



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 13 września 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska
	<i>Członek GKO:</i>	Emil Kawa (spr.)
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 13 września 2018 r., odwołania złożonego przez Obwinioną (...) – zam. ul(...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. akt: RKO-522/8/18, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...) – pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję stanowisku Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych Urzędu Miasta (...), odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458), dalej uondfp, polegającego na opisaniu w dniu 2 października 2014 r. przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w wyniku zatwierdzenia swym podpisem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym

przesyłek listowych rejestrowanych i paczek pocztowych” oznaczonym nr sprawy (...) w szczególności poprzez ustanowienie wymogu aby potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej wydane przez placówkę pocztową wykonawcy miało moc dokumentu urzędowego, co korespondowało z treścią art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe i wskazywało wprost, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia jest Poczta Polska S.A., bez jednoczesnego wskazania, które z przesyłek rejestrowanych (*jaka ich ilość*) mają spełniać ten wymóg, które to zachowanie stanowiło naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionej i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, 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 Krakowie, dalej zwana „Komisją I instancji” lub „Komisja” orzeczeniem z dnia 13 kwietnia 2018 r. uznała Obwinioną, (...), zatrudnioną w czasie popełnienia zarzucanego czynu na stanowisku Kierownika Oddziału Zamówień Publicznych Urzędu Miasta (...) winną naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 ze zm.), dalej „uondfp”, polegającego na nieprawidłowym opisanu przedmiotu zamówienia publicznego na „świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych rejestrowanych i paczek pocztowych” oznaczonym nr sprawy (...) oraz

zatwierdzeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej dla ww. postępowania. Powyższe wg orzeczenia Komisji skutkowało opisaniem przedmiotu zamówienia publicznego w sposób ograniczający krąg podmiotów mogących ubiegać się o jego udzielenie jedynie do operatora wyznaczonego tj. Poczty Polskiej S.A. Zdaniem Komisji, brak było uzasadnionych obiektywnych potrzeb Zamawiającego - w szczególności poprzez ustanowienie wymogu, aby potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej wydane przez placówkę pocztową wykonawcy miało moc dokumentu urzędowego, co korespondowało z treścią art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 1481 z późn. zm.) i wskazywało wprost, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia jest Poczta Polska S.A. Komisja wskazała, że postawienie powyższego wymogu bez jednoczesnego wskazania, które z przesyłek rejestrowanych (jaka ich ilość) mają spełniać ten wymóg, spowodowało, że w przedmiotowym postępowaniu tryb przetargu nieograniczonego miał charakter pozorny, gdyż w ten sposób zamknięty został dostęp do ubiegania się o zamówienie innych potencjalnych wykonawców, co wyeliminowało konkurencję, a zaniechanie przez Zamawiającego rzetelnego ustalenia wolumenu przesyłek rejestrowanych wymagających nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami skutków prawnych, ze względu na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, doprowadziło do uniemożliwienia operatorom alternatywnym, zobligowanym do korzystania z usług Poczty Polskiej S.A. w ww. zakresie, oszacowania ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego, które to zachowanie stanowiło naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”). Przedmiotem zamówienia było świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych w trybie ekonomicznym i priorytetowym oraz zwracanie przesyłek Zamawiającemu po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania odbiorcy, w obrocie krajowym i zagranicznym, tj. przesyłek listowych rejestrowanych w ilości około 550 000 sztuk oraz paczek pocztowych w ilości około 120 sztuk.

Komisja uznając winę za naruszenie przepisów prawa w ww. zakresie jednocześnie - na podstawie art. 36 uo ndfp - odstąpiła od wymierzenia Obwinionej (...)kary, obciążając ją równocześnie, na podstawie art. 167 ust. 1 uo ndfp, kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

Uzasadniając stanowisko zawarte w orzeczeniu Komisja wskazała, że w rozdziale 3 pkt 3.13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) Zamawiający wskazał, iż usługa pocztowa będąca przedmiotem niniejszego zamówienia musi zapewnić objętym nią przesyłkom pocztowym gwarancję prawidłowego i terminowego doręczania w ramach licznych postępowań administracyjnych, sądowych i innych, co będzie mogło zostać potwierdzone urzędowym dokumentem nadania. Jednocześnie w rozdziale 3 pkt. 3.14.1 SIWZ Zamawiający dopuścił by wykonawca po odebraniu przesyłek od Zamawiającego następnie nadał je u innego operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wskazując przy tym, że nie dopuszcza sytuacji, aby na przesyłce jako nadawca figurował inny podmiot niż Zamawiający. Ponadto, w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że wykonanie zamówienia podlega szczególnym warunkom i określił przedmiot zamówienia mając na uwadze zapewnienie spełnienia wymagań koniecznych dla wywołania wobec Zamawiającego skutków prawnych wynikających z art. 17 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (ówczesnie Dz. U. z 2012 roku poz. 1529). Ustalono również, że stawiając powyższy wymóg nie wskazano, jaka ilość przesyłek rejestrowanych ma go spełniać.

Komisja, oceniając ustaloną treść wymagań SIWZ w powyższym zakresie miała także na względzie to, że istotna część działalności Zamawiającego polegała na podejmowaniu czynności procesowych w toku postępowań sądowych, a także postępowań administracyjnych, w tym podatkowych i sądowno-administracyjnych, bądź z pozycji organu, bądź z pozycji strony postępowania. Komisja wzięła również pod uwagę, że w toku ww. postępowań często niezbędne było wykazanie i ustalenie, nie tylko faktu nadania określonej przesyłki, ale także terminu jej nadania. W tym zakresie dla Zamawiającego urzędowa moc potwierdzenia nadania stanowiła istotną cechę, bowiem co do zasady wyłączała możliwość kwestionowania faktu oraz terminu nadania określonej przesyłki. Komisja ustaliła, że szacowana liczba przesyłek rejestrowanych i paczek pocztowych przeznaczonych do nadawania w ramach umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania będącego istotą sprawy, została podana w pkt 3.1. SIWZ, zaś dodatkowo w pkt 3.2. SIWZ przedstawiono ogólną liczbę przesyłek rejestrowanych w ramach dwunastu kategorii, z przypisaniem każdej z nich szacunkowej liczby wysłanej korespondencji.

Komisja w zakresie podstaw do odpowiedzialności Obwinionej za dokonanie przedmiotowego opisu przedmiotu zamówienia i postawionych wymagań w tym zakresie ustaliła, że w dniu 2 października 2014 r. Pani (...)działając na podstawie upoważnienia nr

(...)z dnia 22.02.2011 r. udzielonego Jej przez Prezydenta Miasta jako kierownika zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 Pzp, zatwierdziła swym podpisem treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ . Powierzenie czynności w postępowaniu oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania powinno być stwierdzone dokumentem, a zatem nastąpić w formie pisemnej. Powierzenie czynności, o których mowa wyżej, warunkuje odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych pracowników, którym powierzono określone czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych, związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania, w zakresie, w jakim zostały powierzone. Zestawiając powyższe z ustalonym w sprawie stanem faktycznym Komisja uznała, że Prezydent Miasta, będący kierownikiem zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych rejestrowanych i paczek pocztowych”, w oparciu o treść art. 18 ust. 2 Pzp na mocy upoważnienia nr (...)z dnia 22.02.2011 r., skutecznie powierzył Obwinionej (będącej tak wówczas, jak i obecnie, pracownikiem Zamawiającego), czynności polegające, m.in. na zatwierdzeniu treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Komisji mimo, iż w treści przywołanego powyżej upoważnienia Obwiniona nie została literalnie upoważniona do zgodnego z prawem opisu przedmiotu w ramach postępowań, gdyż kompetencje za zgodny z prawem opis przedmiotu zamówienia i zostały powierzone dyrektorom wydziałów zamawiających, to jednak winna Ona ponosić odpowiedzialność podmiotową za wystąpienie zarzucanego Jej czynu. W ocenie Komisji to fakt zatwierdzenia dokumentu SIWZ powoduje, że zyskuje on ostateczną treść obowiązującą wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Komisja uznała, że wymóg zawarty w rozdziale 3 pkt. 3.13.1 SIWZ, w treści którego Zamawiający wskazał, iż usługa pocztowa będąca przedmiotem niniejszego zamówienia musi zapewnić objętym nią przesyłkom pocztowym gwarancję prawidłowego i terminowego doręczania w ramach licznych postępowań administracyjnych, sądowych i innych, co będzie mogło zostać potwierdzone urzędowym dokumentem nadania, był nieuzasadniony w realiach niniejszej sprawy. W ocenie Komisji, brak było podstaw do wskazywania, aby gwarancją prawidłowego i terminowego doręczania wszystkich przesyłek w ramach przedmiotowego postępowania miałyby być wyłącznie potwierdzenie nadania tychże przesyłek urzędowym dokumentem nadania.

Komisja stwierdziła, że postawienie powyższego wymogu bez jednoczesnego wskazania, jaka ilość przesyłek rejestrowanych miał spełniać wspomniany wymóg spowodowało, że w przedmiotowym postępowaniu tryb przetargu nieograniczonego miał w istocie charakter pozorny. Zdaniem Komisji powyższe działanie mogło uniemożliwić operatorom alternatywnym, zobligowanym do korzystania z usług Poczty Polskiej S.A. w ww. zakresie, oszacowanie ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Ponadto w ocenie Komisji opisane powyżej działanie, naruszające treść przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, mogło utrudniać uczciwą konkurencję, a co za tym idzie wypełniło znamiona czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 uodfnp.

Odnosząc się do kwestii ustalenia winy Obwinionej Komisja uznała, że zgodnie z art. 19 ust. 2 uodfnp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Przypisanie winy powinno polegać na wskazaniu, jakie błędy w procesie decyzyjnym popełnił sprawca. W ocenie Komisji zachowanie Obwinionej, w czasie popełnienia zarzucanego czynu, było zawinione. Przy zachowaniu należytej staranności przy dokonywaniu czynności zatwierdzania wspomnianych dokumentów, Obwiniona winna doprowadzić do skorygowania tych ich fragmentów, które mogły budzić wątpliwości z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, czego nie uczyniła. Komisja uznała także, że stopień szkodliwości dla dyscypliny finansów publicznych zarzucanego naruszenia był wyższy niż znikomy, jednakże nie był znaczny.

Odnosząc się do kwestii kary i jej wymiaru, Komisja uznała, że okoliczności w których Obwiniona dopuściła się przypisanych naruszeń dyscypliny finansów publicznych, jak również właściwości, warunki osobiste, doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych uzasadniały przyjęcie, iż w sprawie zaistniał przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie, które skłoniły Komisję do odstąpienia od wymierzenia kary Obwinionej. Ponadto już samo postępowanie w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych spełniło cele w zakresie indywidualnego i społecznego oddziaływania na sprawcę przedmiotowych naruszeń. W ocenie Komisji czyn, za którego wystąpienie odpowiedzialność przypisano Obwinionej, nie spowodował uszczuplenia finansów publicznych, a wyłącznie zakłócił ich ład i to na krótki okres.

Od przedmiotowego orzeczenia Komisji, Obwiniona wniosła do Głównej Komisji Orzekającej (dalej „GKO”) odwołanie, zaskarżając orzeczenie Komisji w całości. Odnosząc się do treści orzeczenia wskazała, że w orzeczeniu, w którym została uznana za winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, uznano, że dopuściła do publikacji treść SIWZ w którym nastąpiło opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który jakoby miał potencjalnie utrudniać uczciwą konkurencję. Takie orzeczenie zdaniem Obwinionej nie może się ostać z powodów generalnie sprowadzających się do trzech linii argumentacyjnych:

- 1) orzeczenie błędnie ustala jakoby przedmiot zamówienia został opisany niezgodnie z prawem i doszło do jakiegokolwiek uszczuplenia środków publicznych,
- 2) orzeczenie błędnie przypisuje Obwinionej osobistą odpowiedzialność za czynności nienależące do jej kompetencji, a wyraźnie przypisane - w treści wewnętrznie obowiązującego w (...) regulaminu udzielania zamówień - do kompetencji i odpowiedzialności dyrektorów wydziałów zamawiającego,
- 3) nie odpowiada elementarnemu poczuciu sprawiedliwości (jest niegodziwe).

Uzasadniając wniosek o uchylenie orzeczenia Komisji Obwiniona wniosła o uchylenie przez GKO orzeczenia z powodu, że nie jest możliwe przypisanie Obwinionej winy w czasie „popętnienia naruszenia” - skoro ono nawet nie zaistniało i umorzenie postępowania podjętego w niniejszej sprawie, w szczególności z powodu braku jakiegokolwiek szkodliwości dla finansów publicznych oraz dla interesów jakichkolwiek podmiotów trzecich.

Nadto zażądała potwierdzenia przez GKO zgodności postępowania – „zarówno mojego, jak i mojego pracodawcy” - z powszechnie obowiązującymi przepisami, w szczególności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o potwierdzenie prawa zamawiających do kształtowania zakresu merytorycznego procedowanych zamówień poprzez m.in. rozdzielanie wyspecjalizowanych części zamówień do trybów procedowania, z dopuszczeniem innych (niż zewnętrzne zamówienia publiczne) sposobów realizacji zadań.

Obwiniona zarówno w wyjaśnieniach dla Rzecznika oraz Komisji podała, że jako kierownik jednej z wielu szeregowych komórek organizacyjnych Urzędu nie miała, żadnego rzeczywistego wpływu na ponad 2000 pracowników tego Urzędu i zdolności ich pełnej kontroli, tak aby ustalić, że na pewno w puli przesyłek rejestrowych typu A nie znajdują się jakieś pojedyncze przesyłki, które takiego kanału komunikacji nie wymagały, ponieważ należą do typu B. W tym wypadku określenie „szczególne potrzeby zamawiającego” nie

oddaje w pełni konsekwencji obowiązującego stanu prawnego, bo mamy do czynienia wprost z obowiązkiem prawnym, który nie został zniesiony do dziś. Stwierdziła, że za kierowanie korespondencji do określonych kanałów dystrybucji odpowiadają na bieżąco dyrektorzy poszczególnych wydziałów. Podniosła, że jako pracownik UMK podlega określonej dyscyplinie i organizacji pracy, uwzględniającej rozwiązania zgodnych z prawem wewnętrznych regulacji wydawanych przez Prezydenta Miasta(...), w tym w szczególności Regulaminu udzielania zamówień.

Wskazała, że opis przedmiotu zamówienia nie był dyskryminujący dla uczciwie konkurujących o zamówienie podmiotów. Zamawiający dopuścił zarówno podwykonawstwo (pkt. 3.12. SIWZ), jak i posłannictwo (potwierdzenie w odp. na pyt. 17 zadane w toku postępowania), tj. każdy prawnie dopuszczalny sposób wykonania zamówienia tak, aby spełnione były szczególne potrzeby Zamawiającego. Zamawiający nie mógł procedować zamówienia z wolnej ręki, zarówno z uwagi na dopuszczone jak powyżej rozwiązania oraz wielokrotnie powtarzane przez UZP opinie, że istnienie lub brak konkurencji w podobnych przypadkach weryfikuje sam rynek. Stwierdziła, że zarzucając Zamawiającemu (a w konsekwencji także Obwinionej) naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Komisja orzekająca całkowicie pominęła aspekt sprawy związany ze szczególnym statusem operatora pocztowego wyznaczonego. Poczta Polska S.A. jest spółką Skarbu Państwa. Mamy zatem do czynienia z przepływami finansowymi pomiędzy podmiotami sektora finansów publicznych, trudno zatem rozsądnie i racjonalnie oceniając sprawę skutecznie zarzucić dopuszczenie do uszczerbku finansowego w środkach publicznych.

Odnosząc się do braku podstaw przypisania winy Obwinionej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, podała, że w tym zakresie doszło w treści uzasadnienia do kilku istotnych przekłamań lub nieporozumień. Przede wszystkim w (...) za opis przedmiotu zamówienia (ustalenie potrzeb wydziału) odpowiada dyrektor komórki organizacyjnej. W tym wypadku Dyrektor w Wydziale Organizacji i Nadzoru. Kwestie tę potwierdził Zamawiający w specjalnym piśmie do Komisji Orzekającej. Nadto osoba - Dyrektor w Wydziale Organizacji i Nadzoru przyjęła na siebie pełną odpowiedzialność w przedmiotowym zakresie. Obwiniona wskazała także, iż posiedzenia komisji przetargowej w postępowaniu odbywały się w uzgodnieniu, albo wprost przy obecności radcy prawnego i pracowników wydziału Zamawiającego weryfikujących poprawność sformułowania potrzeb wydziału. Nadto Komisja orzekająca przypisała Obwinionej nieprawdziwe twierdzenie,

jakoby przyznała, że w chwili popełnienia czynu istniała „możliwość alternatywnych zachowań, które nie naruszałby prawa i które nie prowadziłyby do naruszenia dyscypliny finansów publicznych”. Tymczasem cała argumentacja podnoszona w toku rozprawy i we wcześniejszych pismach pokazuje dla jakich, zgodnych z prawem, potrzeb Zamawiającego dedykowany był zakwestionowany przetarg.

Obwiniona podkreśliła, że z faktu usytuowania kierownika Oddziału Zamówień Publicznych w strukturze organizacyjnej (...) wynika, że kierownik nie może wydawać poleceń służbowych dyrektorom wydziałów zamawiającego. Nie może również kwestionować zgodnych z prawem potrzeb wydziałów i odmawiać procedowania wniosków opartych o takie (prawnie uzasadnione) potrzeby. Należy przy tym mieć na względzie okoliczność, iż regulamin udzielania zamówień publicznych w (...) wyraźnie przekazuje kwestie opisu przedmiotu zamówienia i rzetelnego oraz zgodnego z prawem ustalenia potrzeb poszczególnych wydziałów do kompetencji dyrektorów tych wydziałów.

Główna Komisja Orzekająca po przeprowadzeniu rozprawy uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i w związku z tym orzeczenie Komisji I instancji zostaje utrzymane w mocy.

Rozprawa przed GKO odbyła się z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Obwiniona nie stawiała się na rozprawę, prawidłowo zawiadomiona o terminie rozprawy przed GKO, dowód doręczenia zawiadomienia znajduje się w aktach sprawy. Wobec powyższego GKO – po wysłuchaniu stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych uznała, iż brak jest przeszkód formalnych do rozpoznania w ustalonym terminie wniesionego odwołania.

Przystępując do rozpatrzenia sprawy GKO zgodnie z ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp, dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu zarzucanego Obwinionej (2 października 2014 roku) 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. Odnosząc się do samego pojęcia „ustawa względniejsza dla obwinionego”, GKO wskazuje, iż oceny sytuacji w tym zakresie należy dokonać mając na względzie ocenę sytuacji prawnej, jaka zaistniała wobec Obwinionej po zmianie przepisów prawa. Dokonując oceny w tym zakresie należy mieć na względzie całość okoliczności zarówno prawnych jak i faktycznych mogących doprowadzić do uniewinnienia Obwinionej bądź zaistnienia sytuacji w której możliwe będzie orzeczenie kary łagodniejszego rodzaju. Określenie „ustawa względniejsza dla sprawcy” indywidualizuje konkretną sytuację danego obwinionego, wskazując zarówno na możliwość przypisania popełnienia naruszenia dyscypliny, jak i możliwość przedstawienia przez obwinionego uzasadnienia jego postępowania, mogącego wskazywać, np. na brak winy w działaniu lub dawać możliwość wykazanie zasadności działania w okolicznościach obowiązywania ustawy w poprzedniej treści. Podstawowym założeniem jest więc tutaj nie pogarszanie sytuacji prawnej sprawcy naruszenia konkretnego przepisu prawa w stosunku do jego nowej treści po zmianie. Wskazać należy, że przyjętą w orzeczeniu Komisji podstawą prawną odpowiedzialności Obwinionej jest czyn z art. 17 ust. 1 pkt 1 uondpf w związku z naruszeniem przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp. Oceniając powyższe GKO stwierdziła, że ww. przepisy pomiędzy ustaloną datą popełnienia zarzucanego Obwinionej czynu, tj. w dniu 2 października 2014 r, a datą orzekania nie uległy zmianie i tym samym w sprawie znajdują zastosowanie przepisy obowiązujące w dniu wydania orzeczenia. Ponadto GKO uznała, iż kwalifikacja prawna zarzucanych Obwinionej naruszeń dotyczących udzielonego zamówienia publicznego dokonana w orzeczeniu Komisji I instancji była prawidłowa.

GKO odnosząc się do stanu faktycznego sprawy wskazanego w orzeczeniu Komisji uznała, że odzwierciedla on w pełni zaistniałą w sprawie sytuację. Zauważyć należy, że Obwiniona w odwołaniu nie wniosła o jego uzupełnienie, czy też ustalenia innych okoliczności niewskazanych w orzeczeniu Komisji, które mogłyby mieć wpływ na rozstrzygnięcie. Stanowisko Obwinionej zaprezentowane w odwołaniu opierało się w szczególności na innej interpretacji prawnej, ustalonego stanu faktycznego wskazanego w orzeczeniu Komisji. Tym samym GKO uznała, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wymagał uzupełnienia.

Wskazać należy, że w zakresie merytorycznym Obwiniona zarzuciła orzeczeniu Komisji błędne ustalenie, iż: 1) przedmiot zamówienia został opisany niezgodnie z prawem i że doszło do jakiegokolwiek uszczuplenia środków publicznych, a także, iż: 2) Komisja w orzeczeniu

błędnie przypisała Obwinionej odpowiedzialność za czynności, które rzekomo nie należały do jej kompetencji i obowiązków zawodowych.

Odnosząc się do powyższego na wstępie podać należy, że Zamawiający przeprowadził w 2014 roku postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych rejestrowanych i paczek pocztowych”. Przedmiotem zamówienia było świadczenie usług pocztowych w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych w trybie ekonomicznym i priorytetowym oraz zwracanie przesyłek Zamawiającemu po wyczerpaniu możliwości ich doręczenia lub wydania odbiorcy, w obrocie krajowym i zagranicznym, tj. przesyłek listowych rejestrowanych w ilości około 550 000 sztuk oraz paczek pocztowych w ilości około 120 sztuk. Wskazać należy także, że Zamawiający ustalił, iż usługa pocztowa będąca przedmiotem niniejszego zamówienia musi zapewnić objętym nią przesyłkom pocztowym gwarancję prawidłowego i terminowego doręczania w ramach licznych postępowań administracyjnych, sądowych i innych, co będzie mogło zostać potwierdzone urzędowym dokumentem nadania. Nadto w rozdziale 3 pkt. 3.14.1 SIWZ Zamawiający dopuścił by wykonawca po odebraniu przesyłek od Zamawiającego następnie nadał je u innego operatora pocztowego w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wskazując przy tym, że nie dopuszcza sytuacji, aby na przesyłce jako nadawca figurował inny podmiot niż Zamawiający. Ustalając powyższy wymóg nie wskazano, jaka ilość przesyłek rejestrowanych spośród wszystkich zamawianych ma spełniać powyższy warunek.

Wskazać należy także, że postępowanie przed organami orzekającymi w zakresie dyscypliny finansów publicznych zostało zainicjowane wystąpieniem do Rzecznika dyscypliny finansów publicznych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej UZP), który w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku kontroli z dnia 8 czerwca 2017 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Przedmiotowe stwierdzone naruszenie dotyczyło według Prezesa UZP opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez brak rzetelnego wskazania wolumenu tzw. przesyłek terminowych (tj. wymagających nadania w placówkach operatora wyznaczonego dla wywołania określonych przepisami skutków prawnych) zaliczanych do przesyłek rejestrowanych. Zdaniem Prezesa

UZP powyższe zaniechanie uniemożliwiło operatorom pocztowym innym niż operator wyznaczony, rzetelne oszacowanie ceny za wykonanie zamówienia i ograniczyło krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego jedynie do operatora wyznaczonego, tj. Poczty Polskiej S.A.

Podkreślić należy, że z dniem 1 stycznia 2013 roku weszła w życie ustawa z dnia 23 listopada prawo pocztowe, która implementowała postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 roku która wprowadziła liberalizację rynku usług pocztowych i po dniu 1 stycznia 2013 roku rynek usług pocztowych stał się rynkiem otwartym na którym działalność mogli prowadzić wszyscy przedsiębiorcy. Nadto w toku kontroli Prezesa UZP stwierdzono, że postawiony wymóg by terminowość doręczania wszystkich objętych przedmiotem zamówienia przesyłek rejestrowanych była potwierdzona urzędowym dokumentem nadania, bez jednoczesnego rzetelnego oszacowania w ramach przesyłek rejestrowanych wolumenu tzw. przesyłek terminowych, których dotyczy art. 17 ustawy Prawo pocztowe, doprowadził do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, gdyż ofertę mógł złożyć tylko wykonawca Poczta Polska S.A.

Pomijając szczegółowe ustalenia kontroli ze strony UZP wskazać należy także, że Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli i złożył w tym zakresie zastrzeżenia do wyniku kontroli. Wniesione zastrzeżenia nie zostały uwzględnione przez Prezesa UZP i sprawa została przekazana do zaopiniowania prawidłowości ustaleń zawartych w wyniku kontroli, przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej KIO). KIO w wydanej w dniu 19 lipca 2017 roku Uchwale (sygn. KIO/KD 30/17) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego i podtrzymała ustalenia zawarte w wyniku kontroli z dnia 8 czerwca 2017 roku. Powyższe, w wyniku ustalenia dwóch organów wyspecjalizowanych w zakresie oceny prawidłowości stosowania przepisów Pzp, zdaniem GKO jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył przepisy prawa. Z ustaleń ww. organów jednoznacznie wynika, że postawiony w SIWZ wymóg by terminowość doręczania wszystkich objętych przedmiotem zamówienia przesyłek rejestrowanych była potwierdzona urzędowym dokumentem nadania, bez jednoczesnego rzetelnego oszacowania w ramach przesyłek rejestrowanych wolumenu tzw. przesyłek terminowych, których dotyczy art. 17 ustawy Prawo pocztowe, doprowadził do ograniczenia konkurencji w przeprowadzonym postępowaniu.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania dotyczącego tego, iż w orzeczeniu Komisji zarzucono Obwinionej opisanie niezgodnie z prawem przedmiotu zamówienia co miało skutkować uszczupleniem środków publicznych, GKO uznała ustalenia Komisji za prawidłowe. Z analizy zebranego w sprawie materiału sprawy trafne jest wywiedzenie wniosku, że nie do wszystkich z zamawianych przesyłek zasadne było postawienie wymagania, aby były to przesyłki rejestrowane w ten sposób, żeby ich nadanie było potwierdzone urzędowym dokumentem nadania. Zgodzić się należy z prezentowanym stanowiskiem Komisji, iż czym innym jest doręczanie przesyłek pocztowych zgodnie z regulacjami Kodeksu postępowania administracyjnego, Kodeksu postępowania cywilnego czy Ordynacji podatkowej, a czym innym nadawanie tzw. przesyłek terminowych, które stosownie do treści art. 57 § 5 pkt 2 kpa , art. 165 § 2 kpc , art. 83 § 3 ppsa oraz art. 12 § 6 pkt 2 Ordynacja podatkowa, muszą zostać nadane u operatora wyznaczonego celem zachowania terminu na ich złożenie, w sytuacji składania ich ostatniego dnia tego terminu. Powyższe przepisy dotyczą sytuacji, w których Zamawiający będąc stroną lub uczestnikiem postępowania sądowego lub administracyjnego będzie chciał nadać tzw. przesyłkę terminową, tj. przesyłkę, z której nadaniem za pośrednictwem operatora wyznaczonego ustawodawca wiąże skutek w postaci domniemania wniesienia pisma bezpośrednio do sądu lub organu administracji publicznej w wyznaczonym terminie. Tryb ten jest zatem uzasadniony jedynie w przypadku ograniczonego zakresu przesyłek pocztowych, które muszą zostać nadane u operatora wyznaczonego, by zachowany został ustawowy termin ich złożenia, a nie do ogółu korespondencji kierowanej przez Zamawiającego - organu administracji publicznej, nawet jeżeli dotyczy ona postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, Kodeksu postępowania cywilnego czy Ordynacji podatkowej. Przesyłki terminowe są w praktyce jedynie wąską grupą przesyłek rejestrowanych, a co za tym idzie nie wszystkie przesyłki rejestrowane to takie, które muszą być nadane u operatora wyznaczonego w celu zachowania terminu na wniesienie pisma, dla wywołania określonych skutków prawnych. W tym zakresie opierając się na ustaleniach Rzecznika dyscypliny oraz zawartych w aktach sprawy wyników czynności kontrolnych Prezesa UZP stwierdzić należy, że brak jest podstaw do przyjęcia ustalenia, iż wszystkie pisma sporządzane przez zamawiającego w sprawach objętych przedmiotowym zamówieniem były adresowane do organów, w których Zamawiający występuje jako ich strona i tym samym wymagały korzystania z przywileju domniemania zachowania terminu nadania w placówce operatora wyznaczonego. Ponadto, wskazana w SIWZ przez

Zamawiającego liczba przesyłek rejestrowanych, uznawanych za terminowe (ponad 550 000) jest nieproporcjonalnie wysoka do typów spraw prowadzonych przez komórki organizacyjne Zamawiającego w kontekście wymogu nadawania poszczególnych pism w określonym terminie. Przy przeciwnym założeniu należałoby uznać, że działalność Zamawiającego opiera się wyłącznie na prowadzeniu postępowań sądowych i administracyjno-podatkowych, w których występuje on jako strona. Prowadziłoby to do pominięcia całej gamy spraw dotyczącej zadań jednostki samorządu terytorialnego. Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający objął cały wolumen przesyłek rejestrowanych zastrzeżeniem by były one nadawane u operatora wyznaczonego, bez analizy jaka jego część rzeczywiście tego wymaga, tzn. stanowi tzw. przesyłki terminowe. Natomiast zdaniem GKO z analizy zebranego materiału dowodowego wynika, że w większości wskazanych przez Zamawiającego typach spraw prowadzonych przez komórki organizacyjnie Urzędu Miasta nie jest bowiem ważna data nadania pisma w placówce operatora pocztowego (również operatora wyznaczonego), lecz data załatwienia sprawy, tj. wydania decyzji administracyjnej oraz doręczenia jej stronie. Dopiero w momencie doręczenia decyzji stronie postępowania (a nie jej nadania) wywołuje ona skutki prawne, tj. zaczyna biec termin zawity na wniesienie odwołania. Dlatego też Zamawiający w celu zdobycia wiedzy na temat daty doręczenia nadanej przesyłki ma możliwość skorzystania z innych metod niż nadanie przesyłki u operatora wyznaczonego, tj. mógł ustalić liczbę przesyłek nadawanych w formie listu poleconego (u dowolnego operatora pocztowego) za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, który stanowiłby dowód doręczenia w postaci podpisu odbiorcy.

Niezasadnym jest również stanowisko Obwinionej, iż konkurencyjność postępowania została zapewniona także chociażby poprzez dopuszczenie doręczeń w formie „posłannictwa”, gdyż w SIWZ Zamawiający określił właściwe dla tego rodzaju doręczeń wymogi związane z opisywaniem przesyłek. GKO opierając się o ustalenia Komisji wywodzone z ustaleń kontroli Prezesa UZP uznała w tym zakresie za zasadne stanowisko, iż brak wskazania dokładnej liczby ilości przesyłek terminowych, których posłannictwo miało dotyczyć w rzeczywistości uniemożliwiało innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie rzetelnej oferty, w tym skalkulowanie jej ceny. Wynikało to z faktu, że zamawiający dopuszczając posłannictwo objął nim cały przedmiot zamówienia, nie ograniczając go do określonej jego części. Brak rzetelnej informacji w zakresie wolumenu przesyłek terminowych, faktycznie uniemożliwił innym operatorom pocztowym niż operator wyznaczony sporządzenie i złożenie oferty w postępowaniu, gdyż został pozbawiony

możliwości nawiązania konkurencji z Poczta Polska S.A., gdzie cena była jedynym kryterium oceny ofert. W związku z powyższym GKO - w ślad za ustaleniem Komisji - uznała, że zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W świetle powyższego brak jest także jakichkolwiek podstaw do uznania stanowiska Obwinionej, że przy takim opisie przedmiotu zamówienia nie doszło do jakiegokolwiek uszczuplenia środków publicznych. Faktem jest, że Komisja orzekająca w orzeczeniu na str. 11 stwierdziła, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych zarzucanego Obwinionej czynu nie był znaczny. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że odwołanie od orzeczenia Komisji zostało wniesione tylko na korzyść Obwinionej, to tym samym GKO w tej sytuacji - stosownie do treści art. 146 ust.1 uodfp - nie mogła prowadzić rozważań w kierunku ustaleń mniej korzystnych dla Obwinionej niż te przyjęte w orzeczeniu Komisji.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego rzekomego błędnego przypisania Obwinionej odpowiedzialności za czynności, które nie należały do jej kompetencji i obowiązków zawodowych, GKO uznała niezasadność takiego zarzutu. Wskazać należy, iż niespornym w sprawie jest fakt, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, tj. osoba, która - zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową - jest uprawniona do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników zamawiającego. Stosownie natomiast do art. 18 ust. 2 Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może pisemnie powierzyć wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności (określonych w art. 14-27 Pzp) pracownikowi zamawiającego. Czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego to czynności o charakterze decyzyjnym, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania (np. opisanie przedmiotu zamówienia, zatwierdzenie propozycji komisji przetargowej wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty, a także wniosku o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia). Poza sporem w przedmiotowej sprawie jest kwestia, że kierownik zamawiającego powierzył Obwinionej pisemnie, zastrzeżone dla niego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający GKO analizując kwestę powierzenia Obwinionej wykonywania w miejsce kierownika zamawiającego - Prezydenta Miasta (...), czynności w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w oparciu o treść art. 18 ust. 2 Pzp, na mocy upoważnienia nr 97/2011 z dnia 22.02.2011 r., uznał, tak jak i Komisja, że nastąpiło skuteczne powierzenie Obwinionej, czynności polegających, m.in. na wykonaniu zatwierdzenia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu. GKO za niezasadną, uznała próbę wytworzenia przez Obwinioną sporu kompetencyjnego pomiędzy nią jako kierownikiem Oddziału Zamówień Publicznych Urzędu Miasta (...), a dyrektorami Wydziałów zamawiającego. Twierdzenie Obwinionej, że „Kierownik”, zgodnie z teorią organizacji, nie może wydawać poleceń służbowych „dyrektorom wydziałów” zamawiających w zakresie objętym ww. upoważnieniem nie zasługiwało na uwzględnienie. Zwrócić uwagę należy na kwestię, iż w zakresie czynności zamawiającego przysługujących na podstawie art. 18 ust.1 i 2 Pzp Prezydentowi Miasta (...), Obwiniona na mocy upoważnienia nr 97/2011 z dnia 22.02.2011 r uzyskała uprawnienia do określonego działania bezpośrednio od Prezydenta Miasta i w tym zakresie, jej uprawnienie dawało możliwość wydawania wiążących poleceń na równi z organem udzielającym upoważnienia.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania GKO wskazuje, że zgodnie z art. 19 uoandfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Ponadto osobie można przypisać winę w postępowaniu jeżeli jest możliwe wskazanie właściwego wzorca postępowania. Wskazanie wzorca postępowania polega na wskazaniu Obwinionemu właściwego sposobu postępowania, którego przestrzeganie nie wywołałoby nieprawidłowości w gospodarowaniu środkami publicznymi. Wskazanie wzorca postępowania w danej sprawie skutkującej naruszeniem dyscypliny finansów publicznych ma na celu wykazanie błędów Obwinionego w postępowaniu oraz instruuje jak postępować prawidłowo w przyszłości, aby w podobnych przypadkach uniknąć naruszenia prawa.

GKO w powyższym zakresie uznaje za prawidłowe i przyjmuje jako własne stanowisko Komisji w którym stwierdziła, że Obwiniona miała (mogła mieć) realny wpływ na ostateczny kształt SIWZ oraz ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Mogła dokonać weryfikacji zgłoszonych przez wydziały Urzędu zapotrzebowań w zakresie zamawianych przesyłek, żądać wyjaśnień i dokonać stosownych korekt. Obwiniona winna była doprowadzić do

skorygowania treści SIWZ i doprowadzić jego treść zarówno do rzeczywistych potrzeb zamawiającego, jak i zgodności z prawem tj. art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, czego nie uczyniła. GKO w pełni akceptuje stanowisko Komisji I instancji, że popełnienie przedmiotowego czynu, wynikało z niezachowania przez Obwinioną należytej ostrożności i nie zastosowania się do norm prawnych odnoszących się stanu faktycznego sprawy, mimo posiadania obiektywnie możliwości postępowania zgodnie z tymiż normami. W chwili popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych po stronie Obwinionej istniała możliwość alternatywnych zachowań, które nie naruszałyby prawa i które nie prowadziłyby do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym było uznanie przez Komisję, iż zachowanie Obwinionej w czasie popełnienia zarzucanego czynu było zawinione.

Odnosząc się do orzeczenia w zakresie wymierzenia kary, GKO uznała, że niewątpliwie Komisja w sposób łagodny potraktowała działania Obwinionej orzekając o odstąpieniu od wymierzenia kary. Tym bardziej brak było podstaw do uznania, że w postępowaniu zaistniały przesłanki z art. 28 ust 1 uodnfp w oparciu o które można by uznać znikomy stopień szkodliwości czynu Obwinionej dla finansów publicznych, skoro doszło w niniejszej sprawie do naruszenia podstawowych zasad, którymi powinien kierować się zamawiający w ramach zamówień publicznych. GKO uznała, że brak jest jakichkolwiek podstaw, aby przychylić się do wniosku Obwinionej o umorzenie postępowania z powodu nie popełnienia zarzucanego Obwinionej czynu.

W powyższej sytuacji za niezasadny GKO uznała także wniosek Obwinionej o stwierdzenie cyt. „zgodności postępowania - zarówno mojego, jak i mojego pracodawcy - z powszechnie obowiązującymi przepisami, w szczególności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania GKO uznała, że wskazane przez Komisję przepisy prawa materialnego zostały naruszone, a tym samym zostały wypełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych i należało w zakresie wskazanym w sentencji utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie.

Uwzględniając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.