznych – zawarte jest właśnie w kwestionowanym przez obrońcę art. 18 pzp. Przepis ten wskazuje - i to w sposób uniwersalny, a nie tylko dla potrzeb postępowań przed Prezesem UZP i KIO – kto odpowiada za czynności podejmowane na gruncie zamówień publicznych. Należy przy tym zaznaczyć, że sentencja orzeczenia nie zawiera odwołania do art. 18 pzp (trudno zatem byłoby powiedzieć, że „podstawa prawna orzeczenia została zaś bezpodstawnie powiązana z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”). Przepis ten jest natomiast trafnie wskazany w uzasadnieniu orzeczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Główna Komisja Orzekająca uchyliła jednak orzeczenie Komisji I instancji w całości, a zatem także w zakresie czynu objętego pkt I.1

sentencji orzeczenia oraz – co za tym idzie – kary i kosztów postępowania. Było to konieczne ze względu na fakt, że uchylono orzeczenie w zakresie czynów opisanych w pkt I.2 i I.3 sentencji, ponieważ orzeczona przez RKO kara nagany wymierzona była za wszystkie czyny – na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 37 uondfp. Pozostawienie w obrocie prawnym orzeczenia w zakresie pkt I.1 nakładałoby konieczność utrzymania w mocy także orzeczenia w zakresie kary. Nie jest natomiast sprawą przesądzoną, czy przy ponownym rozpoznaniu sprawy – w razie ewentualnego przyjęcia przez Komisję I instancji bardziej korzystnych dla Obwinionego rozstrzygnięć w zakresie czynów opisanych w pkt I.2 i I.3 – wymierzona byłaby ta właśnie kara, czy też przyjęte byłoby rozwiązanie dla Obwinionego w zakresie kary korzystniejsze. Z tego względu Regionalna Komisja Orzekająca, rozpoznając ponownie w całości sprawę, będzie się mogła odnieść do całokształtu zarzucanych Obwinionemu czynów i stosownie do wyników swej oceny, określić na nowo prawne konsekwencje całokształtu ustalonego stanu faktycznego. Na marginesie GKO zaznacza, że nieprawidłowe jest uwzględnianie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia - jako okoliczności obciążającej – „bezprawności działania w zakresie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych”. Bezprawność jest warunkiem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tylko czyn, który jest bezprawny, może pociągać za sobą taką odpowiedzialność. Skoro tak, to bezprawność nie może być dodatkową okolicznością obciążającą, wpływającą na wymiar kary.

Przy ponownym rozpatrywaniu sprawy Komisja I instancji powinna w sposób wyczerpujący rozpatrzyć wnioski dowodowe stron i szczegółowo uzasadnić swoje decyzje w tym zakresie. Zdaniem jednak Głównej Komisji Orzekającej, w razie podtrzymania przez Obwinionego wniosków dowodowych w tym zakresie, wskazane jest przeprowadzenie dowodów z przesłuchań wnioskowanych przez Obwinionego świadków w odniesieniu do czynów objętych pkt I.2.i I.3 sentencji orzeczenia, w tym co najmniej p. (...)i p. (...). Nie jest bowiem przekonujące stanowisko Komisji I instancji, wynikające z zapisu zawartego w protokole rozprawy z dnia 11 grudnia 2017 r., że uzasadnione jest oddalenie wniosków dowodowych ze względu na to, że „okoliczności, które mają zostać udowodnione, wynikają z ustaleń zawartych w materiale dowodowym i dalsze ich dowodzenie jest w ocenie Komisji nieprzydatne”. Jak wynika bowiem z uzasadnienia złożonego odwołania, intencją strony składającej wnioski dowodowe jest wykazanie przy pomocy wnioskowanych dowodów okoliczności przeciwnych, niż ustalone przez Komisję. W odwołaniu stwierdzono bowiem, że przeprowadzenie tych dowodów jest konieczne „gdyż uwiarygadniają tezę, że nie Burmistrz,

Sygn. akt BDF1.4800.13.2018

a MAO i Kierownik JRP winni być ewentualnie pociągnięci do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów odnośnie czynu drugiego i trzeciego”. Ponadto, GKO stwierdza, że przy ponownym rozpoznaniu sprawy niezbędne będzie także odniesienie się do treści dokumentów, które Obwiniony wskazywał jako materiał dowodowy przemawiający na jego korzyść. W tym zakresie zasadne jest stanowisko obrońcy Obwinionego zawarte w uzasadnieniu odwołania, że dokumenty te zostały formalnie zaliczone do materiału dowodowego, ale w uzasadnieniu orzeczenia nie ma odzwierciedlenia co do oceny przez Komisję I instancji ich treści.

Mając na uwadze powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji orzeczenia.