



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 24 września 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Leszek Bielecki
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Mariusz Haładaj
	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
Protokolant:		<i>Anna Jedlińska</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Arkadiusza Babczuka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2018 r. odwołania wniesionego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionej (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt: DB-0965/23/18, którym uniewinniono Obwinioną (...) – pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję dyrektora Szkoły Podstawowej (...) – od zarzucanych naruszeń dyscypliny finansów publicznych określonych w:

1. art. 17 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, ze zm.) zwanej dalej uondfp, polegającego na ustaleniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający żądał aby przedmiot zamówienia, tj. „Budowa (...) na terenie Szkoły” był wykonany w nieprzekraczalnym terminie – 21 dni od dnia podpisania umowy. Wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu

faktycznego jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu do umowy (5 dni po zawarciu umowy), w którym jako ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono na dzień 25 czerwca 2017 r.

Powyższe działanie stanowiło o naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.);

2. art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, polegającego na określeniu w SIWZ jako jednego z kryterium oceny ofert, kryterium „najkrótszy termin realizacji z wagą 10%”, z opisem „Najkrótszy termin realizacji to 14 dni. Najdłuższy termin realizacji to 21 dni. Zaoferowane terminów realizacji dłuższego lub krótszego oferta zostanie odrzucona”. Ustalenie powyższego kryterium w sposób wskazany w SIWZ stanowiło naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych;
3. art. 17 ust. 1c uondfp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – któremu udzielono zamówienia – z powodu rażąco niskiej ceny. Na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny Wykonawca przekazał Zamawiającemu tylko sporządzony przez siebie kosztorys, bez jakichkolwiek wyjaśnień. W takim stanie rzeczy udzielenie zamówienia temu Wykonawcy stanowiło o naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Powyższe działanie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamówienia udzielono Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. W postępowaniu złożono 2 ważne oferty, a zatem zamówienie winno być udzielone drugiemu w kolejności rankingowej Oferentowi.

Nieprawidłowości opisane powyżej dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowa (...) na terenie Szkoły” – umowa z dnia 15 grudnia 2016 r. za wynagrodzeniem 596.550,00 zł

oraz orzeczono, że koszty postępowania poniesie Skarb Państwa,

orzeka

1. **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 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.) – zwanej dalej także uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie dotyczącym art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający żądał aby przedmiot zamówienia, tj. „Budowa (...)**

na terenie Szkoły” był wykonany w nieprzekraczalnym terminie – 21 dni od dnia podpisania umowy. Wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu faktycznego jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu do umowy (5 dni po zawarciu umowy), w którym jako ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono na dzień 25 czerwca 2017 r. Powyższe działanie stanowiło o naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu;

2. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, w pozostałym zaskarżonym zakresie utrzymuje w mocy orzeczenie.

Pouczenie:

W zakresie pkt 1 sentencji, od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

W zakresie pkt 2 sentencji, orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. W tym zakresie 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

Pismem z 26 marca 2018 roku Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, złożył wniosek o ukaranie karą upomnienia Obwinionej pełniącej w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Szkoły Podstawowej (...), za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a mianowicie:

1. art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp polegające na ustaleniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający żądał, aby przedmiot zamówienia, tj. „Budowa (...) na terenie Szkoły” był wykonany w nieprzekraczalnym terminie – 21 dni od dnia podpisania umowy. Wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu faktycznego jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu do umowy (5 dni po zawarciu umowy), w którym jako ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono na dzień 25 czerwca 2017 r. Powyższe działanie stanowiło w opinii Rzecznika o naruszeniu przepisów art. 7 ust.1 i art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”;

2. art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp, polegające na określeniu w SIWZ jako jednego z kryterium oceny ofert, kryterium „najkrótszy termin realizacji z wagą 10%”, z opisem „*Najkrótszy termin realizacji to 14 dni. Najdłuższy termin realizacji to 21 dni. Zaoferowane terminów realizacji dłuższego lub krótszego oferta zostanie odrzucona*”. Ustalenie powyższego kryterium w sposób wskazany w SIWZ stanowiło zdaniem Rzecznika naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 3 ustawy Pzp;
3. art. 17 ust. 1c uoondfp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – któremu udzielono zamówienia – z powodu rażąco niskiej ceny. Na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny Wykonawca przekazał Zamawiającemu tylko sporządzony przez siebie kosztorys, bez jakichkolwiek wyjaśnień. W takim stanie rzeczy udzielenie zamówienia temu Wykonawcy stanowiło w opinii Rzecznika o naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe działanie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamówienia udzielono Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. W postępowaniu złożono 2 ważne oferty, a zatem zamówienie winno być udzielone drugiemu w kolejności rankingowej Oferentowi.

Opisane przez Rzecznika nieprawidłowości dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowa (...) na terenie Szkoły” – umowa zawarta 15 grudnia 2016 roku za wynagrodzeniem 596.550,00 zł.

Dnia 23 kwietnia 2018 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu (dalej „RKO”) orzekła, co następuje:

Sygn. akt BDF1.4800.68.2018

1. na podstawie art. 78 ust. 3 oraz art. 78 ust. 1 pkt 1 uodfp uniewinniła Panią (...) (dalej „Obwiniona”) od popełnienia czynu polegającego na ustaleniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający żądał, aby przedmiot zamówienia, tj. „Budowa (...) na terenie Szkoły” był wykonany w nieprzekraczalnym terminie – 21 dni od dnia podpisania umowy. Wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu faktycznego jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu do umowy (5 dni po zawarciu umowy), w którym jako ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono na dzień 25 czerwca 2017 r., co miało stanowić o naruszeniu przepisów art. 7 ust.1 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, tj. RKO uniewinniła Obwinioną od zarzutu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 3 uodfp;

2. na podst. art. 78 ust. 3 oraz art. 78 ust. 1 pkt 1 uodfp uniewinniła Obwinioną od popełnienia czynu polegającego na określeniu w SIWZ jako jednego z kryterium oceny ofert, kryterium „najkrótszy termin realizacji z wagą 10%”, z opisem „*Najkrótszy termin realizacji to 14 dni. Najdłuższy termin realizacji to 21 dni. Zaoferowane terminów realizacji dłuższego lub krótszego oferta zostanie odrzucona*”. Ustalenie powyższego kryterium w sposób wskazany w SIWZ miało stanowić naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, tj. RKO uniewinniła Obwinioną od zarzutu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 uodfp;

3. na podst. art. 78 ust. 3 oraz art. 78 ust. 1 pkt 1 uodfp uniewinniła Obwinioną od popełnienia czynu polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – któremu udzielono zamówienia – z powodu rażąco niskiej ceny. Na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny Wykonawca przekazał Zamawiającemu tylko sporządzony przez siebie kosztorys, bez jakichkolwiek wyjaśnień. W takim stanie rzeczy udzielenie zamówienia temu Wykonawcy miało stanowić o naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe działanie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamówienia udzielono Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. W postępowaniu złożono 2 ważne oferty, a zatem zamówienie winno być udzielone drugiemu w kolejności rankingowej Oferentowi. RKO uniewinniła zatem Obwinioną od zarzutu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uodfp.

W zakresie naruszeń z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych RKO ustaliła i zważyła, co następuje.

Przepis art. 17 ust. 1 pkt 3 uoondfp stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W powyższej sprawie przedmiot zamówienia obejmował „*Budowę (...) na terenie Szkoły Podstawowej (...)*”. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia określona została na kwotę 300.444,92 zł. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt. 5, a w pkt. 6 określony został wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z tego postępowania. W pkt. 4 SIWZ Zamawiający zapisał, iż: „*Przedmiot zamówienia realizowany będzie w okresie od dnia zawarcia umowy do 21 dni*”.

RKO podniosła, że warunki udziału w postępowaniu wynikają z treści art. 22 ust. 1b ustawy Pzp i jest to katalog zamknięty, co oznacza, że zamawiający nie ma prawa kształtowania żadnych pozaustawowych warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia.

Termin realizacji przedmiotu zamówienia nie był warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego udzieliła Obwiniona. Przyznał to również Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych w uzasadnieniu wniosku o ukaranie, podając, że termin realizacji przedmiotu zamówienia jest częścią oferty, nie zaś warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym właściwości wykonawcy.

Stąd w ocenie RKO brak jest podstaw do uznania, że Obwiniona popełniła czyn w rozumieniu przepisów art. 17 ust. 1 pkt 3 uoondfp.

Podana przez Rzecznika we wniosku o ukaranie argumentacja nie może przesądzać o winie Obwinionej z uwagi na to, iż:

1. w SIWZ, jako jedno z kryteriów oceny ofert podany został termin realizacji przedmiotu umowy,
2. w SIWZ zawarto też zapisy dopuszczające możliwość zmiany postanowień umowy także w zakresie terminu wykonania.

Postanowienia SIWZ nie były przedmiotem zapytań, ani odwołania, a w prowadzonym postępowaniu złożone zostały 3 oferty.

Sygn. akt BDF1.4800.68.2018

W zakresie naruszeń z art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp RKO zważyła i ustaliła, co następuje.

W myśl art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawa Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Z kolei przepisy art. 91 ust. 3 ustawy Pzp stanowią, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W art. 91 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazuje się jako jedno z kryteriów oceny ofert okres realizacji, który odnosi się nie tylko do dostaw, ale może być stosowany także przy robotach budowlanych. W przedmiotowym postępowaniu w SIWZ w pkt. 12 Zamawiający zapisał, iż „do wyboru oferty przyjmuje się najkorzystniejszy bilans poniższych składników:

1. najniższa cena – waga 60 %,
2. najkrótszy termin realizacji – 10 %,
3. najdłuższy okres gwarancji – 10 %,
4. kwalifikacje zawodowe kierownika robót – 10 %,
5. liczba zadeklarowanych przez wykonawcę osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia – 10 %”.

Sygn. akt BDF1.4800.68.2018

W SIWZ szczegółowo przedstawiono sposób ustalenia punktów w danym kryterium. W opisie kryterium termin realizacji podano, iż „*Najkrótszy termin realizacji to 14 dni. Najdłuższy termin realizacji to 21 dni. Zaoferowanie terminów realizacji dłuższego lub krótszego - oferta zostanie odrzucona*”. Kryteria ustalone w SIWZ, w ocenie RKO, są zatem zgodne z postanowieniami art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

Z dokumentacji postępowania wynika, że w prowadzonym postępowaniu wpłynęły 3 oferty. W dwóch ofertach wykonawcy zaoferowali okres realizacji zamówienia 21 dni. W ocenie RKO ustalony zapis SIWZ określający minimalny i maksymalny termin realizacji nie może być uznany – jak to przyjął Rzecznik – za kryterium o charakterze podmiotowym zawężającym krąg potencjalnych oferentów. W każdym postępowaniu złożenie oferty z terminem niezgodnym z terminem podanym w SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty, niezależnie od tego, czy termin realizacji przedmiotu zamówienia stanowi kryterium oceny ofert.

Termin realizacji określony jest dla przedmiotu zamówienia i nie dotyczy właściwości wykonawcy. Stąd w ocenie RKO określenie w SIWZ kryterium oceny ofert było zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych, interpretacjami Urzędu Zamówień Publicznych oraz orzecznictwem KIO i nie dotyczyło właściwości wykonawcy. Z tych względów RKO uznała, że Obwiniona nie popełniła zarzuczonego jej czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp.

Zdaniem RKO określenie w SIWZ, że oferowanie terminów realizacji dłuższego lub krótszego spowoduje odrzucenie oferty, nie miało charakteru podmiotowego i nie zawężyło kręgu potencjalnych oferentów.

Biorąc pod uwagę powyższe RKO postanowiła uniewinnić Obwinioną od postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie naruszeń z art. 17 ust. 1c uoondfp RKO ustaliła i zważyła, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego popełnienia czynu z art. 17 ust. 1c uoondfp RKO podniosła, że zgodnie z art. 17 ust. 1c uoondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b, 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej.

Sygn. akt BDF1.4800.68.2018

Rzecznik podał, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych w tym zakresie polegało na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – któremu udzielono zamówienia – z powodu rażąco niskiej ceny.

Z akt sprawy wynika, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 3 oferty, w tym jedną z ceną znacznie odbiegającą od cen pozostałych ofert, a mianowicie:

1. oferta nr 1 z ceną 1.137.750 zł,
2. oferta nr 2 z ceną 596.550 zł – wykonawca (...),
3. oferta nr 3 z ceną 978.080, 96 zł.

Wartość szacunkową przedmiotu zamówienia Zamawiający określił na 300.444,92 zł

W związku z powyższym do wykonawcy (...) (dalej „Wykonawca”) Zamawiający skierował wezwanie z 23 listopada 2016 roku o następującej treści: *„Szkoła Podstawowa (...) zwraca się do Państwa z prośbą o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów (np. kosztorys ofertowy wypełniony na podstawie przedmiaru robót), dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie zaoferowanej przez Państwa ceny w złożonej ofercie na realizację ww. zamówienia publicznego”*.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przekazał przy piśmie z 28 listopada 2016 roku szczegółowy kosztorys bez wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny w złożonej ofercie na realizację ww. zamówienia publicznego. W ocenie Rzecznika uznanie przez zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i udzielenie zamówienia Wykonawcy zamiast (działając na podstawie przepisów art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) jej odrzucenia, stanowiło o naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe działanie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamówienia udzielono Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. Zdaniem Rzecznika w postępowaniu złożono 2 ważne oferty, a zatem zamówienie winno być udzielone drugiemu w kolejności rankingowej wykonawcy.

Rzecznik podał też, iż wyjaśnienia Obwinionej nie mogą stanowić o odstąpieniu dochodzenia odpowiedzialności Obwinionej za zarzucony czyn z następujących przyczyn:

1. *„Wbrew twierdzeniom Obwinionej firma (...) nie złożyła wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie zaoferowanej przez Państwa ceny w złożonej ofercie na realizację ww. zamówienia publicznego, co było wyraźnie żądane w wezwaniu z dnia 23.11.2016 r.*

2. Kosztorys ofertowy stanowił jedynie potwierdzenie, że cena ryczałtowa podana w ofercie jest z nim zgodna oraz zawiera, że elementy znajdujące się w kosztorysie inwestorskim
3. Zgodnie z przepisami art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:
 - a) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
 - b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
 - c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
 - d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
 - e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przedmiotowej sprawie takich wyjaśnień Wykonawca nie złożył, a zgodnie z przepisami art. 90 ust. 2 ustawy Pzp jest on zobowiązany do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z przedłożonego przez wykonawcę, kosztorysu ofertowego w formie tabeli elementów scalonych nie sposób wywieść istnienia dowodów, które wskazywałyby na czynniki wpływające na możliwość realizacji zamówienia po zaoferowanej cenie. W szczególności wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż:

- a) dysponuje ofertami cenowymi znanych dostawców;
- b) posiada własny sprzęt i urządzenia;
- c) dysponowanie doświadczonymi osobami i sprzętem umożliwi zastosowanie oszczędnych metod wykonania zamówienia”;

RKO po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Obwinionej i jej obrońcy nie podzieliła argumentacji Rzecznika i uniewinniła Obwinioną od powyższego zarzutu.

Zamawiający skierował do Wykonawcy pismo o następującej treści: „*Szkoła Podstawowa (...) zwraca się do Państwa z prośbą o udzielenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów (np. kosztorys ofertowy wypełniony na podstawie przedmiaru robót), dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie zaoferowanej przez Państwa ceny w złożonej ofercie na realizację ww. zamówienia publicznego*”.

Z powyższego zdaniem RKO jednoznacznie wynika, że dla Zamawiającego wystarczające było złożenie kosztorysu ofertowego wykonanego na podstawie przedmiaru robót jako wyjaśnienia i dowodu w zakresie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązywało wynagrodzenie ryczałtowe, a wykonawcy – jak wynika z treści SIWZ – na etapie składania ofert nie zostali zobligowani do przedłożenia kosztorysu ofertowego. Stąd prośba o kosztorys ofertowy, gdyż cena podana w ofercie za całość zamówienia nie zawierała szczegółowych składników – elementów ceny.

W wyniku przedłożenia przez Wykonawcę kosztorysu, zamawiającemu umożliwiono zapoznanie się ze wszelkimi elementami oferty, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ustawodawca nie określił formy, w jakiej wyjaśnienia wykonawcy składane na wezwanie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, więc przedłożony przez wykonawcę kosztorys za takowe wyjaśnienia uznany być może - to przecież kosztorys zawiera wszystkie elementy składające się na cenę oferty i zawiera dane szczegółowe dotyczące każdego elementu ceny.

Rzecznik wskazywał, że należało odrzucić ofertę z ceną 596.550,00 zł, i wybrać ofertę z ceną 978 080,96 zł, kierując się przy tym zasadą racjonalności i efektywności wydatkowania środków finansowych i uznając, że kosztorys który zawiera wycenę wszystkich elementów składających się na cenę za całość zamówienia nie stanowi wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

RKO tej oceny nie podzieliła podkreślając, że odrzucenie oferty Wykonawcy z ceną 596.550 i wybranie oferty z ceną 978.080,96 byłoby działaniem niegospodarnym lub mogło skutkować unieważnieniem postępowania w przypadku braku środków w tej kwocie. Zamówienie zrealizowane zostało za kwotę 596.550 zł, czego dowodem są opłacone faktury za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe RKO uniewinniła Obwinioną od zarzutu popełnienia naruszeń dyscypliny finansów publicznych, o których mowa we wniosku o ukaranie.

RKO zaznaczyła, że w niniejszym postępowaniu nie zostało udowodnione, iż działanie Obwinionej miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a zatem nie można Obwinionej przypisać odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w powyższym zakresie

Z powołanym rozstrzygnięciem nie zgodził się Rzecznik wnosząc odwołanie na niekorzyść Obwinionej.

Rzecznik zarzucił orzeczeniu obrazę przepisów prawa poprzez ich niewłaściwą interpretację im wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i wymierzenie Obwinionej wnioskowanej kary nagany bądź uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy RKO do ponownego rozpoznania:

1. Czynu z art. 17 ust. 1 pkt 3 uodfp:

Rzecznik argumentował, iż oczywistym jest, że określony przez Zamawiającego, krótki termin realizacji przedmiotu zamówienia, w znaczny sposób zawęził krąg potencjalnych wykonawców, co automatycznie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Ponadto, zdaniem Rzecznika, RKO przy ocenie czynu pominęła całkowicie okoliczności dotyczące proporcjonalności w określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz nie odniosła się do argumentacji Rzecznika zaprezentowanej we wniosku o ukaranie gdzie wskazano, że:

- badanie zachowania zasady proporcjonalności wymaga zawsze wskazania konkurujących ze sobą dóbr chronionych, tj. innych zasad ustawowych. Ważne jest więc ustalenie, jakie interesy istotniejsze od zachowania zasady jawności, swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ochrony uczciwej konkurencji czy też równego traktowania chroni czynność zamawiającego ograniczająca przy stosowaniu szczegółowych przepisów normy wynikającej z tych zasad. W określaniu warunków udziału w postępowaniu zastosowanie się do zasady proporcjonalności oznacza tyle co zakaz ustanawiania ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy dostępem wykonawców do wykonywania zadań publicznych a rangą podlegającego ochronie interesu zamawiającego;
- nie można się zgodzić z twierdzeniem Obwinionej, że „*Termin realizacji zamówienia nie stanowi warunku udziału w postępowaniu.*”. Z treści SIWZ jednoznacznie wynika, że wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 21 dni od dnia zawarcia umowy

było warunkiem uznania oferty za ważną. Fakt ten potwierdza czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, który zaproponował wykonanie zadania w terminie 115 dni;

- wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku rozmiaru przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu faktycznego jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu 5 dni po zawarciu umowy, w którym jako ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono 25.06.2017 r. co oznacza przedłużenie terminu realizacji z 21 dni do 176 dni;
- podana przyczyna zmiany postanowień umowy z dnia 15.12.2017 r. jest pozorna, bowiem główne roboty ziemne i konstrukcyjne zaplanowano w okresie zimowym;
- z treści ogłoszeń zamieszczonych na stronach internetowych Zamawiających dotyczących budowy przekrycia namiotowego, o konstrukcji stalowej łukowej przekrytej podwójną warstwą materiału plandekowego PCV z poduszką powietrzną wewnątrz o podobnych rozmiarach wynika, że termin realizacji takich zadań jest określany na co najmniej na 3 - 4 miesiące.

Rzecznik wskazał, że bardzo istotne dla oceny zachowania Obwinionej jest fakt, że Obwiniona przed zawarciem umowy w dniu 15.12.2016 r. wystąpiła do organu nadzorującego o zwiększenie środków na realizację przedmiotowego zadania oraz ujęcia tych wydatków w planie finansowym na 2017 r., co zostało dokonane w dniu 13.12.2016 r. Powyższe oznacza, że przed podpisaniem umowy Obwiniona posiadała wiedzę, że jej realizacja w terminie 21 dni jest niewykonalna. Dokonano zmiany planu finansowego § 6050 na 2016 r. zmniejszając wielkość planu do wysokości wydatków już wykonanych tj. 46.000 zł.

Z powyższych ustaleń jednoznacznie wynika, że:

- wydatków w 2016 roku z tytułu realizacji zawartej umowy w dniu 15.12.2016 r. nie planowano,
- wszystkie koszty dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia zaplanowano do poniesienia w 2017 roku

Tym samym zdaniem Rzecznika zawarcie umowy w dniu 15.12.2016 r. stanowi dowód działania pozornego bowiem w dniu jej podpisania wiadomym było, że termin jej realizacji ulegnie zasadniczej zmianie poprzez zawarcie stosownego aneksu. W opinii Rzecznika dowodem posiadania wiedzy przez Obwinioną o braku możliwości realizacji przedmiotu

Sygn. akt BDF1.4800.68.2018

zamówienia w 2016 roku jest treść jej wyjaśnień złożonych pismem z dnia 20.01.2018 r., gdzie Obwiniona poinformowała, co następuje: „W celu ratowania środków finansowych na realizację zadania, podjęłam działania zmierzające do uzyskania ich większej ilości, co umożliwiłoby wybór oferty najkorzystniejszej oraz w konsekwencji przeniesienie zadania do realizacji na rok 2017, ponieważ na dzień składania ofert nie mogłam tego dokonać. W wyniku prowadzonych przeze mnie działań udało się pozyskać większą ilość środków finansowych oraz przenieść zadanie jako „niewygasające” do realizacji na rok 2017. Działania te pozwoliły wykonać zadanie budżetowe. Możliwość finansowania i realizacji zadania w roku 2017 została dokonana w oparciu o zapisy umowy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dzięki staraniom Wydziału Oświaty, uchwałą Rady Miasta zadanie zostało przeniesione do realizacji na rok 2017”. Należy dodać, że Obwiniona wystąpiła o przeniesienie realizacji zadania na 2017 rok pismem z 24 listopada 2016 roku, tj. 21 dni przed zawarciem umowy.

2. Czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp:

Rzecznik wskazał, iż zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Z całą pewnością wykonanie przedmiotu zamówienia w określonym przez Zamawiającego terminie stanowi o zdolności technicznej oferenta w szczególności gdy termin ten jest szczególnie krótki w stosunku do rozmiaru i zakresu przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji kryterium „najkrótszy termin realizacji” nabiera znaczenia podmiotowego, co jest sprzeczne z przepisami art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. RKO zdaniem Rzecznika w swojej ocenie całkowicie pominęła funkcję jaką spełniają kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kryteria bowiem muszą służyć ocenie punktowej dokonywanej wedle ustalonego, zakomunikowanego uczestnikom postępowania wzorca i zapewniać obiektywny miernik analizowanej cechy oferowanego przedmiotu lub usługi. W przedmiotowej sprawie zapis przy kryterium termin realizacji, że *„oferowanie terminów realizacji dłuższego lub krótszego spowoduje odrzucenie oferty”* w sposób nieuprawniony zmienił istotę funkcji tego kryterium, bowiem nie służył on ocenie punktowej ofert lecz stawał się instrumentem oceny ważności ofert, co w ocenie Odwołującego jest niedopuszczalne. Prawidłowe ustalenie przedmiotowego kryterium winno polegać na proporcjonalnym przyznawaniu punktów, gdzie termin 14 dni lub mniej premiowany byłby 10 punktami a termin 21 dni lub więcej otrzymałby 0 punktów. Ponadto, zdaniem Rzecznika, RKO nie odniosła się do argumentacji Rzecznika zaprezentowanej we wniosku o ukaranie, gdzie wskazano, że wbrew twierdzeniu Obwinionej przepisy art. 91 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie wskazują, że termin realizacji omawianego przedmiotu zamówienia może być kryterium oceny ofert. Przywołane przepisy jednoznacznie wskazują, że takie kryterium można ustalić w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy a nie roboty budowlane. Rzecznik zauważył, że podstawą postawionego zarzutu, jest sposób dokonywania oceny przez Zamawiającego przy uwzględnieniu zapisu: *„Zaoferowanie terminów realizacji dłuższego lub krótszego oferta zostanie odrzucona”*. W takim stanie rzeczy ustalone kryterium nabiera znaczenia podmiotowego.

3. Czynu z art. 17 ust. 1c uoondfp:

Rzecznik wskazał, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny w złożonej ofercie na realizację zamówienia publicznego, co było wyraźnie żądane w wezwaniu z dnia 23.11.2016 r. Kosztorys ofertowy stanowił jedynie potwierdzenie, że cena ryczałtowa podana w ofercie jest z nim zgodna oraz zawiera elementy znajdujące się w kosztorysie

inwestorskim. Jednakże Zamawiający nie miał możliwości ustalenia, czy ceny poszczególnych pozycji (kosztów jednostkowych) w kosztorysie nie noszą znamion rażąco niskich. Zgodnie z przepisami art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- a. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
- b. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- c. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- d. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- e. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przedmiotowej sprawie takich wyjaśnień Wykonawca nie złożył a zgodnie z przepisami art. 90 ust. 2 ustawy Pzp był on zobowiązany do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Z przedłożonego przez wykonawcę, kosztorysu ofertowego w formie tabeli elementów scalonych nie sposób wywieść istnienia dowodów, które wskazywałyby na czynniki wpływające na możliwość realizacji zamówienia po zaoferowanej cenie. W szczególności wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż dysponuje ofertami cenowymi znanych dostawców, posiada własny sprzęt i urządzenia, dysponowanie doświadczonymi osobami i sprzętem umożliwi zastosowanie oszczędnych metod wykonania zamówienia.

W przedmiotowej sprawie w opinii Rzecznika bezsporne jest, że wykonawca nie złożył żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień, ograniczając się jedynie do przekazania

kosztorysu, co nie pozwalało na dokonanie rzetelnej oceny, czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...), który w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów kosztorysu mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za mające wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż oferta złożona przez ww. wykonawcę została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo, że zawierała rażąco niską cenę.

Oczywistym wg Rzecznika jest, że powyższe miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem:

- zamówienia udzielono Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu w związku z brakiem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- Zamawiający miał możliwość ponownego wezwania Wykonawcę o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czego nie uczynił, co skutkowało udzieleniem zamówienia Wykonawcy, który złożył ofertę z rażąco niską ceną;
- wpływ na wynik postępowania, zgodnie ze słownikiem PWN należy rozumieć, jako „skutek oddziaływania na coś” – w omawianej sprawie naruszenie przez Obwinioną przepisów ustawy Pzp, wpływ na wynik postępowania jest oczywisty, bowiem zamówienia udzielono Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu w związku z brakiem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu stanowi rażący przykład naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów, określonej przepisami art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - Rzecznik wyraził pogląd, że z całą pewnością uznanie oferty wybranego wykonawcy za nienoszącej znamion rażąco niskiej ceny, bez pozyskania wymaganych przepisami wyjaśnień tę zasadę naruszało; ponadto wskazał na naruszenie zasady wyrażonej przepisami art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącej, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zatem Rzecznik podkreślił, że w świetle powyższych argumentów działania i zaniechania Obwinionej miały bezspornie wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało udzieleniem zamówienia Wykonawcy nieuprawnionemu zamiast Wykonawcy, który uplasował się w rankingu ofert na drugiej pozycji.

Odnosząc się dalej do treści uzasadnienia orzeczenia RKO - w ocenie Rzecznika - nie spełnia ono wymogów przepisów art. 137 ust. 2 uondfp, bowiem uzasadnienie orzeczenia RKO:

- jest lakoniczne i ogólnikowe - nie przywołuje żadnych ustaleń dokonanych przez RKO na bazie zgromadzonej w sprawie dokumentacji, ograniczając się wyłącznie do cytowania orzeczeń i wyroków GKO i KIO, wydanych w podobnych sprawach, co nie oznacza, że o identycznych okolicznościach;
- zawiera jedynie niektóre z faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, bez dokonania jakiegokolwiek ich analizy i oceny;
- nie wskazuje, jakie fakty RKO uznała za ustalone, na czym opiera poszczególne ustalenia i dlaczego nie uznaje dowodów przeciwnych.

W orzeczeniu z dnia 30 września 2010 r., BDF1/4900/51/58/10/1397, GKO podkreśliła, że obowiązek uzasadnienia orzeczenia to nie tylko formalność. Celem uzasadnienia jest wyjaśnienie stronom, na jakich dowodach oparła się komisja orzekająca i dlaczego nie uwzględniła dowodów przeciwnych, wyjaśnienie stronom podstawy prawnej rozstrzygnięcia, nie tylko przez przytoczenie przepisów, ale też przez wyjaśnienie przyjętego sposobu ich interpretacji i zastosowania, odniesienie się do argumentacji stron tak, aby zostały one przekonane, że ich stanowiska i argumenty zostały wzięte pod uwagę i należycie rozważone. Celem uzasadnienia jest też przedstawienie toku myślenia, który doprowadził skład orzekający do przyjęcia takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. Uzasadnienie niespełniające tych wymogów nie daje stronom możliwości ustosunkowania się do motywów wydanego rozstrzygnięcia, utrudniając im realizację prawa do odwołania się od niego oraz uniemożliwia organowi odwoławczemu dokonanie rzetelnej kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia.

W ocenie Rzecznika orzeczenie RKO wydane w przedmiotowej sprawie nie zawiera elementów wymienionych w powyższym orzeczeniu. Podsumowując swoją argumentację w zakresie zarzuconych czynów Rzecznik wskazał, że oczywistym jest niezachowanie przez Obwinioną należytej staranności w wykonywaniu swoich obowiązków. Nie można uznać za dołożenie staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku wówczas, gdy sprawca naruszenia mógł przewidzieć, że jego zachowanie skutkować będzie naruszeniem dyscypliny finansów publicznych (lekkomyślność) lub był niedoinformowany odnośnie do stanu faktycznego, będącego podstawą do podjęcia przez niego decyzji co do jego zachowania (niedbalstwo). Przepisy art. 19 ust. 2 uondfp opierają się na koncepcji zindywidualizowanej staranności (ostrożności) wymaganej od osób wykonujących różne obowiązki w zakresie szeroko rozumianej gospodarki finansowej, w szczególności

odmiennym podejściu do osób zajmujących stanowisko kierownika jednostki sektora finansów publicznych oraz innych osób, wykonujących poszczególne obowiązki składające się na gospodarkę finansową jednostki sektora finansów publicznych, powierzone im przez kierownika jednostki. Obowiązek ostrożności musi być rozpatrywany z punktu widzenia obowiązków związanych z określonym stanowiskiem czy wykonywaną funkcją (orzeczenie GKO z dnia 1 marca 2004 r., DF/GKO/Odw.-127/163/2003), spoczywających np. na kierowniku jednostki sektora finansów publicznych, na którym ciąży szczególny obowiązek dbałości o dobro finansów publicznych, jak również nadzoru nad pracą podległych pracowników, szczególnie tych, którzy zajmują się realizacją planu finansowego jednostki (orzeczenie GKO z dnia 24 czerwca 2002 r., DF/GKO/Odw.-46/62/2002). Nawiązując do tej koncepcji orzecznictwo GKO akcentuje, że osoby, które dobrowolnie zabiegają o pozyskanie zatrudnienia na stanowisku kierowniczym, a następnie podejmują się profesjonalnego pełnienia eksponowanej funkcji publicznej, obejmującej także gospodarowanie publicznymi środkami pieniężnymi, zobligowane są do przestrzegania litery obowiązującego prawa i ponoszą przewidziane prawem konsekwencje swoich działań i zaniechań (orzeczenie GKO z dnia 16 stycznia 2003 r., DF/GKO/Odw.-114/148/2002). Wiąże się to również z koniecznością znajomości przepisów regulujących publiczną gospodarkę finansową, zwłaszcza przez osoby zajmujące stanowiska kierownicze. Niezastosowanie przepisów musi zostać ocenione jako działanie zawinione (orzeczenie GKO z dnia 14 stycznia 2008 r., DF/GKO-4900-83/91/07/3594).

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności uzasadnienie odwołania w zakresie bezsporności popełnienia przez Obwinioną zarzuconych czynów, a tym samym braku podstaw do uniewinnienia, zdaniem Rzecznika, w przedmiotowej sprawie, zostały spełnione wszystkie przesłanki, wynikające z przepisów art. 17 ust. 1 pkt 3, art. 17 ust. 1 pkt 4, art. 17 ust. 1c uodfp, w związku z czym przypisanie winy Obwinionej oraz wymierzenie kary nagany jest w pełni uzasadnione. Nie ulega wątpliwości, że działania i zaniechania Obwinionej stanowiły rażące naruszenie podstawowych zasad prowadzenia gospodarki finansowej w części dotyczącej udzielania zamówień publicznych finansowanych ze środków publicznych wynikających z przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 22 ust. 1a, art. 90 ust. 3 i art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. O rażącym charakterze działań i zaniechań Obwinionej przesądza fakt, że naruszenia te są łatwe do stwierdzenia, oczywiste i bezsporne oraz mają bardzo duży zakres. O rażącym naruszeniu dyscypliny finansów publicznych można mówić, gdy analiza zachowania (działania lub zaniechania) obwinionej w zestawieniu z nakazem

bądź zakazem wynikającym z hipotezy naruszonej normy prawnej wskazuje na ich oczywistą niezgodność. W przedmiotowej sprawie takie okoliczności występują i dlatego noszą znamiona bardzo wysokiej szkodliwości dla ładu i porządku finansów publicznych.

Rzecznik podkreślił, że oparcie systemu dokonywania zakupów, dostaw, usług i robót budowlanych przez jednostki sektora finansów publicznych na zasadach i rygorach przepisów o zamówieniach publicznych zapewnia efektywność ekonomiczną wydatków dokonywanych ze środków publicznych. Gwarantują to zasady, na których oparty jest system zamówień publicznych, przede wszystkim powszechności, uczciwej konkurencji, równego traktowania podmiotów obiegających się o zamówienie publiczne, jawności, zachowania formy pisemnej. Rolę systemu udzielania zamówień publicznych jako spójnego i czytelnego systemu zamówień publicznych, sprzyjającego właściwej gospodarce środkami publicznymi, wielokrotnie akcentowała GKO, podkreślając, że system zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, przez stworzenie warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne. Z tych przyczyn istotne jest rygorystyczne stosowanie postanowień ustawy przez podmioty wydatkujące środki na zamówienia. „Nawet nieznaczne czasami uchybienia, z punktu widzenia zamawiającego, mogą okazać się ważącymi na wynik postępowania i nie mogą być w żaden sposób minimalizowane” (orzeczenie GKO z dnia 13 lutego 2003 r., DF/GKO/Odw.-134/170- 171/2002).

W wyżej przedstawionym stanie faktycznym i prawnym utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia stanowiłoby niebezpieczny precedens w sytuacji braku jakichkolwiek podstaw do uniewinnienia Obwinionej, a co więcej doprowadziłoby do sytuacji braku penalizacji za zarzucone czyny naruszające podstawowe przepisy ustawy Pzp, które bez wątpienia zostały popełnione. Udzielenie przez Obwinioną zamówienia publicznego objętego wnioskiem o ukaranie stanowi ewidentny przykład naruszenia podstawowych zasad obowiązujących Zamawiających w zakresie prowadzenia postępowań o udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych, określonych przepisami art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 22 ust. 1a, art. 90 ust. 3 i art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Ustalone okoliczności udzielenia zamówienia przez Obwinioną pozwalają postawić tezę o świadomym, nieuprawnionym działaniu Obwinionej, bowiem:

- w dniu 24.11.2018 r. (w trakcie postępowania po otwarciu ofert) Obwiniona wystąpiła do organu nadzorującego o zwiększenie środków na realizację przedmiotowego zadania oraz ujęcia tych wydatków w planie finansowym na 2017 r., co zostało

dokonane w dniu 13.12.2016 r. Powyższe oznacza, że przed podpisaniem umowy Obwiniona posiadała wiedzę, że realizacja zadania w terminie 21 jest niewykonalna;

- dokonano zmiany planu finansowego wydatków na 2016 r. § 6050 zmniejszając wielkość planu do wysokości wydatków już wykonanych, tj. 46.000 zł;
- wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu faktycznego jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu 5 dni po zawarciu umowy, w którym jako ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono 25.06.2017 r. co oznacza przedłużenie terminu realizacji z 21 dni do 176 dni; - podana przyczyna zmiany postanowień umowy z dnia 15.12.2016 r. była pozorna bowiem główne roboty ziemne i konstrukcyjne zaplanowano w okresie zimowym.

W świetle powyżej przytoczonych faktów Obwiniona, postępując zgodnie z prawem, winna postępowanie unieważnić na podstawie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 lub art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Obwiniona mając zagwarantowane środki finansowe na 2017 rok, wszczęła nowe postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w styczniu 2017 roku.

Uwzględniając powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych ustaliła i zważyła, co następuje.

Ad. naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp.

We wniosku o ukaranie Rzecznik wskazał na naruszenie przez Obwinioną art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp, polegające na ustaleniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W opisie czynu Rzecznik wyjaśnił, że Zamawiający żądał, aby przedmiot zamówienia, tj. „Budowa (...) na terenie Szkoły” był wykonany w nieprzekraczalnym terminie – 21 dni od dnia podpisania umowy. Wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem takiego stanu faktycznego jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu do umowy (5 dni po zawarciu umowy), w którym ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono na dzień 25 czerwca 2017 roku. Powyższe działanie w ocenie Rzecznika stanowiło o naruszeniu przepisów art. 7 ust.1 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

RKO uniewinniła Obwinioną od zarzucanego czynu słusznie zauważając, iż warunki udziału w postępowaniu określone zostały w SIWZ w pkt. 5, a w pkt. 6 określony został wykaz

oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z tego postępowania. W pkt. 4 SIWZ Zamawiający postanowił, iż: *„Przedmiot zamówienia realizowany będzie w okresie od dnia zawarcia umowy do 21 dni”*.

RKO podniosła, że warunki udziału w postępowaniu wynikają z treści art. 22 ust. 1b ustawy Pzp i jest to katalog zamknięty, co oznacza, że zamawiający nie ma prawa kształtowania żadnych pozaustawowych warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia.

RKO prawidłowo zaznaczyła, że termin realizacji przedmiotu zamówienia nie był warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego udzieliła Obwiniona. Stąd w ocenie RKO brak było podstaw do uznania, że Obwiniona popełniła czyn w rozumieniu przepisów art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp.

Rozstrzygnięcie zakwestionował Rzecznik skupiając się na wykazaniu, iż krótki termin realizacji przedmiotu zamówienia, w znaczny sposób zawężył krąg potencjalnych wykonawców, co automatycznie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Ponadto, zdaniem Rzecznika, RKO przy ocenie czynu pominęła całkowicie okoliczności dotyczące proporcjonalności w określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz nie odniosła się do argumentacji Rzecznika zaprezentowanej we wniosku o ukaranie. Rzecznik skoncentrował się na niezachowaniu zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu. Rzecznik wywodził, iż nie można się zgodzić z twierdzeniem Obwinionej, że *„Termin realizacji zamówienia nie stanowi warunku udziału w postępowaniu”*. *„Z treści SIWZ jednoznacznie wynika, że wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 21 dni od dnia zawarcia umowy było warunkiem uznania oferty za ważną. Fakt ten potwierdza czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, który zaproponował wykonanie zadania w terminie 115 dni”*. Dodał, że termin realizacji zamówienia był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku rozmiaru przedmiotu zamówienia, czego potwierdzeniem jest zawarcie przez Zamawiającego aneksu 5 dni po zawarciu umowy, w którym jako ostateczny termin zakończenia robót wyznaczono 25 czerwca 2017 roku, co oznacza przedłużenie terminu realizacji z 21 dni do 176 dni. Podana przyczyna zmiany postanowień umowy z 15 grudnia 2017 roku jest pozorna, bowiem główne roboty ziemne i konstrukcyjne zaplanowano w okresie zimowym. Rzecznik wskazał, że bardzo istotne dla oceny zachowania Obwinionej jest fakt, że Obwiniona przed zawarciem umowy 15 grudnia 2016 roku wystąpiła do organu nadzorującego o zwiększenie środków na realizację przedmiotowego zadania oraz ujęcia tych

wydatków w planie finansowym na 2017 rok, co zostało dokonane 13 grudnia 2016 roku. Powyższe oznacza, że przed podpisaniem umowy, Obwiniona posiadała wiedzę, że jej realizacja w terminie 21 dni jest niewykonalna.

W realiach sprawy w pierwszym rzędzie należy zgodzić się z RKO, iż określenie terminu realizacji zamówienia nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie GKO uznaje argumentację RKO za trafioną i w pełni ją podziela. W tym zakresie argumentacja Rzecznika prezentowana w odwołaniu jest całkowicie wadliwa z przyczyn trafnie wskazanych przez RKO.

Rzecznik wadliwie dokonał kwalifikacji prawnej opisanego we wniosku o ukaranie czynu sprowadzającego się do zbyt krótkiego (nierealnego do dotrzymania) terminu realizacji zamówienia. Błędu tego nie zweryfikowała RKO. GKO natomiast – działając na podstawie przepisu art. 131 uo ndfp - dokonała zmiany kwalifikacji prawnej czynu nie przekraczając przy tym granic wniosku o ukaranie. Okoliczności faktyczne wskazane we wniosku o ukaranie zostały poddane ocenie przez Rzecznika i RKO przez pryzmat niewłaściwych przepisów. Prawidłowa kwalifikacja prawna czynu powinna wskazywać na naruszenie przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 uo ndfp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu realizacji zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający żądał bowiem, aby przedmiot zamówienia, tj. „Budowa (...) na terenie Szkoły” był wykonany w nieprzekraczalnym terminie 21 dni od dnia podpisania umowy. Zarzut zatem powinien wskazywać, że wyznaczony w SIWZ termin wykonania zadania był nierealny (nieproporcjonalny) w stosunku do rozmiaru przedmiotu zamówienia, co stanowić mogło o naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Opisana wyżej zmiana skutkuje koniecznością uchylecia rozstrzygnięcia RKO w zakresie dotyczącym przedmiotowego zarzutu. RKO w swoim rozstrzygnięciu skupiła się wyłącznie na analizie stanu faktycznego w kontekście kwalifikacji prawnej wskazanej we wniosku o ukaranie, tj. dokonała oceny (i ją prawidłowo uzasadniła) w zakresie odnoszącym się do wadliwego przyjęcia przez Rzecznika, że termin realizacji zamówienia stanowi warunek udziału w postępowaniu.

W związku ze zmianą kwalifikacji prawnej czynu niezbędne jest natomiast zbadanie, czy wskazany w SIWZ termin realizacji zamówienia na moment wszczęcia postępowania był możliwy do dochowania, a jeśli nie był – ustalenia ewentualnej odpowiedzialności Obwinionej za naruszenie (nie są w tej kwestii wystarczające twierdzenia Rzecznika odnośnie

innych podobnych postępowań dotyczących budowy przekrycia namiotowego, o konstrukcji stalowej łukowej przekrytej podwójną warstwą materiału plandekowego PCV z poduszką powietrzną wewnątrz o podobnych rozmiarach, gdyż termin realizacji danego przedmiotu zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem okoliczności właściwych dla tego, konkretnego zamówienia). GKO wskazuje, iż do ustalenia, że termin ten był nierealny, nie jest wystarczające także oparcie oceny na fakcie niezwłocznego aneksowania umowy. Konieczne jest zbadanie, czy – biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, w tym porę roku i inne czynniki związane z przygotowaniem i realizacją zamówienia - obiektywnie możliwe było wykonanie przedmiotu umowy w ciągu 21 dni od zawarcia umowy. W toku rozprawy przed GKO podniesione zostało przez Obrońcę Obwinionej, że przyczyną zawarcia aneksu był warunki atmosferyczne, a termin realizacji zamówienia wskazany w aneksie nie był uzależniony wyłącznie od Zamawiającego. Wyjaśniono także, że pierwotny termin realizacji został określony na podstawie wytycznych kosztorysanta i projektanta. Okoliczności te nie mogły być zweryfikowane przez GKO w toku postępowania dowodowego, a powinny zostać poddane analizie przez RKO.

Uwzględniając, że zebrany materiał dowodowy nie pozwala na dokonanie rozstrzygnięcia, czy termin realizacji zamówienia był realny, a jeśli nie – czy Obwinionej można przypisać odpowiedzialność za jego nieprawidłowe określenie, w tym zakresie postępowanie dowodowe musi zostać uzupełnione, a okoliczności faktyczne ustalone w toku ponownego rozpoznania sprawy przez RKO – ocenione w świetle prawidłowo ustalonej przez GKO kwalifikacji prawnej czynu.

Stąd rozstrzygnięcie RKO w omawianym zakresie nie mogło się ostać i konieczne było jego uchylenie i przekazanie do ponownego rozpoznania.

Ad. naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 uo ndfp.

RKO uniewinniła Obwinioną od popełnienia czynu polegającego na określeniu w SIWZ jako jednego z kryterium oceny ofert, kryterium „najkrótszy termin realizacji z wagą 10%”, z opisem „*Najkrótszy termin realizacji to 14 dni. Najdłuższy termin realizacji to 21 dni. Zaoferowane terminów realizacji dłuższego lub krótszego oferta zostanie odrzucona*”. Ustalenie powyższego kryterium w sposób wskazany w SIWZ zdaniem RKO nie stanowiło naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, tj. od zarzutu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 4 uo ndfp.

GKO podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną w zakresie ww. zarzutu dokonaną przez RKO.

Nie ma racji Rzecznik argumentując, iż kryterium terminu realizacji stanowi o zdolności technicznej wykonawcy, a zatem jest niedopuszczalne na gruncie przepisu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, który zakazuje, aby kryteria oceny ofert dotyczyły właściwości wykonawcy. Na dopuszczalność kryterium terminu realizacji zamówienia wskazuje przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przesądzając, że kryteria mają odnosić się do przedmiotu zamówienia i wymieniając przykładowe kryteria oceny ofert (w tym okres realizacji). Nawet gdyby przyjąć, jak proponuje Rzecznik, iż w katalogu przykładowych kryteriów oceny ofert nie wymieniono terminu realizacji odnośnie robót budowlanych, to nie dowodzi to niedopuszczalności tego kryterium w odniesieniu do robót budowlanych. Termin realizacji zamówienia – wbrew pogładowi Rzecznika - nie dotyczy cech (właściwości, zdolności, doświadczenia itp.) wykonawcy, lecz określa moment (okres) w czasie, w którym świadczenie wykonawcy ma być spełnione. Stanowi jeden z istotnych elementów oferty (oświadczenia woli) wykonawcy, wskazując kiedy wykonawca wykona zamówienie (lub jego część). Zatem dotyczy parametrów przedmiotu zamówienia zgodnie ze wskazaniem przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

W realiach sprawy kryterium terminu realizacji – zgodnie z postulatem Rzecznika sformułowanym w odwołaniu - zostało ustalone jednoznacznie i zakomunikowane wykonawcom w SIWZ zapewniając obiektywny miernik elementu oferty, tj. terminu realizacji. Skoro termin realizacji stanowi treść oferty wykonawcy prawidłowo Zamawiający wskazał, iż skutkiem zaofiarowania terminu niezgodnego z SIWZ (dłuższego lub krótszego niż dopuszczalne widełki) będzie stanowiło o konieczności odrzucenia takiej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający mógł w tym zakresie ukształtować inaczej treść SIWZ, np. wskazując jedynie maksymalny termin realizacji, którego przekroczenie będzie skutkowało odrzuceniem oferty albo w ogóle nie wskazując widełek i pozostawiając określenie terminu realizacji wykonawcy (co w praktyce się nie zdarza). W realiach sprawy Zamawiający jednoznacznie w SIWZ, w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców, określił termin realizacji zamówienia i kryteria dotyczące terminu w sposób prawidłowy określając minimalny i maksymalny dopuszczalny termin realizacji i czyniąc z terminu realizacji zamówienia kryterium oceny ofert.

Stąd RKO prawidłowo uniewinniło w tym zakresie Obwinioną.

Wbrew stanowisku Rzecznika prezentowanym w odwołaniu uzasadnienie rozstrzygnięcia RKO jest w omawianej części wyczerpujące, zawiera zarówno ustalenie istotnych dla rozstrzygnięcia zarzutu okoliczności faktycznych (przede wszystkim przywołuje istotne postanowienia SIWZ), jak i ocenę prawną tych okoliczności w świetle właściwie wskazanych i wyłożonych przepisów prawa (w tym przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp) kluczowych dla rozpatrzenia przedmiotowej sprawy.

Ad. naruszenie art. 17 ust. 1c uondfp.

RKO uniewinniła Obwinioną od zarzutu popełnienia czynu polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – któremu udzielono zamówienia – z powodu rażąco niskiej ceny, tj. od zarzutu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uondfp.

GKO podziela ustalenia faktyczne i prawne RKO prezentowane odnośnie przedmiotowego zarzutu.

Rzecznik wadliwie dokonuje oceny prawnej bezspornego w tym zakresie stanu faktycznego. Wykonawca złożył bowiem wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przedkładając wskazany w wezwaniu Zamawiającego z 23 listopada 2016 roku kosztorys ofertowy. Ustawa Pzp nie przesądza za pomocą jakich dokumentów czy dowodów wykonawca ma wykazywać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie można w tym przypadku także pominąć treści wezwania Zamawiającego, który jednoznacznie wymienił przykładowo kosztorys ofertowy. Kosztorys ten – co bezsporne – został złożony przez wykonawcę w terminie. Rzecznik nie przedstawia żadnych argumentów merytorycznych, które wskazywałyby na niewiarygodność treści (cen jednostkowych) zawartych w tym kosztorysie. Rzecznik nie argumentuje, iż z kosztorysu wynika rażąco niska cena, a jedynie skupia się na aspekcie formalnym twierdząc, iż złożenie kosztorysu ofertowego nie stanowi o wykonaniu obowiązku wskazanego w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Rzecznik twierdzi, iż wykonawca nie przedstawił „dowodów potwierdzających, iż dysponuje ofertami cenowymi znanych dostawców, posiada własny sprzęt i urządzenia, dysponowanie doświadczonymi osobami i sprzętem umożliwi zastosowanie oszczędnych metod wykonania zamówienia”. Rzecznik jednak nie przywołuje żadnego przepisu, z którego wynikałby obowiązek przedkładania przez wykonawców przywołanych przez niego dokumentów. Nie jest jasne, na podstawie jakich dowodów zebranych w sprawie Rzecznik formułuje tezę, że

Sygn. akt BDF1.4800.68.2018

Zamawiający nie miał możliwości rzetelnej oceny wyjaśnień wybranego wykonawcy. Twierdzenia Rzecznika w tym zakresie są całkowicie gołosłowne.

W konsekwencji RKO prawidłowo uniewinniła w tym zakresie Obwinioną. Skoro czyn nie został popełniony bezprzedmiotowe stają się rozważania na temat wpływu naruszenia na wynik postępowania.

Wbrew stanowisku Rzecznika prezentowanym w odwołaniu uzasadnienie rozstrzygnięcia RKO jest w omawianej części wyczerpujące, zawiera zarówno ustalenie istotnych dla rozstrzygnięcia zarzutu okoliczności faktycznych (w szczególności wskazuje na treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego i wyjaśnienia Wykonawcy), jak i ocenę prawną tych okoliczności w świetle właściwie wskazanych i wyłożonych przepisów prawa kluczowych dla rozpatrzenia przedmiotowej sprawy.