



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 16 listopada 2017 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska <i>(spr.)</i>

Protokolant: ***Bartosz Głuszko***

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2017 r. odwołania wniesionego przez Obwinioną (...) - pełniącą w czasie zarzuczonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 25 maja 2017 r., sygn. akt RIO /KO/4111/15/2017, którym uznano Obwinioną (...) odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w:

1. **art. 17 ust. 1 pkt 5** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na niezamieszczeniu w dniu 12 kwietnia 2014 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku z lokalami socjalnymi w (...)”, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 z późn. zm.);

2. **art. 17 ust. 1 pkt 4** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu w dniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie następujących zamówień publicznych:

a) „Pielęgnacja zieleni miejskiej na terenie miasta (...)w 2015 roku”,

b) „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...)w 2015 roku”;

co stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 z późn. zm.)

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionej karę upomnienia 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) 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 Bydgoszczy.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Bydgoszczy (dalej zwana „RKO”), 25 maja 2017 roku na podstawie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej „uondfp”), uznała Panią (...) (dalej także „Obwinioną”) winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w:

1. art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp , polegającego na niezamieszczeniu 12 kwietnia 2014 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w postępowemu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku z lokalami socjalnymi w (...)”, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”);
2. art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp , polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie następujących zamówień publicznych:
 - a. „Pielęgnacja zieleni miejskiej na terenie miasta (...) w 2015 roku”,
 - b. „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”,

co stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.

RKO wymierzyła Obwinionej karę upomnienia, a także obciążyła Obwinioną kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia RKO wskazała, co następuje:

W wyniku przeprowadzonej analizy prawa intertemporalnego, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 uondfp, RKO uznała, że przepisy obowiązujące w czasie popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych są względniejsze dla Obwinionej. Przemawia za tym fakt, że zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp będzie dotyczył jednego a nie dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. RKO ustaliła, że przy określeniu kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez gminę (...) (dalej „Zamawiający”) na wykonanie usługi pn. „Pielęgnacja zieleni miejskiej na terenie miasta (...) w 2015 roku” nie doszło do naruszenia przepisu art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, bowiem ustawodawca dla wszystkich zamówień na usługi niepriorytetowe, bez względu na wartość zamówienia, przewidywał szereg ułatwień polegających na wyłączeniu stosowania przepisów dotyczących m.in. zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy (kryteriów podmiotowych). RKO ustaliła, że podane przez Zamawiającego w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia tego zamówienia kody (CPV) wskazują na to, że wymienione tam usługi ogrodnicze zaliczane są do wykazu usług niepriorytetowych. Wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym stanowiły załączniki odpowiednio nr 1 i nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r., nr 12, poz. 68), który uchylony został 28 lipca 2016 roku (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Zgodnie z wyżej powołanymi przepisami, obowiązującymi w czasie udzielania przedmiotowego zamówienia, Zamawiającego nie obowiązywał zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy, zatem miał on możliwość stosowania kryteriów w postaci m.in. doświadczenia, potencjału kadrowego i technicznego, sytuacji finansowej i ekonomicznej. Mając powyższe na uwadze, RKO postanowiła, że rozpozna sprawę na podstawie stanu prawnego obowiązującego w dniu popełnienia czynu. Jednocześnie RKO wskazała, że pozostałe stawiane Obwinionej zarzuty są kwalifikowane jako

Sygn. akt BDF1.4800.69.2017

czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zarówno w dacie popełnienia czynu, jak i też w dacie orzekania.

Odnosnie czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, polegającego na niezamieszczeniu 12 kwietnia 2014 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku z lokalami socjalnymi w (...)”, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, tj.:

- protokołu kontroli wraz z aktami kontroli (k.173-186; 162-167),
- ogłoszenia o zamówieniu (k.168-172),
- specyfikacji istotnych warunków zamówienia (k. 148-161, k. 149, załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia),
- uszczegółowienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (k.148),
- umowy nr 102/2014 z 6 maja 2014 roku zawartej z wykonawcą wybranym w przetargu przez Obwinioną (k. 135-144),

RKO ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym 2 kwietnia 2014 roku dotyczącym warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, w pkt. III.3.2) wiedza i doświadczenie - przy opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, Zamawiający określił następujące wymogi: „Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Następnie Zamawiający 11 kwietnia 2014 roku dokonał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. V-5.1.2. „Wiedza i doświadczenie” uszczegółowienia w zakresie stawianych wymogów odnoszących się do doświadczenia wykonawcy dodając: „Wykonawca powinien wykazać doświadczenie i potwierdzić należyte wykonanie w zakresie budowy budynków mieszkalnych o wartości zbliżonej do wartości zamówienia. Doświadczenie w zakresie projektowania występujące łącznie nie jest wymagane”. Wyżej wymienione

uszczegółowienie zostało podpisane 11 kwietnia 2014 roku przez Panią (...), burmistrza (...).

RKO nie miała wątpliwości, co do tego, że dokonane przez Zamawiającego uszczegółowienie zmodyfikowało treść wymaganego warunku, co do doświadczenia i wiedzy, wprowadzając wymóg wobec wykonawców wykazania doświadczenia w zakresie budowy budynków mieszkalnych o wartości zbliżonej do wartości zamówienia. Takiego wymogu nie zawierało ogłoszenie o zamówieniu. Zamawiający dokonując tej zmiany nadał tym samym temu warunkowi nowe brzmienie. W związku z dokonaniem omawianej modyfikacji w zakresie stawianych wymogów dotyczących wiedzy i doświadczenia, Zamawiający, mając na uwadze wartość szacunkową tego zamówienia, określoną na kwotę 406.504,07 zł (96.216,26 euro) zobowiązany był, zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, do zamieszczenia 11 kwietnia 2014 roku ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Obowiązku tego nie dopełnił.

W ocenie RKO przedstawiony stan faktyczny był bezsporny.

Przechodząc do oceny stanu prawnego RKO uznała, że popełnienie czynu polegającego na niezamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o dokonanej 11 kwietnia 2014 roku zmianie ogłoszenia o zamówieniu na wykonanie zadania pn. „Budowa budynku socjalnego w (...) w systemie zaprojektuj i wybuduj” narusza przepisy art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów w rozumieniu przepisu art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp. RKO jednocześnie zauważyła, że dokonana przez ustawodawcę 28 lipca 2016 roku zmiana treści przepisu art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp przez art. 11 pkt 2 lit. a tiret drugie ustawy z 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r., poz.1020) nie ma wpływu na sytuację Obwinionej, bowiem również po zmianie tego przepisu czyn polegający na zaniechaniu zamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie do ogłoszenia o zamówieniu stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie 28 lipca 2016 roku nie wprowadziła zmian do treści przepisu art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp. Przepis art. 38 ust. 4a ustawy Pzp określa sposób postępowania zamawiającego w sytuacji, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W

przypadku zaistnienia takiej sytuacji ustawodawca w pkt. 1 tego przepisu nałożył na zamawiającego obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze RKO uznała, że przepisy obowiązujące w dniu orzekania nie były względniejsze dla Obwinionej. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych nakładały przepisy obowiązujące w czasie popełnienia czynu, jak i też w czasie orzekania.

Obwiniona w złożonych wyjaśnieniach nie kwestionowała stwierdzonego przez Rzecznika stanu faktycznego, jednakże nie zgodziła się z przypisaniem jej odpowiedzialności z tego tytułu. Stwierdziła, że przypisanie tej odpowiedzialności „*stanowi rażące naruszenie art. 18 P.z.p., w związku z art. 39 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 268 Kpa*”. Argumentowała, że obowiązki w zakresie przygotowania przedmiotowego postępowania, w tym opublikowania wymaganych prawem ogłoszeń o zamówieniu, skutecznie powierzyła pracownikom jednostki w Regulaminie Organizacyjnym Urzędu Miasta w (...) wprowadzonym do stosowania Zarządzeniem Nr 77/12 Burmistrza Miasta (...) z 31 grudnia 2012 roku. Zdaniem Obwinionej przez określenie w tym Regulaminie zadań należących do Wydziału Gospodarki Komunalnej, wymienionych w § 20.1 pkt 6, pkt 7-pkt 10, pkt 42 , przypisywanie jej odpowiedzialności z tytułu przedmiotowego naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z obowiązującym prawem.

RKO po zapoznaniu się z treścią ww. Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miasta w (...), udostępnionego w Biuletynie Informacji Publicznej Miasta (...) stwierdziła, że postanowienia § 20.1 tego Regulaminu określają podstawowe zadania Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta, do których należą m.in.:

- prowadzenie spraw związanych z przygotowaniem dokumentacji oraz przeprowadzenie przetargów z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i innych w zakresie zadań inwestycyjnych z terenu Gminy (§ 20.1 pkt 6 Regulaminu),
- opracowywanie procedur wewnętrznych dotyczących przeprowadzenia zamówień publicznych w oparciu o normy ogólnieobowiązujące,

- umieszczanie informacji publicznych w Biuletynie Informacji Publicznej Miasta (...) „z zakresu zadań wynikających na zajmowanym stanowisku” (§ 20.1 pkt 42 Regulaminu).

W ocenie RKO określenie w Regulaminie Organizacyjnym Urzędu Miejskiego w (...) zadań poszczególnych wydziałów merytorycznych nie spełnia wymogu, o którym mowa w przepisie art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, który reguluje możliwość i zasady powierzenia określonych czynności w zakresie udzielania zamówień publicznych. RKO zauważyła, odnosząc się do wyjaśnień Obwinionej i powoływania się na przepisy art. 39 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym oraz art. 268a kodeksu postępowania administracyjnego, że wskazane przez Obwinioną przepisy nie mają zastosowania w sprawach dotyczących udzielania zamówień publicznych. Dotyczą one bowiem upoważnień do wydawania decyzji administracyjnych, załatwiania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej. Zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych określa ustawa Prawo zamówień publicznych. W sprawach nieuregulowanych tą ustawą stosuje się kodeks cywilny, przy czym wzajemna regulacja pomiędzy tymi dwiema ustawami polega na tym, że kodeks cywilny zawiera regulacje ogólne, w stosunku do których przepisy ustawy Pzp stanowią *lex specialis* (art. 14, art. 139 ustawy Pzp). RKO podniosła, że zadania Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta określone w § 20.1 pkt 41 ww. Regulaminu nie dotyczą umieszczania informacji w Biuletynie Zamówień Publicznych tylko umieszczania informacji w Biuletynie Informacji Publicznej, czyli realizacji zadań określonych w ustawie z 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej.

Dalej RKO wskazała, iż zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 ustawy Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. W ust. 2 tego przepisu ustawodawca określił, iż *„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. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego”*. W opinii RKO przepis ten przewiduje jedynie możliwość pisemnego powierzenia pracownikom zamawiającego wykonywania czynności przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Zatem kierownik zamawiającego, może upoważnić pracowników zamawiającego do wykonywania czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania, jednakże powierzenie, o jakim mowa w tym przepisie, musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego dla danego pracownika z wymienieniem czynności z zakresu postępowania przetargowego, które zostały mu powierzone. Takie rozumienie tego przepisu potwierdza dotychczasowe orzecznictwo (por. orzeczenie GKO z 22 lutego 2010 roku., sygn. BDF1/4900/87/89/09/3148; orzeczenie GKO z 13 czerwca 2013 roku, sygn. BDF1/4900/35/40/RN-10/13/RWPD-30890). Również art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2077) umożliwia kierownikowi jednostki powierzenie wykonywania określonych obowiązków z zakresu gospodarki finansowej pracownikom tej jednostki. Powołana ustawa nie wprowadza w opinii RKO w tym zakresie ograniczeń, co do zakresu i rodzaju obowiązków. Wymaga jedynie, aby przyjęcie obowiązków przez pracowników było potwierdzone dokumentem, co praktycznie sprowadza się do wyrażenia zgody przez przyjmującego lub co najmniej przyjęcia przez niego do wiadomości faktu powierzenia mu określonych w dokumencie obowiązków. Tym samym RKO stwierdziła, iż określenie przez kierownika zamawiającego w Regulaminie Organizacyjnym jednostki zadań należących do danego wydziału nie może być utożsamiane ze skutecznym powierzeniem obowiązków w zakresie przygotowania konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym obowiązku zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, czy też ogłoszenia o zmianie tego ogłoszenia, które to czynności należą do czynności przygotowania postępowania. Tak więc RKO nie zgodziła się ze stanowiskiem Obwinionej, że przez określenie zadań i kompetencji Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta w Regulaminie Organizacyjnym Urzędu doszło do skutecznego przekazania obowiązków z zakresu zamówień publicznych. RKO nie podzieliła także stanowiska Obwinionej, że pracownik mający upoważnienie na podstawie postanowień Regulaminu Organizacyjnego do dokonywania wpisów internetowych ponosi odpowiedzialność za niezamieszczenie przedmiotowego ogłoszenia, bowiem jak wcześniej wskazano powierzenie tych czynności musi mieć charakter indywidualny, a więc powinno być udzielone każdemu pracownikowi oddzielnie i powinno dotyczyć konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z wymienieniem powierzonych do wykonania czynności. RKO

reasumując wskazała, że powierzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi nastąpić w formie pisemnej, a dany pracownik powinien potwierdzić na piśmie przyjęcie obowiązków i odpowiedzialności. Zgodnie ze stanowiskiem GKO *„powierzenie obowiązków na drodze regulaminu organizacyjnego jest możliwe i skutkuje prawnie przeniesieniem odpowiedzialności z zakresu dyscypliny finansów publicznych pod warunkiem, że dotyczy to stanowisk spersonalizowanych, wyraźnie indywidualnie opisanych w tym regulaminie, stanowisk, które pełnią wyłącznie konkretne osoby”* (orzeczenie GKO z 7 marca 2011 roku, sygn. BDF 1/4900/132/150/10/3111A). RKO podzieliła stanowisko Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, zaprezentowane we wniosku o ukaranie, że w przypadku pracowników jednostek sektora finansów publicznych niezbędne jest powierzenie im czynności w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych, aby stali się podmiotami podlegającymi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym stanie rzeczy RKO uznała, że Obwiniona pełniąc funkcję kierownika jednostki sektora finansów publicznych (kierownika zamawiającego) ponosi odpowiedzialność za przedstawione wyżej naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniona odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisu art. 18 ust. 1 ustawy Pzo oraz przepisu art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych.

W ocenie RKO materiał zgromadzony w sprawie, a także wyjaśnienia Obwinionej potwierdziły, że Obwiniona nie skorzystała z przepisów z art. 18 pkt 2 ustawy Pzp, art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych i nie powierzyła pracownikom jednostki, w sposób skuteczny czynności w zakresie przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Budowa budynku socjalnego w (...) w systemie zaprojektuj i wybuduj”, a co z tym idzie odpowiada za przygotowanie i prowadzenie tego postępowania, na podstawie wyżej wskazanych przepisów prawa. Powołany przepis art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych stanowi, że odpowiedzialność za całość gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych ponosi jednoosobowo kierownik tej jednostki. Przy czym RKO zaznaczyła, że odpowiedzialność ta obejmuje wszystkie aspekty gospodarki finansowej jednostki, poczynając od jej organizacji, przez kierowanie wykonywaniem zadań i kontrolowanie przestrzegania dyscypliny finansów publicznych. Obwiniona

podpisując 11 kwietnia 2014 roku pismo o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym postępowaniu, dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i wiedzy, która to zmiana polegała na żądaniu wykazania doświadczenia w zakresie budowy budynków mieszkalnych o wartości zbliżonej do wartości zamówienia i nie zamieszczając w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o tej zmianie, stała się sprawcą zarzucanego czynu.

Zdaniem RKO powyższe uzasadnia przypisanie Obwinionej winy za przedmiotowe naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniona miała możliwość zgodnego z prawem zachowania, chociażby poprzez powierzenie tych czynności w sposób skuteczny pracownikom jednostki (na piśmie, za potwierdzeniem ich przyjęcia). RKO podkreśliła, że w piśmiennictwie i orzecznictwie przyjmuje się, że podstawowym skutkiem niezachowania formy pisemnej powierzenia czynności będzie brak możliwości egzekwowania odpowiedzialności wobec pracownika, który dokonał czynności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego (por. orzeczenie GKO z 17 października 2011 roku, sygn. BDF1/4900/81/88/11/24680).

RKO odnosząc się do wniosku Obwinionej o umorzenie postępowania, z uwagi na znikomy stopień szkodliwości społecznej, bowiem *„uszczegółowienie SIWZ w przedmiocie doświadczenia nie spowodowało podstawowej rzeczy, to jest nie ograniczyło konkurencji”* stwierdziła, że nie ma 100 % pewności, czy wprowadzenie tego wymogu i nieopublikowanie tej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu nie ograniczyło kręgu potencjalnych wykonawców ubiegających się o to zamówienie. RKO podniosła, że system odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz spenalizowane przez ustawodawcę czyny, odnoszą się zarówno do tych naruszeń, które wywołują skutek finansowy i mają charakter wymierny kwotowo, jak i tych, które nie mogą wprost spowodować skutków finansowych. Ich penalizacja wiąże się bowiem z przeświadczeniem ustawodawcy o konieczności dodatkowej ochrony szczególnych przepisów prawa, regulujących funkcjonowanie określonych podmiotów. RKO przy orzekaniu kary uwzględniła fakt, że wprawdzie doszło do popełnienia czynu zabronionego poprzez niezamieszczenie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, ale dokonana przez Zamawiającego zmiana została opublikowana w Biuletynie Informacji Publicznej, jako

uszczegółowienie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uszczegółowienia dokonano przy udzieleniu odpowiedzi na zapytanie oferenta, które zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej), stąd oferenci mieli teoretycznie możliwość zapoznania się z wprowadzoną przez Zamawiającego zmianą, w zakresie warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia. Wzięto też pod uwagę, że oferenci mieli czas na uzupełnienie dokumentacji, gdyż przedmiotowej zmiany dokonano 11 kwietnia 2014 roku, a otwarcie ofert wyznaczono na 18 kwietnia 2014 roku.

Rozpatrując postawiony obwinionej zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uońdofp, polegający na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pielęgnację zieleni miejskiej na terenie miasta (...) w 2015 roku”, RKO rozważając kwestie, czy usługi będące przedmiotem tego zamówienia należą do usług o charakterze priorytetowym, zgodziła się z Obwinioną i uznała te usługi za usługi o charakterze niepriorytetowo określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i art. 2b ustawy Pzp co do których zgodnie z dyspozycją art. 5 ustawy Pzp można było zastosować kryteria oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Przepisy te jak zauważyła RKO uchylone zostały z dniem 28 lipca 2016 r. ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym, RKO uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i tym samym do naruszenia dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. 17 ust 1 pkt 4 uońdofp.

Natomiast rozpatrując postawiony Obwinionej zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uońdofp, polegający na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”, o wartości szacunkowej 462.962,96zł (109.579,63 euro) – (k.118-125), czym Obwiniona naruszyła przepisy art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp,

RKO ustaliła, iż Zamawiający prowadził w 2015 roku postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usług pn. „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) w 2015 roku” o wartości szacunkowej 462.962,96 zł (109 579,63 euro).

Zgodnie z treścią protokołu postępowania osobami wykonującymi czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia były: (...) - burmistrz (...) i (...) pełniący od 9 grudnia 2014 roku funkcję burmistrza (...). Komisja przetargowa w składzie: (...),(...),(...) powołana została zarządzeniem burmistrza Miasta (...) nr 67/2014 z 19 listopada 2014 roku. Zgodnie z treścią protokołu postępowania osobą wykonującą czynności związane z przygotowaniem postępowania, określającą kryteria oceny ofert, była (...) (k. 46). Prace Komisji zakończyły się 11 grudnia 2014 roku. Protokół postępowania zatwierdził 5 stycznia 2015 roku Pan (...), burmistrz (...). Dnia 18 grudnia 2014 roku zawarta została umowa z wykonawcą wybranym w omawianym przetargu. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr ogłoszenia 370720, data zamieszczenia 10 listopada 2014 roku) w poz. IV.2.1) - „*Kryteria oceny ofert*” określił dwa kryteria oceny ofert, tj. cenę z wagą 90 % i doświadczenie wykonawcy z wagą 10 % (k. 76-79). W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Informacji Publicznej, w poz. IV.2.1. „*Kryteria oceny ofert*” również określił dwa ww. kryteria oceny ofert z tym, że przy doświadczeniu wykonawcy z wagą 10 % dodał „*w wykonywaniu analogicznych zamówień w miastach powyżej 14 tys. mieszkańców*” (k. 72). W ogłoszeniu wywieszonym w siedzibie jednostki dane były takie same jak w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Informacji Publicznej (k. 66-70). W pkt. XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „*Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert*” w pkt 13.1 Zamawiający określi kryterium - cenę (z VAT) z wagą 100%, co było niezgodne z treścią ww. ogłoszeń o zamówieniu (k. 54-64). W protokole postępowania w pozycji 13 w uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty wskazano, że wybrana oferta „*spełnia warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uzyskała przy kryteriach: Cena - 90 %; Doświadczenie wykonawcy 10 % - 82,00 pkt (...)*” (k. 43-48). Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (k. 76-79), jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

zatwierdzonej przez Obwinioną (k. 54-64) przy określeniu przedmiotu zamówienia podał następujące kody CPV: 90.61.00.00-6 - *Usługi sprzątnia i zmiatania ulic*; 90.62.00.00-9- *Usługi odśnieżania*; 90.63.00.00-2 - *Usługi usuwania oblodzenia*.

RKO nie podzieliła poglądu Obwinionej, że usługi te należą do usług niepriorytetowych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i art. 2b ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym do 28 lipca 2016 roku), co do których zgodnie z dyspozycją art. 5 ustawy Pzp można było zastosować kryteria oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Zdaniem RKO charakter zamawianych usług nie stanowił usług o charakterze niepriorytetowym, określonych w wyżej powołanych przepisach, bowiem wskazane przez Zamawiającego w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia kody (CPV) wskazują na to, że są to usługi zaliczane do wykazu usług priorytetowych. Wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym stanowiły załączniki odpowiednio nr 1 i nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 roku w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. z 2010 r., nr 12, poz. 68) - uchylonego 28 lipca 2016 roku (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020). RKO wskazała, że aby prawidłowo określić zakres zastosowania wyżej powołanych przepisów art. 5 ustawy Pzp, należy odwołać się do wykazu usług priorytetowych załączonego do tego rozporządzenia, gdyż każda usługa w nim nieujęta oraz nieprzypisana będzie „inną usługą”, wymienioną w poz. 27 wykazu usług niepriorytetowych, czyli usługą o charakterze niepriorytetowym. Dla prawidłowej klasyfikacji usługi należy posłużyć się klasyfikacją Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych - każdy z wykazów, stanowiących załączniki do ww. rozporządzenia, odwołuje się do tej nomenklatury wskazując kody usług określonych jako priorytetowe albo niepriorytetowe. Wspólny Słownik Zamówień stanowi załącznik nr 1 do Rozporządzenia (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 roku w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). RKO stwierdziła, że usługi będące przedmiotem zamówienia należą do wykazu usług wymienionych w pozycji 16 wykazu usług o charakterze priorytetowym. W tym stanie rzeczy RKO uznała, że ustalone i zastosowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia wykonawcy w wykonywaniu analogicznych zamówień w miastach powyżej 14 tysięcy mieszkańców odnosiło się do właściwości podmiotowej wykonawcy, co naruszało dyspozycję art. 91 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp (ówcześnie

i obecnie obowiązującej) i stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 uońdftp.

Przechodząc do kwestii odpowiedzialności za przedmiotowe naruszenie dyscypliny finansów publicznych RKO, opierając się na zebranych w sprawie materiale dowodowym ustaliła, iż wprawdzie jako osobę opisującą kryteria oceny ofert w protokole postępowania wskazano Panią (...), jednak obowiązki w tym zakresie nie zostały tej osobie skutecznie powierzone. Stosownie do przepisu art. 4 ust. 1 pkt 3 uońdftp, powierzenie czynności na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego reguluje ustawa Pzp. Możliwość i zasady powierzenia czynności związanych z określeniem kryteriów oceny ofert, które należą do czynności związanych z przygotowaniem postępowania określa przepis art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym kierownik zamawiającego może powierzyć wykonywanie tych czynności pracownikowi, z zachowaniem formy pisemnej. RKO ustaliła, na podstawie zakresu czynności Pani (...) z 1 czerwca 2011 roku, którego przyjęcie ww. potwierdziła podpisem, że Pani (...) nie zostały powierzone czynności określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pn. „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeń w okresie zimowym w (...) w 2015 roku” (k. 208).

Dalej, w ocenie RKO, określenie przez kierownika Zamawiającego w Regulaminie Organizacyjnym jednostki zadań należących do wydziału nie może być utożsamiane ze skutecznym powierzeniem obowiązków w zakresie przygotowania konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym określenia kryteriów oceny ofert, które to czynności należą do czynności przygotowania postępowania. RKO nie zgodziła się ze stanowiskiem Obwinionej, że przez określenie zadań i kompetencji Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta w Regulaminie Organizacyjnym Urzędu doszło do skutecznego przekazania obowiązków z zakresu zamówień publicznych. Przypisanie w Regulaminie Organizacyjnym Urzędu zadań do realizacji Wydziałom Urzędu ma charakter przede wszystkim organizacyjny, umożliwia bowiem sprawne funkcjonowanie jednostki. Wskazany Regulamin

Organizacyjny Urzędu Miasta (...) nie może być dokumentem powierzenia obowiązków, o którym mowa w art. 18 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Czynność powierzenia jest aktem uświadomienia pracownikowi, że za niezgodne z przepisami przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może odpowiadać dyscyplinarnie na równi z kierownikiem jednostki, na podstawie art. 4 uoondfp. Powierzenie musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego dla danego pracownika z wymienieniem czynności z zakresu postępowania przetargowego, które zostały mu powierzone (J. Edmund Nowicki, Aneta Bazan „Prawo zamówień publicznych Komentarz”, Wyd. Wolters Kluwer SA. 2015). RKO nie miała wątpliwości, że postanowienia tego Regulaminu, na które powołuje się Obwiniona, nie spełniają wymogów ustawowych związanych ze skutecznym powierzeniem pracownikowi czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne.

W tym stanie rzeczy RKO uznała, że skoro Pani (...) nie zostały skutecznie powierzone czynności określenia kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to Obwiniona ponosi odpowiedzialność za ich określenie w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. RKO podkreśliła, iż w przypadku pracowników jednostek sektora finansów publicznych niezbędne jest powierzenie im czynności w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych, aby stali się podmiotami podlegającymi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tylko bowiem w razie skutecznego powierzenia pracownikowi obowiązków, odpowiedzialność kierownika za ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest wyłączona. Obwiniona zatwierdziła ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej w Biuletynie Informacji Publicznej oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym zaakceptowała określone w nich kryteria oceny ofert (k. 76-79; 65-75; 54-64).

Mając powyższe na uwadze RKO podzieliła stanowisko Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, że Obwinionej można przypisać winę w czasie popełnienia czynu (art. 19 ust. 2 uoondfp), bowiem, gdyby dołożyła staranności wymaganej od osoby pełniącej funkcje kierownicze i powierzyła w sposób skuteczny pracownikom jednostki czynności określenia kryteriów oceny oferty w tym postępowaniu, to uniknęłyby odpowiedzialności za określenie ich w sposób niezgodny z przepisami

ustawy Pzp. W ocenie RKO Pani (...) naruszyła dyscyplinę finansów publicznych nieumyślnie, gdyż nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego, a popełniła go jednak na skutek niezachowania ostrożności oraz staranności wymaganej w zaistniałych okolicznościach mimo, że możliwość popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych mogła przewidzieć.

RKO przy orzekaniu kary uznała, że w okolicznościach faktycznych towarzyszących popełnieniu czynów zabronionych określonych w przepisach art. 17 ust. 1 pkt 5, art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp wnioskowana przez Rzecznika kara byłaby zbyt surowa. W ocenie RKO za niższym wymiarem kary przemawia przede wszystkim to, że Obwiniona pełniła funkcję Burmistrza (...) przez stosunkowo krótki czas, była również dotychczas niekarana za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wzięto też pod uwagę, że zarzut z art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp dotyczy jednego, a nie dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, jeśli chodzi o czyn z art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp, że dokonana przez Zamawiającego zmiana została opublikowana w Biuletynie Informacji Publicznej, jako uszczegółowienie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stąd oferenci mogli teoretycznie zapoznać się z wprowadzoną przez zamawiającego zmianą, w zakresie warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia.

Rozstrzygnięcie RKO zostało zakwestionowane przez Obwinioną, która pismem z 24 czerwca 2017 roku wniosła odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej (dalej „GKO”).

Obwiniona zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła:

- 1) naruszenie przepisu art. 28 uoondfp, polegające na jego niezastosowaniu w sytuacji, gdy stopień szkodliwości dla finansów publicznych w niniejszej sprawie jest znikomy,
- 2) naruszeniu przepisu art. 76 ust. 1 uoondfp, polegające na nieudowodnieniu winy Obwinionej,
- 3) naruszenie przepisu art. 76 ust. 3 uoondfp polegające na jego niezastosowaniu w sytuacji stwierdzenia przez RKO, iż „nie ma 100% pewności, czy wprowadzenie tego

wymogu i nieopublikowanie tej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu nie ograniczyło kręgu potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie”,

4) naruszenie przepisu art. 80 uodfp polegające na nieuwzględnieniu okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonej, tj. podjęcia wszelkich możliwych kroków wyprowadzenia finansów publicznych Miasta (...) z zapasów w okresie 2 i pół roku sprawowania funkcji burmistrza;

5) błędne zastosowanie przepisów prawa materii będącej przedmiotem orzeczenia;

6) naruszenia przepisu art. 89 uodfp polegające na nieprawidłowej i niepełnej ocenie stanu faktycznego sprawy, bez przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego;

7) niewłaściwe uzasadnienie decyzji.

Uwzględniając powyższe Obwiniona wniosła o:

1) uchylenie skarżonego postanowienia i uniewinnienie ewentualnie,

2) o umorzenie postępowania,

3) z ostrożności procesowej – „o zastosowanie instytucji odstąpienia od wymierzenia kary i umorzenie postępowania”.

Obwiniona w odwołaniu argumentowała, iż RKO i Rzecznik w sposób niewłaściwy prowadzili postępowanie wyjaśniające. Naruszony został zdaniem Obwinionej art. 89 uodfp, który obliguje organ prowadzący postępowanie do wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego. Materiał dowodowy nie został zebrany w sposób wyczerpujący oraz właściwie rozpatrzony. Nie przeprowadzono z urzędu dowodów z zakresów czynności pracowników Wydziału Gospodarki Komunalnej, to jest jego dyrektora oraz specjalisty do spraw zamówień publicznych, zarówno na etapie postępowania wyjaśniającego, jak również na etapie postępowania przed RKO, co stanowi rażące naruszenie norm postępowania mające wpływ na orzeczenie. Wskazała, że obowiązkiem Rzecznika jest udowodnienie ewentualnej winy, a nie jest obowiązkiem obwinionego udowodnienie swojej niewinności - art. 76 ust. 2 uodfp. Odpowiedzialność w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest spersonifikowana i obowiązkiem oskarżającego Rzecznika jest dowiedzenie, że to tylko i wyłącznie dana osoba naruszyła dyscyplinę finansów

publicznych. Brak przeprowadzenia dowodu w tym zakresie przez Rzecznika i RKO stanowi w opinii Obwinionej naruszenie przepisów art. 76 szczególnie ustępu 3 i 4. Obwiniona twierdzi, iż z zebranego materiału nie wynika w żadnym przypadku jej wina. Wątpliwością nierozpatrzoną była sprawa odpowiedzialności osób zatrudnionych w Wydziale Gospodarki Komunalnej, co powinno być potraktowane jako niedająca się usunąć wątpliwość, którą należało rozstrzygnąć na korzyść obwinionego. Obwiniona podkreśliła, iż na kwestie te wskazywała w swoim piśmie procesowym z 14 maja 2017 roku. Jednak sprawa przeprowadzenia dowodu z akt osobowych pracowników Wydziału Gospodarki Komunalnej nie znalazła się w uzasadnieniu orzeczenia, a zajęto się sprawą członków Komisji przetargowej. W tym stanie rzeczy zatem RKO podejmowała orzeczenie bez rozpatrzenia całego materiału dowodowego.

Nie uwzględniono również kwestii odpowiedzialności za całe postępowanie. W przypadku przetargu na „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeni w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”, nawet jeżeli Obwiniona popełniła błąd, to do czasu rozstrzygnięcia przetargu nowy burmistrz miał obowiązek unieważnić postępowanie. Jeżeli tego nie dokonał, to oznacza, że stwierdził poprawność postępowania, a jednocześnie przyjął na siebie współodpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tego wątku w orzeczeniu nie ma, a był poruszany w piśmie skarżącej z 14 maja 2017 roku.

Obwiniona twierdziła iż zebrany materiał dowodowy nie pozwala przypisać jej winy.

Pierwszy zarzut dotyczy niezamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę budynku z lokalami socjalnymi w (...)”.

RKO w uzasadnieniu swojej decyzji dotyczącej tego wątku stawia tezy sprzeczne z zasadami logiki stosowania i komentowania obowiązujących przepisów prawa. Obwiniona powołując przepis art. 18 ustawy Pzp wskazuje, iż poza sporem jest sytuacja, że Obwiniona na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp odpowiadała za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sprawie zamówienia publicznego na budowę budynku mieszkalnego. Podstawowe znaczenie ma jednak przepis ustępu 2, składający się z dwóch zdań będących de facto odrębnymi przepisami. Zdanie 1 ustanawia odpowiedzialność osób uczestniczących w postępowaniu na podstawie

powierzenia im czynności. Czynności te powierzone mogą być w różny sposób. Może to być powierzenie nawet w formie ustnej, a wtedy osoba wykonująca to zadanie, przedstawiając dokument sygnuje go własnym imieniem i nazwiskiem jako autora materiału, przygotowanego dla decydenta. Podpis autora stanowi wyraźny znak, że dane zadanie wykonał na konkretne polecenie mieszczące się w rozumieniu polecenia służbowego w myśl przepisów prawa pracy, nieważne, czy to pisemne, czy to ustne, gdyż do celów dowodowych wystarczy jego podpis na przygotowanym materiale. Obwiniona twierdzi, że w sposób wyraźny, wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu, wyjaśniła wykładnię zdania 2 art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Interpretację zdania 2 art. 18 ust. 2 ustawy Pzp trzeba rozpocząć od określenia czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego. Przykładowo takimi czynnościami są wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty i wybór najkorzystniejszej oferty, powoływanie i odwoływanie członków komisji przetargowej, podpisanie umowy. W przypadku takich czynności mamy do czynienia z wymogiem określonym w art. 18 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. Zlecenie wykonywania takich czynności przez pełnomocników kierownika zamawiającego wymaga powierzenia im pełnomocnictw w formie pisemnej analogicznie do zasad określonych w ustawie o samorządzie gminnym i kodeksie postępowania administracyjnego. Tę kwestię - jako wskazanie różnicy pomiędzy odpowiedzialnością innych osób na podstawie innego zlecenia - przedstawiono w piśmie procesowym z 14 maja 2017 r. Obwiniona odwołała się także do przepisu art. 15 ust 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Oznacza to ni mniej, ni więcej, że zadania te wykonują w przypadku gmin pracownicy urzędów gmin i to do nich odnosi się zapis art. 18 ust. 2 zdanie 1. RKO w sposób nielogiczny, w opinii Obwinionej, dokonała również analizy Regulaminu Organizacyjnego Urzędu. Rozważania w tej sprawie stanowią naruszenie przez RKO przepisów art. 76 ust 2 uoondfp. Obowiązkiem zarówno Rzecznika jak i RKO jest udowodnienie winy, a więc zarówno wniosek Rzecznika jak i uzasadnienie Regionalnej Komisji Orzekającej powinny wskazywać, że zgodnie z Regulaminem Organizacyjnym jedyną osobą odpowiedzialną za dany czyn była burmistrz. Tego nie uczyniono, a zatem nie udowodniono winy, co oznacza brak podstaw do ukarania Obwinionej. Obwiniona dalej z ostrożności procesowej wskazuje na postanowienia § 20.1 pkt 6 Regulaminu Organizacyjnego określającego zadanie Wydziału Gospodarki Komunalnej: „prowadzenie spraw związanych z przygotowaniem dokumentacji oraz

przeprowadzenie przetargów z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych i innych w zakresie zadań inwestycyjnych z terenu Gminy”. Wprowadzając powołane postanowienie do Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miasta Obwiniona upoważniła i zobowiązała konkretny Wydział do prowadzenia określonych spraw i nałożyła na niego konkretne obowiązki. Przepis ten trzeba czytać w korespondencji z §7 pkt 6 i §12, czego ani Rzecznik, ani RKO nie zrobili. Stanowi to naruszenie art. 89 uondfp. Obwiniona podkreśla, że jako burmistrz podpisała dokumenty i przekazała je do realizacji właściwemu Wydziałowi. Wydział ten był zobowiązany wykonać ciążące na nim zadania wynikające z Regulaminu oraz zakresów czynności. Patrząc na przepisy Regulaminu Organizacyjnego, mamy zindywidualizowaną odpowiedzialność konkretnej osoby, a nie jest nią burmistrz. Obwiniona powołuje stronę 11 orzeczenia, „na której podane jest orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej opisującej niejako sytuację panującą w Urzędzie Miasta (...), gdzie obowiązki przekazano regulaminem i jest pełna możliwość spersonifikowania osób pełniących dane funkcje i przypisanie im odpowiedzialności”. Obowiązkiem Rzecznika oraz RKO było przeprowadzenie dowodów zarówno z Regulaminu jak i z akt osobowych. Tego nie zrobiono. Powinien być również przeprowadzony dowód w sprawie dysponowania „kluczem” do Biuletynu Zamówień Publicznych. To osoba dysponująca „kluczem” była zobowiązana do zamieszczenia zmiany w Biuletynie. Ani Rzecznik, ani RKO nie przeprowadzili tego dowodu, co stanowi kolejne naruszenie art. 89 uondfp . W tym stanie rzeczy Obwiniona twierdzi, że nie udowodniono w przedmiotowej sprawie jej winy, a tym samym powinna być uniewinniona ze stawianego jej zarzutu.

W przypadku drugiego stawianego zarzutu to jest przetargu na „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeni w okresie zimowym w (...) w 2015 r.” w opinii Obwinionej aktualne są zarzuty dotyczące wykonywania zadań przez spersonifikowane osoby i ich odpowiedzialność podniesione powyżej (autor specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dyrektor Wydziału). Zatem wina Obwinionej nie została udowodniona.

Z ostrożności procesowej Obwiniona zauważyła, że RKO naruszyło art. 24 uondfp, co wynika z obecnego brzmienia art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp określającego, że przedmiotem oceny może być: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na

jakość wykonania zamówienia. Obwiniona powołała także przepis art. 67 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w brzmieniu: „Uznaje się, że kryteria udzielenia zamówienia są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z: a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek”. Wskazała także na zbliżone brzmienie art. 91 ust. 2c ustawy Pzp. Zatem w myśl obecnie obowiązujących przepisów zdaniem Obwinionej istnieje możliwość oceny organizacji i doświadczenia w ramach kryterium oceny. W konsekwencji nieuwzględnienie brzmienia wskazanych przepisów stanowi naruszenie zarówno przez Rzecznika, jak i przez RKO artykułów 24 i 89 uoondfp.

Dalej Obwiniona odnosi się do twierdzenia RKO, że „nie ma 100 % pewności, czy wprowadzenie tego wymogu i nieopublikowanie tej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu nie ograniczyło kręgu potencjalnych wykonawców ubiegających się o to zamówienie”. Takie stwierdzenie jest - w ocenie Obwinionej - rażącym naruszeniem art. 76 ust 2 uoondfp. To najpierw Rzecznik, a później RKO powinny udowodnić, że wprowadzenie i nieopublikowanie tej zmiany w ogłoszeniu spowodowało ograniczenie konkurencji.

Obwiniona stanęła na stanowisku, że RKO naruszyła przepis art. 28 ust 1 ustawy uoondfp, zgodnie z którym nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. RKO bowiem nie udowodniła, że stopień szkodliwości nie jest znikomy. Dopiero rozstrzygnięcie tej kwestii powoduje, że można rozważać kwestię odpowiedzialności i kary. W tym przypadku zastosowanie ma przepis art. 28 ust. 3 uoondfp. Zarówno Rzecznik jak i RKO powinny udowodnić, że zarówno brak ogłoszenia o zmianie jak i ustalenie kryteriów ocen wpłynęło na zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Tego zarówno we wniosku Rzecznika jak i w orzeczeniu RKO brakuje.

Ponadto Obwiniona wskazała, że zarówno Rzecznik jak i RKO naruszyli przepis art. 23 ust. 1 uoondfp, który stanowi, że nieświadomość tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności,

chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona. Obowiązkiem zarówno Rzecznika jak i RKO było udowodnienie, że nie było wyłączonej odpowiedzialności Obwinionej, ze względu na usprawiedliwioną nieświadomość. W pierwszym przypadku Obwiniona przekazała podpisane przez siebie dokumenty właściwemu wydziałowi mając uzasadnione przekonanie, że urzędnicy z wieloletnim stażem w zakresie zamówień publicznych i mając zadania określone w regulaminie i dokumentach osobowych wykonają dalsze zadania. W drugim przypadku specyfikację istotnych warunków zamówienia sporządzała osoba z doświadczeniem w przetargach pod nadzorem dyrektora Wydziału i tym samym dostarczenie jej materiału podpisanego, co najmniej przez autora specyfikacji istotnych warunków zamówienia dawało uzasadnione przekonanie, że wszystko zostało sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem.

Nadto Obwiniona przytoczyła przepis art. 36 uodfp podnosząc, iż w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunki osobiste sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. W myśl art. 36 ust. 2 pkt 2 uodfp jako okoliczności łagodzące można uwzględnić w szczególności wyróżnianie się przed popełnieniem naruszenia dyscypliny finansów publicznych wzorowym spełnianiem obowiązków zawodowych. Obwiniona zaznaczyła, że dołożyła wszelkich starań do poprawy finansów miasta (...), czego pełną świadomość mieli członkowie RKO, bowiem to z jej członkami Obwiniona wielokrotnie się spotykała i rozmawiała na temat trudnej sytuacji finansowej miasta.

Ponadto Obwiniona pismem z 12 listopada 2017 roku podtrzymała dotychczasowe stanowisko w sprawie wnosząc o uniewinnienie.

Podkreśliła, iż doszło do skutecznego przekazania Regulaminem Organizacyjnym obowiązków pracownikom – (...) i (...). W ślad za regulaminem Organizacyjnym wskazane osoby mają w swoich zakresach czynności „odpowiednie zapisy”. Także upoważnienie do wpisów w Biuletynie Zamówień Publicznych musi być udzielone na piśmie, a zatem Pan (...) takie upoważnienie posiadał i przyjął na siebie obowiązki w zakresie dokonywania ogłoszeń i zmian w nich. Również Pan (...) figuruje, jako osoba sporządzająca specyfikację istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na

„Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzenia w okresie zimowym w (...) w 2015 roku” oraz „Pielęgnacja zieleni miejskiej na terenie miasta (...) w 2015 roku”. Ani Zastępca Rzecznika, ani RKO nie przeprowadzili dowodów z zakresów czynności tych osób. Obwiniona wyraziła pogląd, iż w świetle przepisu art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych bezprzedmiotowe były rozważania RKO w sprawie konieczności upoważnień pisemnych indywidualnych, choć takie upoważnienia w zakresach czynności były i są. W tym stanie rzeczy na podstawie art. 76 ust. 3 uoondfp niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść obwinionego.

Dalej Obwiniona argumentowała, że RKO naruszyła art. 24 uoondfp, bowiem od 28 lipca 2016 roku postanowienia art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp uprawnia do przyjęcia, jako kryterium oceny ofert, doświadczenia wykonawcy.

Z ostrożności procesowej Obwiniona na podstawie art. 28 uoondfp podtrzymała wniosek o uniewinnienie z uwagi na znikomy stopień szkodliwości przypisywanych jej czynów dla finansów publicznych. W opinii Obwinionej RKO powinna udowodnić, iż wskutek nie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu doszło do ograniczenia konkurencji. Jeśli RKO tej okoliczności nie udowodniła, to znajduje zastosowanie przepis art. 76 ust. 3 uoondf. Ograniczenia konkurencji nie udowodniono także w przetargu na „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzeni w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”.

Uwzględniając powyższe GKO po przeprowadzeniu rozprawy 16 listopada 2017 roku na podstawie zebranego materiału dowodowego ustaliła i zważyła, co następuje.

Analiza orzeczenia RKO, w świetle argumentacji podniesionej przez Obwinioną zarówno w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, jak w toku postępowania przed GKO, prowadzi do wniosku, iż rozstrzygnięcie RKO, jako wadliwe, winno zostać uchylone, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania przez RKO, za czym przemawiają następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Odnosnie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pielęgnację zieleni miejskiej na terenie miasta (...)w 2015 roku”, co jak wynika z zaskarżonego orzeczenia, stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, GKO stwierdza, co następuje.

W omawianym zakresie RKO w orzeczeniu (pkt I.2.a sentencji) wskazała na naruszenie przez Obwinioną art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, stwierdzając winę Obwinionej w popełnieniu czynu wymienionego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp poprzez niezgodne z ustawą Pzp określenie 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pielęgnację zieleni miejskiej na terenie miasta (...) w 2015 roku”. Tymczasem argumentacja prezentowana w uzasadnieniu orzeczenia RKO (s. 6 oraz s. 13-15) wskazuje, że Obwiniona, z uwagi na fakt, że przedmiotowe zamówienie stanowi usługi niepriorytetowe, nie naruszyła przepisu art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a tym samym nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie wskazanym w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp.

Przedstawione niezgodności mają charakter fundamentalny. Przypisanie bowiem Obwinionej odpowiedzialności za przedmiotowy czyn jest całkowicie bezpodstawne w świetle uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia. Tym samym RKO naruszyła przepis art. 19 ust. 1 uondfp, bowiem przypisała Obwinionej odpowiedzialność za czyn, który – jak wskazuje RKO w uzasadnieniu – nie został przez Obwinioną w ogóle popełniony, co jest niezgodne również z normą wynikającą z przepisu art. 76 uondfp ustanawiającej zasadę, iż obwinionego uważa się za niewinnego dopóki jego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie zostanie udowodniona.

Natomiast co do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych określeniu 10 listopada 2014 roku kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie czystości ulic, placów i chodników wraz z odśnieżaniem i usuwaniem oblodzenia w okresie zimowym w (...) w 2015 roku”, co jak wynika z zaskarżonego orzeczenia, stanowi

naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, GKO w pierwszym rzędzie zgadza się ze stanowiskiem RKO, iż przedmiotowe usługi mają charakter priorytetowy. Podkreślenia wymaga, iż wbrew stanowisku Obwinionej także na gruncie aktualnie obowiązujących regulacji ustawy Pzp, w szczególności art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne zastosowanie do przedmiotowego zamówienia, jako kryterium oceny ofert, kryterium doświadczenia wykonawcy. Obwiniona myli doświadczenie personelu (osób), które może być w określonych sytuacjach kryterium oceny ofert, z doświadczeniem wykonawcy. W tym zakresie GKO przyjmuje ustalenia i argumentację prawną RKO za własną.

Dalej odnieść się należy do stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej „Zastępca Głównego Rzecznika”) prezentowanego na rozprawie, iż brak w okolicznościach sprawy podstaw do przypisania Obwinionej naruszenia dyscypliny finansów publicznych w omawianym zakresie. Zastępca Głównego Rzecznika argumentował, iż określenie kryteriów oceny ofert następuje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie w ogłoszeniu - w realiach sprawy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określone zostało jedno kryterium – cena 100%. Kryteria doświadczenie wykonawczy z wagą 10% i cena z wagą 90% zostały wskazane jedynie w ogłoszeniu o zamówieniu.

Z powołanym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Zastępca Głównego Rzecznika nie przedstawił żadnych argumentów natury prawnej mających uzasadnić jego pogląd. Ogłoszenie o zamówieniu jest pierwotnym dokumentem, którego zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych prowadzi do wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne. Żaden przepis ustawy Pzp nie formułuje zasady prymatu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nad postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu. Co więcej z dokumentów niniejszej sprawy wynika, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty wskazano, że przy ocenie spełniała kryteriów kierowano się tymi wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przechodząc do zarzutów odnoszących się do wadliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego przez RKO należy przyznać rację Obwinionej, iż postępowanie dowodowe wymaga w omawianym zakresie uzupełnienia. Jakkolwiek RKO dokonała analizy zakresu czynności Pani (...), to pominęła zakresy czynności wskazywanych przez Obwinioną osób, tj. (...) sporządzającego specyfikację istotnych warunków zamówienia i Dyrektora Wydziału Gospodarki Komunalnej (...), w którym

Pan (...) był zatrudniony. Dopiero weryfikacja tych dokumentów pozwoli dokonać ustalenia, czy doszło do skutecznego powierzenia czynności w zakresie ustalenia kryterium oceny ofert innej osobie przez Obwinioną, czy nie.

W kwestii zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp, polegający na niezamieszczeniu 12 kwietnia 2014 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku z lokalami socjalnymi w (...)”, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, GKO biorąc pod uwagę całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego wskazuje, iż RKO w omawianym zakresie nie wykazała, aby Obwiniona była winna przypisywanego jej czynu. Słuszne są zarzuty Obwinionej, iż RKO nie ustaliła w sprawie wszystkich istotnych okoliczności, pochopnie przypisując winę Obwinionej. Osią sporu jest ustalenie, czy Obwiniona skutecznie powierzyła wykonanie czynności zamieszczenia zmiany w ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 kwietnia 2014 roku innej osobie. W tym zakresie za niewystarczające i naruszające normy wynikające z przepisu art. 76 ust. 1 - 3 w zw. z art. 80, 87 i 89 uondfp należy uznać zbadanie przez RKO treści Regulaminu Organizacyjnego, czy protokołu postępowania. RKO nie przeprowadziło bowiem dowodu z postanowień zakresów czynności wskazywanych przez Obwinioną osób, jak również nie zbadała treści dokumentów powołujących komisję przetargową. Szczególnie istotne jest ustalenie, czy Obwiniona miała możliwość samodzielnego zamieszczenia 12 kwietnia 2014 roku zmiany ogłoszenia, czy też „kluczem” umożliwiającym zamieszczenie zmiany w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 kwietnia 2014 roku dysponowała inna osoba/osoby i to ona/one, w ramach powierzonych czynności, zobowiązane były zamieścić zmianę w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Dopiero poczynienie powyższych ustaleń może stać się podstawą do dalszych rozważań odnośnie ewentualnego braku świadomości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, czy uznania znikomej szkodliwości czynu. W tej ostatniej kwestii GKO jedynie zwraca uwagę na charakter zmian ogłoszenia wprowadzonych 12 kwietnia 2014 roku. Uszło uwadze RKO, iż zmiany te nie prowadziły do rozszerzenia kręgu wykonawców, którzy mogliby skutecznie ubiegać się o zamówienie. Istota zmian sprowadzała się do uszczegółowienia podanego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku

Sygn. akt BDF1.4800.69.2017

udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, a zatem zawężyła krąg wykonawców. Jednocześnie RKO nie ustaliła, aby jakikolwiek z wykonawców, który złożył ofertę, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu zmienionym, a spełniłby go, gdyby zmiany ogłoszenia nie było.

Dopiero poczynienie powyższych ustaleń może stać się podstawą do dalszych rozważań odnośnie ewentualnego braku świadomości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, czy uznania znikomej szkodliwości czynu

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację GKO, wobec nie ustalenia przez RKO wszystkich mających istotne znaczenie dla sprawy okoliczności, co stanowi naruszenie przepisu art. 87 w zw. z art. 89 i 80 uodfp, orzekła jak w sentencji.