



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 12 lutego 2018 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Anna Packo
Członkowie:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Adam Trojan (spr.)
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2018 r. odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionej (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt: RIO-KO-02/2017, którym uniewinniono Obwinioną (...) – pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję głównego specjalisty ds. zamówień publicznych w (...) Związku Gmin (...) – od zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 13 ust. 6 pkt a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że podczas przeprowadzonego postępowania przetargowego pn. „Utwardzenie w (...) placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesyпки” o wartości szacunkowej 1 140 000 zł, zastosowała w dniu 9 czerwca 2015 r. cenę jako jedyne kryterium oceny ofert, pomimo że przedmiot zamówienia nie był powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych, co było niezgodne z art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.),

oraz orzeczono, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa,

orzeka

na podstawie art. 147 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 z późn. zm.), utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie (zwana dalej „RKO”), orzeczeniem z dnia 28 marca 2017 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt RIO-KO-02/2017 przy udziale Katarzyny Berezowskiej – Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie, po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 28 marca 2017 r. uniewinniła (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.), zwanej dalej „uondfp”, polegającego na zastosowaniu w dniu 9 czerwca 2015 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „utwardzenie (...) placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesyпки” ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, pomimo że przedmiot zamówienia nie był powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych, co było niezgodne z art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „uPzp”.

W orzeczeniu z dnia 28 marca 2017 r. Regionalna Komisja Orzekająca dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

W dniu 17 stycznia 2017 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wystąpiła do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie, z wnioskiem (znak: RDFP.121.16.RIO.R) o ukaranie (...) – zwanej dalej „Obwinioną” – zajmującej w czasie popełnienia czynu stanowisko głównego specjalisty ds. zamówień publicznych w (...) Związku Gmin (...) – za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. o czyn, o którym w art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a uondfp, polegające na zastosowaniu w dniu 9 czerwca 2015 r. ceny jako jedyne kryterium oceny ofert podczas przeprowadzonego postępowania przetargowego pn. „Utwardzenie w (...) placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesypki” o wartości szacunkowej 1 140 000 zł pomimo, że przedmiot zamówienia nie był powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych, co było niezgodne z art. 91 ust. 2a uPzp.

Jak ustaliła RKO, w uzasadnieniu złożonego wniosku Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wskazała, iż (...) Związek Gmin (...) wszczął 9 czerwca 2015 r. postępowanie przetargowe o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wykonanie robót o wartości szacunkowej 1 140 000 zł. Projekt niniejszy był współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia utwardzenia należało dokonać w miejscu istniejących placów, tj. obiekt nr 16 – plac do demontażu odpadów budowlanych i obiekt nr 19 – plac na przesypki. Planowany zakres robót to utwardzenie placu magazynowego o powierzchni ok. 4 730 m² oraz odwodnienie placu do kanalizacji deszczowej, a ich szczegółowy zakres został określony w programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu wskazano cenę z wagą 100 %.

Dalej Rzecznik wskazała, iż zgodnie z art. 91 ust. 2a uPzp, w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania (w ocenie Rzecznika przepis w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. jest względniejszy dla sprawcy) kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Rzecznik powołała się na ocenę zawiadamiającego (Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych), że roboty będące przedmiotem zamówienia polegające na zaprojektowaniu i na wykonaniu utwardzenia placu do demontażu odpadów

budowlanych i na przesyłki w miejscu istniejących placów oraz odwodnienie placu do kanalizacji deszczowej nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”. Sama usługa projektowania wymaga bowiem dysponowaniem odpowiednim wykształceniem i umiejętnościami przez projektantów, którzy będą ją wykonywać. Nie jest więc usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach, w szczególności, że musi być dostosowana do konkretnego programu funkcjonalno-użytkowego, którego zapisy są zdeterminowane konkretnymi potrzebami zamawiającego. Wykonawca musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów wymiany nawierzchni gruntowej na betonową, stosowania takich materiałów jak żwir i beton. Umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się robotami budowlanymi i usługami projektowania, ale nie są powszechne generalnie. Tymczasem sformułowanie powszechnie dostępne należy odnosić do ogółu rynku, a nie do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż tam niemal zawsze taka usługa będzie powszechnie dostępna. Ponadto, jak wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie przedmiotu zamówienia wymagało posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane i musiało być zgodne ze specjalistycznymi Warunkami Kontraktowymi FIDIC. Tym samym ww. roboty nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane przez wykonawców spełniających wyłącznie specjalistyczne kryteria.

W wyniku przeprowadzonego postępowania Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych ustaliła na podstawie przedłożonych dokumentów: protokołu postępowania o zamówienie publiczne, regulaminu pracy komisji przetargowej oraz zakresu czynności, iż za opisane wyżej naruszenie była odpowiedzialna Obwiniona, która dokonała określenia kryteriów oceny ofert.

Jak wskazano następnie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia zebrany w sprawie materiał dowodowy zawiera wyjaśnienia Obwinionej złożone pisemnie 2 stycznia 2017 r., w których Obwiniona wskazuje, co następuje: w przedmiotowym postępowaniu nie ziszczyły się przesłanki określone w art. 4 ust. 2 uoondfp uzasadniające twierdzenie, iż Obwiniona podlega odpowiedzialności za popełniony czyn. Podstawę prawną odpowiedzialności podmiotowej za naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 uoondfp stanowi art. 18 uPzp, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, tj. osoba lub organ, która zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniona do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników zamawiającego. Za przygotowanie i

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Obwiniona, przywołując orzecznictwo Głównej Komisji Orzekającej dotyczące formy, jaką powinno przyjąć przedmiotowe powierzenie, wskazała, że w jej przypadku nie doszło do powierzenia czynności z zakresu ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem w tym zakresie nie otrzymała od kierownika zamawiającego odrębnego pisemnego upoważnienia, a w szczególności w żadnym dokumencie nie ma aktu powierzenia czynności określania kryteriów wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego Obwiniona wskazała, że zgodnie z obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania art. 91 ust 2a uPzp 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 uPzp, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 uPzp, 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. Ponieważ ustawa nie zawiera definicji pojęć „ustalone standardy jakościowe” oraz „powszechna dostępność” przyjęto, że pojęcia te określają przedmioty standardowe, przeciętne, typowe z możliwością ich realizacji przez większość podmiotów działających w danej branży. Ustalając kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu uznano, że przedmiot zamówienia nie posiada rozwiązań o charakterze specjalistycznym, jest robotami powszechnie stosowanymi oraz ma określone standardy jakościowe niezależnie od tego, kto jest wykonawcą zamówienia. Jediną różnicą w wykonaniu zadania jest zaoferowana cena. W przedmiotowym postępowaniu w opisie przedmiotu zamówienia obiektywnie i precyzyjnie określono wymogi jakościowe materiałów i wyrobów niezbędnych do wykonania zadania, termin wykonania i termin gwarancji. Treść specyfikacji nie budziła żadnych wątpliwości ze strony wykonawców, czego dowodem jest brak pytań i żądania wyjaśnień na etapie postępowania przetargowego. Przepis art. 91 ust. 2a uPzp ma zastosowanie do wszystkich zamówień powszechnie dostępnych o ustalonych standardach, a zatem do zamówień na dostawy, usługi jak i na roboty budowlane. W przypadku robót budowlanych należy jednak wziąć pod uwagę ich praktyczne aspekty, bowiem roboty budowlane w istocie w każdym przypadku charakteryzują się złożonością i nawet w przypadku prostych robót dokumentacja przetargowa jest zawsze w jakimś stopniu indywidualnie dostosowana do każdorazowych

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

potrzeb inwestycyjnych zamawiającego. Pomimo tego art. 91 ust. 2a uPzp nie wyłącza stosowania jako jedynego kryterium ceny w przypadku robót budowlanych, co potwierdza również stanowisko doktryny. Zamówienie będące przedmiotem sprawy polegało na utwardzeniu istniejącego już placu i wymianie nawierzchni gruntowej na betonową. Technologia wykonania utwardzenia placu nie jest robotą skomplikowaną i nie posiada specjalistycznych cech niemożliwych do osiągnięcia przez podmioty działające w branży budowlanej. Plac składa się z kilku warstw nakładanych kolejno po sobie na poziomie terenu. Są to roboty powszechnie dostępne na rynku, mogą być oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w branży budowlanej. Materiały na podbudowę posiada każda żwirownia, a beton klas określonych w programie funkcjonalno-użytkowym może wyprodukować każda betonownia. Zatem uwzględniając aspekt praktyczny robót budowlanych należy uznać w tym wypadku, że były to roboty powszechnie dostępne o ustalonych standardach.

Odnosząc się do ww. wyjaśnień Obwinionej Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wskazała, że w jej ocenie doszło do skutecznego powierzenia Obwinionej określenia kryteriów oceny ofert w dokumencie „Karta stanowiska pracy” stanowiącym zakres czynności, gdzie wskazano, że do jej obowiązków należy m.in. weryfikacja prawidłowości i kompletności dokumentacji przetargowej, m.in. opisu przedmiotu zamówienia, postanowień umowy, warunków wymaganych od wykonawców, kryteria oceny ofert opracowywanych i przekazywanych przez działy. Dodatkowo w protokole z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, sporządzonego przez Obwinioną, w części B wskazano ją jako osobę określającą kryteria oceny ofert, co w powiązaniu z kartą stanowiska pracy daje podstawę do przypisania Obwinionej odpowiedzialności za opisane naruszenie.

Natomiast w odniesieniu do naruszenia art. 91 ust. 2a uPzp, Rzecznik podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż sam fakt, że roboty nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych, nie oznacza, że są powszechnie dostępne. Ponadto sformułowanie „powszechnie dostępne” należy odnosić do ogółu rynku, a nie do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż tam niemal zawsze taka usługa będzie powszechnie dostępna.

W toku rozprawy obrońca Obwinionej podtrzymał złożone wyjaśnienia podkreślając, że roboty będące przedmiotem zamówienia były pracami prostymi, powszechnymi i nie wymagały specjalnej wiedzy, na potwierdzenie czego wskazał, że przedmiotowe prace nie wymagały ani pozwolenia na budowę, ani zgłoszenia organowi administracji

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

architektoniczno-budowlanej, o których mowa w przepisach art. 28 i 30 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U z 2017 r., poz. 1332 z późn. zm.).

W tak ustalonym stanie faktycznym RKO zważyła, co następuje.

RKO, po zapoznaniu się z zebrany materiał dowodowy i po wysłuchaniu stron, uznała, iż spór sprowadza się do dwóch kwestii: osoby odpowiedzialnej za określenie kryterium oceny ofert oraz charakteru robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia w kontekście wymogów art. 91a ust. 2a uPzp.

Zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1 pkt 3 uodfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponoszą pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, do których na podstawie przepisu art. 9 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077) zalicza się również związki jednostek samorządu terytorialnego, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

Przywoływany przez Obwinioną przepis art. 18 ust. 2 uPzp reguluje, iż za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają – poza kierownikiem zamawiającego – także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Wobec powyższego stanu prawnego Komisja Orzekająca I instancji podzieliła stanowisko Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, iż Obwinionej skutecznie powierzono obowiązki w przedmiotowym zakresie.

Po pierwsze, w karcie stanowiska pracy przyjętej przez Obwinioną w dniu 18 lipca 2013 r. wskazano, iż do szczegółowych zadań wykonywanych przez Obwinioną – zajmującą stanowisko głównego specjalisty ds. zamówień publicznych – należy weryfikacja prawidłowości i kompletności dokumentacji przetargowej, m.in. opisu przedmiotu zamówienia, postanowień umowy, warunków wymaganych od wykonawców, kryteria oceny ofert, opracowywanych i przekazywanych przez działy (...) Związku Gmin (...) do wszczęcia postępowania. Wskazano również, że Obwiniona ponosi odpowiedzialność za całokształt zagadnień dotyczących realizacji zamówień publicznych.

Wymienione wyżej obowiązki przypisano inspektorowi ds. zamówień publicznych również w Regulaminie udzielania zamówień publicznych, którego jednolity teksty wprowadzono uchwałą Nr 111/30/2014 z dnia 15 maja 2014 r. Zarządu (...) Związku (...) z siedzibą w (...)

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

i zgodnie z którym przeprowadzona weryfikacja ma zostać potwierdzona pieczętą i podpisem. Akta sprawy zawierają wniosek o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem sprawy, zatwierdzony przez Panią (...) w dniu 28 maja 2015 r. Ponadto, w sporządzonym przez Obwinioną protokole z przeprowadzonego postępowania wskazano jej nazwisko jako osoby określającej kryteria oceny ofert.

Jednocześnie RKO uznała, iż działanie Obwinionej polegające na wskazaniu ceny jako jedyne kryterium oceny ofert nie wypełniło znamion czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uodfp.

Zgodnie z cytowanym przepisem naruszeniem dyscypliny jest określenie kryteriów oceny ofert niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych. Jako naruszony przepis prawa materialnego Rzecznik wskazała art. 91 ust. 2a uPzp w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. jako względniejszym dla sprawcy, zgodnie z którym kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe.

W ocenie Rzecznika roboty będące przedmiotem zamówienia – polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu utwardzenia placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesypaniu w miejscu istniejących placów oraz odwodnienie placu do kanalizacji deszczowej – nie zaliczają się do kategorii robót powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Z powyższym nie zgodziła się Obwiniona, składając wyjaśnienia, o których mowa wcześniej.

RKO, po zapoznaniu się z doktryną i orzecznictwem w przedmiotowym zakresie, postanowiła uwzględnić argumenty przedstawione przez Obwinioną i jej obrońcę.

Wprowadzając warunek powszechnej dostępności oraz ustalonych standardów jakościowych przedmiotu zamówienia ustawodawca nie zdefiniował użytych pojęć. Wykładnia językowa dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą odnosi się wyłącznie do rzeczy i usług. Wskazuje się przy tym, że „powszechna dostępność” to oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów.

W ocenie RKO cechą wspólną tych dóbr jest ich dostępność dla każdego bez względu na to, czy jest osobą fizyczną czy prawną, czy też inną jednostką organizacyjną, jak również bez względu na to, czy jest podmiotem prawa prywatnego czy publicznego. Natomiast termin „ustalone standardy jakościowe” pojmowany jako przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki),

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom, odnosi się zarówno do standardów wynikających z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa przedmiotu świadczenia, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Zdaniem RKO wykładni, o której mowa wyżej, nie powiązano z robotami budowlanymi, do których przepis art. 91 ust. 2a uPzp ma również zastosowanie, co wskazuje na możliwość przyjęcia ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w stosunku do przedmiotu zamówienia o takim charakterze. Powoduje to jednak, iż ocena właściwego zastosowania przepisu jest bardzo subiektywna.

Wobec powyższego, w ocenie RKO, za słuszny należy uznać pogląd prezentowany przez obrońcę Obwinionej, iż o powszechnej dostępności i ustalonych standardach jakościowych robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia świadczy fakt, iż nie wymagały one nie tylko pozwolenia na budowę, ale również zgłoszenia właściwemu organowi. Ze względu na specyfikę robót budowlanych w programie funkcjonalno-użytkowym zamówienia będącego przedmiotem sprawy określono pewne parametry, jednak nie na tyle istotne, aby wyróżniały one te roboty spośród innych o tej samej funkcji i przeznaczeniu. Jak podkreśliła Obwiniona, ustalając kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu uznano, że przedmiot zamówienia nie posiada rozwiązań o charakterze specjalistycznym, jest robotami powszechnie stosowanymi oraz ma określone standardy jakościowe niezależnie od tego, kto jest wykonawcą zamówienia, a jedyną różnicą w wykonaniu zadania była oferowana cena.

W związku z powyższym RKO podzieliła stanowisko Obwinionej uniewinniając ją od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Pismem z 25 kwietnia 2017 r. od powyższego orzeczenia odwołanie na niekorzyść Obwinionej wniosła Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przy Izbie Obrachunkowej w Szczecinie zaskarżając orzeczenie w całości i zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu:

1) naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 91 ust. 2a uPzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że przedmiot zamówienia pn. „Utwardzenie w (...) placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesypki" stanowiły roboty budowlane powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, umożliwiające zastosowanie jedyne kryterium oceny ofert – 100 % ceny;

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

2) naruszenie art. 137 ust. 2 pkt 2 uondfp, poprzez nieustosunkowanie się do twierdzeń podnoszonych przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na poparcie tezy, że przedmiot zamówienia nie stanowił robót budowlanych powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych.

Podnosząc powyższe zarzuty, na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, Rzecznik wniosła o uchylenie orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W ramach uzasadnienia Rzecznik wskazała, że Obwiniona została obwiniona o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp. RKO, orzeczeniem z 28 marca 2017 r. na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 uondfp uniewinniła Obwinioną od czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, a podstawa prawna uniewinnienia Obwinionej wskazuje, że w ocenie RKO Obwiniona nie popełniła czynu penalizowanego w drodze art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp.

W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia RKO, dzieląc ocenę Rzecznika, stwierdziła że kierownik zamawiającego skutecznie powierzył Obwinionej obowiązki w zakresie określenia kryteriów oceny ofert w ramach postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego na zadanie pn.: „utwardzenie w (...) placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesypki”. Bezsporny jest też fakt, iż zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert zastosował cenę – 100 %. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż przedmiot zamówienia zaliczony został do robót budowlanych.

Podstawą wydania orzeczenia uniewinniającego było dokonanie przez RKO analizy, na podstawie której doszła ona do przekonania, że roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia stanowią roboty o charakterze powszechnie dostępnym, jak również mają ustalone standardy jakościowe. RKO stwierdziła, że po zapoznaniu się z doktryną i orzecznictwem postanowiła uwzględnić argumenty przedstawione przez Obwinioną i jej pełnomocnika co do spełnienia przesłanek określonych w art. 91 ust. 2a uPzp, tym samym nie dzieląc zarzutu Rzecznika. W ocenie Rzecznika RKO nie wskazała w tym zakresie jednak ani jednej pozycji, jeżeli chodzi o literaturę prawniczą, jak również żadnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej ani sądów, których ocena byłaby zbieżna z oceną RKO. Jego zdaniem RKO ograniczyła się do stwierdzenia, że ustawodawca nie zdefiniował wyrażeń „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, a wykładnia językowa Krajowej Izby Odwoławczej tych pojęć nie dotyczy robót budowlanych, do których przepis art. 91 ust. 2a uPzp ma zastosowanie. Zdaniem RKO powoduje to, że ocena właściwego zastosowania przepisu jest bardzo subiektywna. W związku z powyższym RKO uznała za słuszny pogląd reprezentowany przez obrońcę Obwinionej, iż o powszechnej

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

dostępności i ustalonych standardach jakościowych robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia świadczy fakt, że nie wymagały one pozwolenia na budowę ani nawet zgłoszenia właściwemu organowi. W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że wprawdzie ze względu na specyfikę robót w programie funkcjonalno-użytkowym określono pewne parametry, jednak nie na tyle istotne, aby wyróżniały one te roboty spośród innych. Uznano więc twierdzenie Obwinionej, że przedmiot zamówienia nie posiada rozwiązań o charakterze specjalistycznym, jest robotami powszechnie stosowanymi, o ustalonych kryteriach jakościowych.

W ocenie Rzecznika z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim, zdaniem Rzecznika, RKO dokonała nieuzasadnionej wykładni pojęć „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, w odniesieniu do robót budowlanych stwierdzając, że roboty stanowiące przedmiot zamówienia spełniały te kryteria z uwagi na fakt, że nie wymagały pozwolenia na budowę gdy tymczasem ta okoliczność nie ma - w ocenie Rzecznika - znaczenia w przedmiotowej sprawie.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy bowiem 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. Uwzględniając praktyczne aspekty udzielania zamówień na roboty budowlane, charakteryzujące się często dużą złożonością oraz indywidualnym dostosowaniem dokumentacji przetargowej do każdorazowych potrzeb inwestycyjnych zamawiającego, należy stwierdzić, że wykazanie powszechnej dostępności takich robót będzie często trudne. Przepis art. 91 ust. 2a uPzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym prostych zamówień na roboty budowlane, do których można zaliczyć np. prace remontowo-budowlane obejmujące np. malowanie, tynkowanie, wymianę okien lub posadzki, czy też położenie glazury, terakoty, kostki brukowej. W świetle powyższych wywodów, w ocenie Rzecznika, roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu utwardzenia placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesypki w miejscu istniejących placów o łącznej powierzchni ok. 4 730 m oraz odwodnieniu placu do kanalizacji deszczowej nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”.

Po pierwsze, ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że roboty budowlane miały zostać

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

wykonane zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC – warunkami kontraktowymi dla urządzeń oraz projektowania i budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę, czwarte wydanie angielsko-polskie 2008 (tłumaczenie 1. wydania rok 1999). Wobec tego w powyższym dokumencie zostały określone szczególne warunki, które musi znać wykonawca, aby należycie wykonać określony przez zamawiającego przedmiot zamówienia. Tym samym stwierdzenie, że roboty budowlane polegające na utwardzeniu placu do demontażu odpadów budowlanych i na przesypki stanowiły roboty, które może wykonać każdy wykonawca, nawet nie znający ww. wymogów, jest nieprawidłowe.

Po drugie, zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił wymagania, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobowym, m.in. kierownikiem budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, kierownikiem robót drogowych w specjalności drogowej, projektantem w specjalności sieci i instalacje sanitarne. Wykonanie przedmiotu zamówienia wymagało zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym przedmiotowe roboty nie były robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria.

Po trzecie, postanowienia zredagowane w art. 91 ust. 2a uPzp, w brzmieniu zarówno obowiązującym w dniu udzielenia zamówienia, jak również po nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., wskazują na możliwość stosowania kryterium oceny ofert jako jedyne kryterium w drodze wyjątku. W podstawowym zakresie kryterium cenowe nie powinno mieć większej wagi niż 60%. Stąd prawodawca określił w drodze przepisów prawa przesłanki umożliwiające stosowanie kryterium ceny powyżej ww. progu. Przesłanki te należy interpretować w sposób ścisły, nie dopuszczając do stosowania wykładni rozszerzającej przedmiotowych przepisów, z uwagi na konieczność stosowania również kryteriów pozacenowych. A zatem wynik wykładni celowościowej i funkcjonalnej przywołanego przepisu winien wskazywać na odmienną interpretację normy wynikającej z art. 91 ust. 2a uPzp od ustaleń poczynionych przez skład orzekający.

W doktrynie wskazuje się, że do kategorii usług powszechnie dostępnych można zaliczyć usługi, które dzięki swojej powszechności znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tą szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

łatwy do zdefiniowania (A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Lex 2015). H. Łopianowska wskazuje „Za przedmiot, który nie ma charakteru powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych nie mogą być uznane wszelkie usługi inżyniera kontraktu, nadzoru inwestorskiego, opracowanie studium wykonalności, czy inne wymagające uprawnień budowlanych. Nie stanowi także takiego przedmiotu świadczenie usług polegających na usuwaniu produktów niebezpiecznych, dostawa specjalistycznego sprzętu medycznego, usługi prowadzenia ksiąg rachunkowych, usługi prawne, detektywistyczne, przeniesienie praw, konserwacja starodruków, czy jakiegokolwiek usługi specjalistyczne i eksperckie.” Autorka stwierdza również, że „nie mieści się więc w pojęciu przedmiotu powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych taki element charakterystyki przedmiotu zamówienia, który dostosowuje go do potrzeb zamawiającego i powoduje, że jest on opracowany wyłącznie dla danego nabywcy, <<szyty na jego miarę>> z uwzględnieniem jego potrzeb.” (Łopianowska Honorata, *Wyłączenia obowiązku stosowania kryteriów pozacenowych*, Zamawiający, 2015, nr 11).

Ponadto, jak wskazano w uzasadnieniu odwołania, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, gdy służy każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. O dostępności usługi nie świadczy to, od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to, czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy (uchwała z 11 października 2016 r., sygn. KIO/KD 62/16). O powszechnych robotach budowlanych Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w uchwale z 30 grudnia 2016 r. wskazując, że dobra o charakterze powszechnym są popularne, łatwo osiągalne, zaspokoją potrzeby wszystkich kategorii odbiorców, zarówno publicznych, jak i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. Przedmiot zamówienia powszechnie dostępny to taki, który jest przez rynek często oferowany, dzięki czemu jest nietrudny do zdobycia (sygn. KIO/KD 74/16). W tej samej uchwale Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza: „przez <<ustalone standardy jakościowe>> należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy i usługi, robót budowlanych, niewymagające skomplikowanego opisu. Odnosząc powyższego do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że roboty kanalizacyjne, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, nie są pospolite, w tym znaczeniu, że popyt na nie jest duży, bo służą zaspokajaniu bieżących potrzeb. Zdaniem Izby, są to roboty specjalistyczne, które nie są potrzebne przeciętnemu odbiorcy. Ten bowiem nie zaspokaja przez ich nabywanie swoich codziennych potrzeb. Przedmiotowe roboty nie mają też <<ustalonych

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

standardów jakościowych>>, bowiem te nie są znane przeciętnemu odbiorcy, ale ustalane są w oparciu o indywidualne potrzeby i wymagania ich nabywcy. <<Ustalony standard jakościowy>> to taki, który przez ogół odbiorców byłby podobnie definiowany, czego z pewnością nie można powiedzieć o robotach kanalizacyjnych. W ocenie Izby, większość konsumentów miałaby problem z określeniem jakichkolwiek cech jakościowych tych robót. Z tych względów, w ocenie Izby, prawidłowe jest stanowisko Prezesa UZP, który stwierdził, że w tym stanie faktycznym zastosowanie jedyne kryterium oceny ofert, którym była cena, stanowiło naruszenie przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.”

W ocenie Rzecznika w uzasadnieniu do zaskarżonego orzeczenia RKO nie odniosła się w żadnej mierze do stanowiska Rzecznika podzielającego pogląd Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który jest organem fachowym, posiadającym wiedzę oraz doświadczenie w zakresie zamówień publicznych. Dokonywana przez niego ocena nie jest wiążąca dla RKO, jednak winna stanowić przedmiot rozważań bądź polemiki organu orzekającego w przedmiotowej sprawie.

Ponadto, wyjaśniając podstawę prawną orzeczenia, RKO wskazała, że działanie Obwinionej nie wypełniło znamion czynu z art. 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp, która to podstawa wynika z art. 78 ust. 1 pkt 2 uoondfp, podczas gdy w sentencji orzeczenia wskazano art. 78 ust. 1 pkt 1 uoondfp, czyli niepopelnienie czynu.

W ramach podsumowania Rzecznik wskazał ponadto, że RKO, wbrew obowiązki wynikającemu z art. 24 ust. 1 uoondfp, nie dokonała porównania przepisu art. 91 ust. 2a uPzp w dawnym i aktualnym brzmieniu, a jedynie przyjęła za Rzecznikiem stanowisko, iż jest on w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) względniejszy dla Obwinionej.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej zwana „GKO”, zważyła, co następuje.

GKO, po analizie materiału dowodowego i dokonanych na jego podstawie przez RKO ustaleń uznała, że odwołanie wniesione na niekorzyść Obwinionej przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO, zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego w czasie popełnienia czynu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, 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. GKO wskazuje, iż analiza prawnoporównawcza odnosi się w tym wypadku do normy sankcjonowanej (norma sankcjonująca nie uległa zmianie), tj. normy ujętej w regulacji art. 91 ust. 2a uPzp zawierającej w swojej treści obowiązek stosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego tzw. kryteriów pozacenowych.

Po przeprowadzonej analizie GKO uznała, że ustalenia dokonane w tym zakresie przez Rzecznika oraz RKO nie są prawidłowe. Wskazać bowiem należy, że w dniu popełnienia zarzucanego Obwinionej czynu, tj. 9 czerwca 2015 r. (dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu) obowiązującym przepisem w tej materii był art. 91 ust. 2a uPzp w następującym brzmieniu: „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”. Następnie w wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r. przepis art. 91 ust. 2a uPzp otrzymał następujące brzmienie: „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”.

Analizując oba przepisy wskazać należy, iż art. 91 ust. 2a uPzp obowiązujący w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania odwoływał się do przesłanek o charakterze obiektywnym – całkowicie niezależnych od podmiotu zamawiającego. Jest tam bowiem mowa o „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących w stosunku do niego „ustalonych standardach jakościowych” – a zatem podmiot zamawiający,

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

aby dokonać ustaleń w tym zakresie winien dokonać daleko idących ustaleń, zarówno natury faktycznej, jak również prawnej. W zakresie tych pierwszych winien poddać analizie rynek właściwy celem ustalenia, czy zamawiany przez niego przedmiot zamówienia jest przedmiotem powszechnie dostępnym mając na uwadze w zakresie tych ustaleń poglądy wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych oraz regionalnych komisji orzekających i Głównej Komisji Orzekającej. Podmiot zamawiający powinien w tym zakresie zapoznać się z doktryną mając na uwadze okoliczność, iż ustawodawca identycznego sformułowania użył definiując w ustawie Prawo zamówień publicznych przesłanki wszczęcia postępowania w trybie zapytania o cenę, która to norma (art. 70 uPzp) może być stosowana na zasadzie analogii przy wykorzystaniu powstałego w oparciu o nią dorobku orzecznictwa i piśmiennictwa. Następnie podmiot zamawiający dokonując analizy możliwości wykorzystania jednego kryterium w oparciu o treść art. 91 ust. 2a uPzp w brzmieniu z momentu wszczęcia przedmiotowego postępowania, powinien ustalić, czy dla przedmiotu zamówienia istnieją „ustalone standardy jakościowe” a więc dokonać analizy otoczenia prawnego z uwzględnieniem przepisów regulujących pewne obszary rynku, np. regulacje dotyczące właściwości paliw gazowych, energii elektrycznej, produktów farmaceutycznych, budynków i budowli itp.

Dopiero powyższe działanie pozwala na ustalenie charakteru przedmiotu zamówienia w celu przyjęcia, czy ten charakter mieści się w hipotezie normy prawnej ujętej w treści art. 91 ust. 2a uPzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 9 czerwca 2015 r.

Należy też zwrócić tu uwagę, że określenie „powszechnie dostępny, o ustalonych standardach jakościowych” ma charakter w bardzo dużej mierze ocenny, a tym samym ocena poprawności zastosowania przepisu art. 91 ust. 2a uPzp w poprzednim brzmieniu zależy od poglądów podmiotów oceniających działanie danego zamawiającego w danych okolicznościach, co już samo w sobie jest dla tego zamawiającego, oraz ewentualnego obwinionego, skrajnie niekorzystne.

W przypadku normy prawnej ujętej w treści art. 91 ust. 2a uPzp obowiązującej po 22 czerwca 2016 r. mamy do czynienia z przesłankami o charakterze subiektywnym, tj. ustalonymi i dookreślanymi przez podmiot zamawiający i od niego zależnymi. To ten podmiot bowiem decyduje, które standardy jakościowe i o jakim kształcie są dla niego pożądane. Zamawiający nie musi bowiem w tym wypadku odwoływać się do żadnych zewnętrznych pojęć, lecz

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

poziom wymagań ustala samodzielnie z uwzględnieniem jego uzasadnionych potrzeb. Powyższe oznacza, że poziom wymagań ujętych w treści art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w obecnym brzmieniu jest dużo niższy i łatwiejszy do osiągnięcia przez zamawiającego. Stąd też GKO przyjęła, że normą o względniejszym charakterze w rozumieniu art. 24 ust. 1 uoondfp jest przepis art. 91 ust. 2a uPzp w obecnym brzmieniu.

Pomimo powyższego GKO wskazuje, iż zaskarżone orzeczenie odpowiada prawu w swoim rozstrzygnięciu, tj. uniewinnieniu Obwinionej, a zatem wniesione odwołanie na niekorzyść Obwinionej nie zasługiwało na uwzględnienie.

GKO zauważa, że w zakresie pozostałych dokonanych przez RKO ustaleń faktycznych należy je podzielić w całej rozciągłości. Dokonane w zakresie strony przedmiotowej i podmiotowej czynu ustalenia faktyczne dokonane przez RKO, dokonaną kwalifikację prawną naruszenia dyscypliny finansów publicznych i dokonaną w tym zakresie ocenę zgromadzonego materiału dowodowego oraz kwalifikację prawną naruszenia przez Obwinioną dyscypliny finansów publicznych, w tym okoliczności towarzyszące popełnionym czynom oraz okoliczności przemawiające za jej uniewinnieniem należy uznać za prawidłowe.

GKO, mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia składane przez obrońcę Obwinionej oraz Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych uznała, że zaskarżone orzeczenie należało utrzymać w mocy.

W zakresie strony podmiotowej GKO uznała, że ustalenia RKO są w tym zakresie prawidłowe. Otóż zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1 pkt 3 uoondfp odpowiedzialność ponoszą pracownicy jednostek sektora finansów publicznych (do których na podstawie przepisu art. 9 ustawy o finansach publicznych zalicza się również związki jednostek samorządu terytorialnego), którym odrębna ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

Przywoływany przez Obwinioną przepis art. 18 ust. 2 uPzp reguluje, iż za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają – poza kierownikiem zamawiającego – także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Wobec powyższego stanu prawnego GKO podzieliła stanowisko RKO i Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, iż Obwinionej skutecznie powierzono obowiązki w

przedmiotowym zakresie.

W zakresie zastosowanego kryterium ceny oraz pojęcia przedmiotu zamówienia „powszechnie dostępnego, o ustalonych standardach jakościowych” GKO stwierdziła, co następuje.

Przypisane Obwinionej naruszenie – z art. 17 ust.1 pkt 4 uondfp – dotyczy obowiązku określenia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kryteriów oceny ofert zgodnie z zasadami określonymi w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W myśl powołanego przez RKO art. 91 ust. 1 uPzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei art. 2 pkt 5 uPzp stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie, należy przez to rozumieć, co do zasady, ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo ofertę z najniższą ceną. Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi z kolei o obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

GKO wskazuje, że konieczność uwzględnienia w ramach kryteriów oceny ofert tzw. „kryteriów pozacenowych” jest wynikiem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych mającej na celu wdrożenie do krajowego porządku prawnego postanowień dyrektyw regulujących obszar zamówień publicznych na terenie UE (dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE). Przejawiająca się w dyrektywach tendencja ma na celu odejście od kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, przez promowanie elementów oceny umożliwiających uwzględnienie w ich ramach innych aspektów związanych z właściwościami oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia, w tym jego jakości, innowacyjności, aspektów środowiskowych – co pozwala na swego rodzaju zrównanie w ramach tego samego postępowania produktów i usług znacznie różniących się między sobą nie tylko ceną, ale również jakością. Tym samym za koniecznością stosowania przez podmioty zamawiające kryteriów pozacenowych kryją się przesłanki zmierzające do zrównania szans na uzyskanie zamówienia wykonawców, którzy oferują produkty, roboty budowlane, czy usługi różnej jakości, co przekłada się na oferowaną przez nich cenę. Takie zrównanie ma bowiem przekładać się na podstawowe zasady obowiązujące w ramach systemu zamówień publicznych, w tym zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

uczciwej konkurencji. Prawodawca unijny uznał bowiem, że konkutowanie w tym samym postępowaniu wykonawców, których usługi, roboty budowlane lub produkty cechują się odmiennymi standardami jakościowymi i walorami eksploatacyjnymi, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena – nie pozwala na zachowanie podstawowych zasad zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przenosząc powyższe ogólne argumenty na kanwę niniejszego sporu GKO wskazuje, iż swego rodzaju „zrównanie” szans wykonawców na uzyskanie zamówienia przez stosowanie kryteriów pozacenowych odnosi się do, występujących w ramach rynku właściwego, takich dostaw, robót, bądź usług, które odznaczają się znacznie zróżnicowanymi cechami jakościowymi, standardami wykonania, poziomem zaawansowania technologicznego, innowacyjności, które są przedmiotem patentów, znaków przemysłowych, wzorów użytkowych, zaś w przypadku urządzeń informatycznych i oprogramowania zastrzeżonych wzorów topografii układów scalonych i autorskich praw wyłączonych (w tym licencji odnoszących się do kodów źródłowych i algorytmów matematycznych). Takie jest bowiem *ratio legis* wskazanej wyżej regulacji, zarówno w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, jak również w obecnym brzmieniu.

W niniejszym przypadku mamy zaś do czynienia z powtarzalnymi i typowymi robotami budowlanymi obejmującymi, najogólniej mówiąc, wykonanie utwardzenia i odwodnienia placu stanowiącego składowisko odpadów. W ocenie GKO roboty te nie cechują się jakimkolwiek poziomem innowacyjności, zaś dla nich samych na rynku właściwym nie występują żadne specyficzne standardy jakościowe mogące skutkować nieporównywalnością ofert składanych przez różnych wykonawców.

Analiza przedmiotu zamówienia, jak również przebiegu prowadzonego postępowania nie pozwalają bowiem na przyjęcie, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania wyłącznie cenowego kryterium oceny oferty oraz, że ewentualny brak kryteriów pozacenowych mógł mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w tym że mogło dojść do naruszenia zasad z obszaru zamówień publicznych. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia utwardzenia należało dokonać w miejscu istniejących placów tj. obiekt nr 16 – plac do demontażu odpadów budowlanych i obiekt nr 19 – plac na przesypki. Planowany zakres robót to utwardzenie placu magazynowego o powierzchni ok. 4 730 m² oraz odwodnienie placu do kanalizacji deszczowej, a ich szczegółowy zakres został określony w programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z tego dokumentu przedmiot zamówienia obejmował konieczność zaprojektowania

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

robót polegających na utwardzeniu placu z betonu cementowego wraz z wykonaniem odwodnienia utwardzonego terenu przy wykorzystaniu typowych i charakterystycznych dla tego typu robót rozwiązań i technologii. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż pojęcia „powszechnie dostępne” i o „ustalonych standardach jakościowych” należy odnieść do przedmiotu zamówienia, jakim w tym wypadku są roboty budowlane. Otóż w odniesieniu do robót budowlanych zakres ten pozwala na przyjęcie, że mamy do czynienia z typowymi i standardowymi pracami możliwymi do wykonania przez niemal każde przedsiębiorstwo budowlane. Powyższego nie zmieniają również wymagania postawione przez Zamawiającego wobec personelu. W ocenie GKO sam fakt postawienia wymagań w zakresie uprawnień do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nie przesądza o skomplikowaniu zamawianych robót, gdyż osoby te są typowymi uczestnikami procesu budowlanego. Ich udział w procesie budowlanym obejmuje, zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych. O skomplikowaniu przedmiotowych robót nie przesądza również wykorzystanie standardowych, jak sama nazwa wskazuje, warunków kontraktowych FIDIC, gdyż są one powszechnie wykorzystywane w obrocie prawnym, zaś ich pierwsze opracowania w języku polskim zostało wydane w 1999 r. Warunki te są powszechnie wykorzystywane w wielu projektach, w tym coraz częściej przy realizacji nieskomplikowanych robót budowlanych. Wynika to z faktu, iż po niemal 20 latach od publikacji pierwszego wydania w języku polskim stały się podstawowym kontraktowym standardem prawnym, znanym powszechnie przez uczestników procesu budowlanego, w tym inwestorów oraz prawników.

Co niezwykle istotne obszar prawny odnoszący się do robót budowlanych jest ściśle regulowany nie tylko na poziomie przepisów technicznych (*vide* rozporządzenia wykonawcze do ustawy Prawo budowlane), ale przede wszystkim na poziomie samej ustawy Prawo zamówień publicznych, która w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w postaci robót budowlanych zawiera szczegółowe regulacje w postaci rozporządzenia wykonawczego. W rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.) doszło do szczegółowego ustalenia zarówno formy, jak i, przede wszystkim, treści dokumentów opisujących przedmiot zamówienia, w tym przedmiaru robót,

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a tam, gdzie nie jest wymagane uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę, jak w niniejszym przypadku, programu funkcjonalno-użytkowego. Co również istotne, powszechnie obowiązujące przepisy prawa regulują też obszar przygotowania dokumentacji zawierającej opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane. Regulacje te zawiera rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389) wydane na podstawie delegacji ustawowej ujętej w treści art. 33 ust. 3 uPzp.

Niezależnie od powyższego, mając na uwadze poczynione przez GKO ustalenia w kontekście art. 24 ust. 1 uoondfp, bez znaczenia pozostaje argumentacja Rzecznika w kontekście pojęć „ustalone standardy jakościowe”, czy też „powszechnej dostępności”, gdyż przepis, który GKO uznała za mający zastosowanie w niniejszym przypadku, nie posługuje się tymi pojęciami. Choć Rzecznik we wniesionym odwołaniu zwróciła uwagę na poczynioną przez RKO wadliwość w ustaleniu w oparciu o art. 24 ust. 1 uoondfp swoją argumentację oparł na przepisie art. 91 ust. 2a uPzp w brzmieniu z dnia, zdaniem Rzecznika, popełnienia przez Obwinioną czynu. Tym samym za bezprzedmiotowe należy również uznać w tym wypadku odwołanie się do stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej znak UZP/DKUE/KD/111/16, gdyż organ ten w toku kontroli nie ma obowiązku, jak w przypadku postępowania odnoszącego się do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stosowania przepisu względniejszego dla ustalonego stanu faktycznego – a zatem prowadzona kontrola oparta została na zupełnie odmiennie brzmiących przesłankach stosowania kryteriów pozacenowych.

Wobec powyższego GKO, analizując stan faktyczny w oparciu o treść art. 91 ust. 2a uPzp w obecnym brzmieniu, poddała analizie i oceniła wypełnienie przez Obwinioną obowiązków zgodnie z treścią tego przepisu. GKO uznała bowiem, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu określił w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.

Konsekwencją tego jest, że to podmiot zamawiający w całości „narzucił” wykonawcom standardy i wymagania jakościowe nie mając żadnych racjonalnych i prawnych podstaw do

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

swego rodzaju „premiowania” wyjścia przez wykonawców poza te standardy, tj. stosowania kryteriów pozacenowych. Nadto podmiot zamawiający nie może dokonać tego opisu w sposób dowolny, a jedynie zgodny ze szczegółowymi wytycznymi ujętymi we wskazanych wyżej aktach prawnych. W ocenie GKO w tych konkretnych okolicznościach, mając na uwadze zakres przedmiotowy zamówienia, trudno byłoby sobie wyobrazić, w jaki sposób mogłoby dojść do zrównania szans wykonawców w procesie składania ofert, jeżeli każdy z nich winien wykonać przedmiot zamówienia w identyczny sposób, z zachowaniem typowych i ujednoliconych reżimów technologicznych. Powyższego nie zmienia również okoliczność, że przedmiot zamówienia obejmuje także projektowanie robót, gdyż standardy dla tego przedmiotu wyznacza miejsce wykonania robót oraz przeznaczenie tego terenu. W ocenie GKO tworzenie w takim wypadku w sposób całkowicie sztuczny i *stricte* formalny kryteriów pozacenowych nie służyłoby żadnym racjonalnym interesom, identyfikowalnym zarówno po stronie podmiotu zamawiającego, wykonawców, czy wreszcie samego systemu zamówień publicznych. Jak wskazano powyżej, na konieczność (obowiązek) stosowania kryteriów pozacenowych należy patrzeć przez pryzmat celów ujętych przede wszystkim w dyrektywach UE, przy uwzględnieniu charakteru przedmiotu zamówienia, istniejącego otoczenia prawnego i faktycznego, w tym rynku właściwego oraz korzyści, jakie mogą wyniknąć z zastosowania tych kryteriów oraz szkód, jakie mogą wystąpić, gdy w postępowaniu jedynym kryterium będzie cena.

W ocenie GKO bilans korzyści z zastosowania w tym konkretny przypadku kryteriów pozacenowych byłby śladowy, a wręcz bliski zeru. Jeżeli bowiem Zamawiający stworzy właściwy nadzór na sposobem realizacji przedmiotu zamówienia będzie to stanowiło wystarczający sposób uzyskania pożądanego przez Niego standardu robót i wskaźników jakościowych. Wszakże inspektor nadzoru inwestorskiego jest jednym z podstawowych uczestników procesu budowlanego gwarantując, zgodnie z treścią art. 17 ustawy Prawo budowlane, realizację robót zgodnie z oczekiwaniami inwestora, projektem budowlanym oraz przepisami technicznymi.

Zgodzić się należy również z argumentem obrońcy Obwinionej, że o charakterze zamawianych robót świadczył również fakt braku konieczności uzyskania decyzji pozwolenia na budowę oraz zgłoszenia ich rozpoczęcia właściwemu organowi administracji architektoniczno-budowlanej.

Wszystkie te okoliczności łącznie przemawiają za uznaniem, że objęte przedmiotem

Sygn. akt BDF1.4800.52.2017

zamówienia roboty budowlane nie obligowały zamawiającego do stosowania kryteriów pozacenowych.

Co istotne, w ramach kontroli przedmiotowego postępowania prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (znak UZP/DKUE/KD/111/16), w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” stwierdzono w podsumowaniu, że stwierdzone w ramach tej kontroli naruszenie art. 91 ust. 2a uPzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do kwestii podniesionej przez Rzecznika we wniesionym odwołaniu, tj. że RKO wyjaśniając podstawę prawną orzeczenia wskazała, że działanie Obwinionej nie wypełniło znamion czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy uondfp, która to podstawa wynika z art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy uondfp, podczas gdy w sentencji orzeczenia wskazano art. 78 ust. 1 pkt 1 uondfp, czyli niepopelnienie czynu wskazać należy, że powyższa nieścisłość nie może mieć wpływu na ocenę zaskarżonego orzeczenia, gdyż orzeczenie Komisji I instancji, co do zasady odpowiada prawu. W ocenie GKO powyższe należy uznać za omyłkę, gdyż zarówno Komisja I instancji, jak również GKO nie kwestionowały ustaleń faktycznych poczynionych w toku postępowania przez Rzecznika, lecz kwalifikację prawną - a zatem podstawą prawną obu orzeczeń była okoliczność wskazująca, że w tak zakreślonych okolicznościach faktycznych brak zastosowania kryteriów pozacenowych nie stanowił naruszenia dyscypliny finansów publicznych (brak znamion w rozumieniu art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp).

Reasumując, zdaniem GKO, wskazane przez RKO przepisy prawa materialnego (źródłowego) nie zostały naruszone, a tym samym nie zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Tym samym ze względu na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez wszczęcie i prowadzenia postępowania, w ramach którego jedynym kryterium była cena, Główna Komisja Orzekająca, mając na uwadze treść art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, wydała orzeczenie utrzymujące w mocy orzeczenie organu I instancji.