

Warszawa, 12 marca 2012 r.



GŁÓWNA KOMISJA ORZEKAJĄCA

w Sprawach o Naruszenie
Dyscypliny Finansów Publicznych

BDF1/4900/10/8/12/161

ORZECZENIE

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Alfred Beszterda (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szelerski
Protokolant:		Bartosz Głuszko

rozpoznała na rozprawie w dniu 12 marca 2012 r. - przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego – odwołanie wniesione przez Obrońcę (...) – Wójta Gminy (...) w zakresie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 20 października 2011 r., nr DFP-53-10/2011.

Zaskarżonym orzeczeniem Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...) winnym umyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 27 czerwca 2008 roku wykonawcy (...) – spółka jawna, zamówienia publicznego na „Zakup pojazdu – autobusu 10-cio i więcej miejscowego, przystosowanego do przewozu osób poruszających się na wózku inwalidzkim”:

- z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z 19 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej zwanej Pzp), bowiem przedmiot zamówienia opisano za pomocą cech wskazujących na pojazd jednej marki, a więc w sposób ograniczający uczciwą konkurencję,

- z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie złożył aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w tym przepisie, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, w związku z czym wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Za przypisany czyn Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu (...) karę nagany i obciążyła go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 282,27 zł.

Główna Komisja Orzekająca - biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały - na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- art. 24 ust. 1 ustawy,

orzeka:

1. uchyla pkt 1) sentencji zaskarżonego orzeczenia;
2. uznaje Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 1c ustawy, polegające na udzieleniu wykonawcy (...) spółka jawna, zamówienia publicznego na „Zakup pojazdu - autobusu 10-cio i więcej miejscowego, przystosowanego do przewozu osób poruszających się na wózku inwalidzkim”:
 - z naruszeniem w dniu 6 czerwca 2008 r. przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z 19 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej Pzp), bowiem przedmiot zamówienia opisano za pomocą cech wskazujących na pojazd jednej marki, a więc w sposób ograniczający uczciwą konkurencję;
 - z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez udzielenie w dniu 27 czerwca 2008 r. zamówienia wykonawcy, który nie złożył aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w tym przepisie, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, w związku z czym wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
3. w pozostałym zakresie utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie I instancji.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy 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

Rzecznik dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izie Obrachunkowej we Wrocławiu w dniu 15 sierpnia 2011 roku złożył wniosek o ukaranie Obwinionego (...) Wójta Gminy (...) i uznanie odpowiedzialnym, na zasadach określonych w art. 19 ust. 2 ustawy - za umyślne naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o których mowa w:

1) art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy, polegające na udzieleniu 27 czerwca 2008 roku zamówienia publicznego na „Zakup pojazdu - autobusu 10-cio i więcej miejscowego - przystosowanego do przewozu osób poruszających się na wózku inwalidzkim”, dla którego przedmiot zamówienia

opisano za pomocą cech wskazujących na pojazd jednej marki, a więc w sposób ograniczający uczciwą konkurencję wbrew przepisowi art. 7 ust. 1 ustawy z 19 stycznia 2004 ustawy – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej Pzp.)

2) art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, polegające na udzieleniu ww. zamówienia wykonawcy (...), który nie złożył aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 5 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, w związku z czym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wymierzenie za przypisane czyny naruszenia dfp łącznej kary nagany.

W uzasadnieniu wskazano, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomił rzecznika I instancji o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w Gminie (...) w sposób opisany w części wstępnej wniosku.

Na tej podstawie rzecznik wszczął w dniu 6.06.2011 postępowanie wyjaśniające wobec Obwinionego (...) Wójta Gminy (...). Wnosząc o ukaranie za naruszenie dfp opisane w części wstępnej wniosku, rzecznik nie uwzględnił wyjaśnień złożonych w postępowaniu wyjaśniającym.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne zobowiązany jest przestrzegać ww. zasad. Szczególne znaczenie ma to na etapie przygotowania postępowania, kiedy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia. Na tym bowiem etapie może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie podzielił argumentacji, jakoby zamiarem Zamawiającego - Gminy (...) nie było wskazanie pojazdu jednej marki i w konsekwencji ograniczenie uczciwej konkurencji, poprzez zapisy w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczące parametrów pojazdu. Jak wykazała kontrola przeprowadzona przez Urząd Zamówień Publicznych i opinia powołanego w tej sprawie rzeczoznawcy, Zamawiający określił parametry techniczne pojazdu w sposób wskazujący na jedną markę - „Mercedes - Benz Sprinter”. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający tak ustalił parametry pojazdu, aby wyeliminować zaoferowanie pojazdów innych producentów. Potwierdził to w swojej opinii rzeczoznawca. Sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, wskazujący takie jego elementy jak pojemność oraz moc silnika, a przede wszystkim rodzaj lakieru - był właściwy wyłącznie samochodom marki Mercedes Benz Sprinter. O tym, iż wymagania Zamawiającego dotyczące koloru lakieru czy pojemności i mocy silnika miały wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia świadczyły pytania zadawane przez wykonawców. Ostatecznie w postępowaniu została złożona jedna oferta wykonawcy (...) Sp. j. obejmująca dostawę właśnie pojazdu marki Mercedes - Benz Sprinter 515 CDI Furgon.

Odnosnie pkt 2 wniosku o ukaranie rzecznik uznał, iż Zamawiający miał obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcę firmę (...) Sp.j. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym w przypadku niezłożenia przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Jak wynika z kontroli przeprowadzonej przez UZP Zamawiający wezwał wykonawcę firmę (...) Sp. j. do przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dla współników spółki jawnej, tj. dla (...).

Informacji tej Wykonawca nie złożył. Zamiast wymaganego dokumentu firma (...) Sp. j. złożyła dwie informacje z Krajowego Rejestru Karnego o podmiocie zbiorowym w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp wystawione dla (...) Sp. j. W tym stanie nie można było uznać dokonanego przez Wykonawcę uzupełnienia za mieszczące się w granicach żądania o dokonanie uzupełnienia oferty, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazał Wykonawcy dokumenty, o które miał on uzupełnić swoją ofertę. Nie można więc uznać wyjaśnienia (...), jakoby Komisja Przetargowa sprawdzając ofertę przetargową, a następnie wzywając do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, była pewna, iż dokument uzupełniony przez Wykonawcę był tym właściwym dokumentem.

Rzecznik zwrócił również uwagę, że przepis art. 18 Pzp zakłada przyznanie kompetencji kierownikowi zamawiającego do dokonywania wszelkich czynności w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania. Komisja jako zespół pomocniczy kierownika zamawiającego przedkłada mu jedynie propozycje podjęcia określonych czynności, np.: wykluczenia z postępowania, odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast faktycznie decyzje w tym zakresie podejmuje kierownik.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu (zwana dalej RKO) rozpoznała wniosek o ukaranie na rozprawie w dniu 20 października 2011 r. W uzasadnieniu wydanego orzeczenia RKO wyjaśniła, że w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy ustalono następujący stan faktyczny.

W dniu 6 czerwca 2008 roku Zamawiający - Gmina (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę autobusu przystosowanego do przewozu osób niepełnosprawnych. Wartość szacunkową zamówienia określono na 205.000 zł, co stanowi równowartość 52.874,57 euro.

Zamawiający w części VI SIWZ „Dokumenty i oświadczenia, jakie muszą dostarczyć wykonawcy” na potwierdzenie spełnienia warunku niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wymagał przedłożenia aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Oferta złożona przez wykonawcę (...) - spółka jawna nie zawierała takiej informacji, w związku z czym w dniu 17 czerwca 2008 r. zamawiający wezwał tego wykonawcę (w trybie art. 26 ust. 3 Pzp) do uzupełnienia oferty o ww. dokumenty. Do określonego przez zamawiającego terminu wykonawca złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego o podmiocie zbiorowym w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, wystawione dla wykonawcy (...) Sp.j.

Zamawiający wyraźnie żądał uzupełnienia oferty o informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dla wspólników spółki jawnej, tj. (...). Wykonawca uzupełnił natomiast ofertę jedynie o informację z KRK wystawioną dla podmiotu zbiorowego. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w przypadku niezłożenia przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy, wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W części III SIWZ, w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że pojazd ma spełniać określone wymagania, w tym ma posiadać kolor lakieru „srebrny brylantowy metalik”. W związku z powstałymi wątpliwościami co do poprawności dokonania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, składający zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do rzeczoznawcy z prośbą o stosowną opinię. W sporządzonej opinii rzeczoznawca stwierdził, że

nazwa „srebrny brylantowy metalik” jest stosowana tylko do pojazdów Mercedes-Benz Sprinter. Ponadto - jedyną marką samochodu, na którego bazie możliwe było przystosowanie go do potrzeb zamawiającego, zwłaszcza pod względem pojemności (wersja 19 osobowa, tj. 18+1) i koloru był Mercedes-Benz Sprinter. Jednocześnie biegły stwierdził, iż pozostałe marki pojazdów służących do zabudowy nie mogły potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu także z uwagi na odbiegające od wymaganych parametry mocy lub pojemności silnika. I tak, samochód Volkswagen Crafter 35 Tdi ma moc 163 kW - spełniającą wymagania, ale pojemność 2459 ccm, która wymagań nie spełnia. Z kolei IVECO Daily 35-14 ma pojemność 2287 ccm - spełniającą wymagania, ale moc 116 kW, która parametrów nie spełnia.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 Pzp, stanowiącego realizację (wyrażonej w art. 7 ust. 1) zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem i doktryną, z naruszeniem tej zasady przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia nie tylko w sytuacji bezpośredniego wskazania przez zamawiającego danych znaków towarowych, czy oznaczeń. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi również wtedy, kiedy w sposób pośredni wskazane w SIWZ parametry prowadzą do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego.

W toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania dwóch wykonawców zadało pytania odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia:

- „czy zamawiający dopuści do przetargu autobusy z silnikiem spełniającym normę EUR04 o pojemności 2998 cm³,

- „skoro otwarcie ofert jest planowane na 16 czerwca 2008 r., a przetarg jest prowadzony w oparciu o Pzp to uprawomocnienie, a tym samym podpisanie umowy będzie możliwe najszybciej po 7 dniach od rozstrzygnięcia, czyli około 24 czerwca 2008 r. to na wykonanie autobusu pozostanie ok 3 dni. W związku z tym, że cykl produkcji autobusu wynosi ok. 4 tygodni zwracam się z zapytaniem czy Zamawiający dopuszcza przesunięcie terminu wykonania autobusu na 31 lipca 2008 r. ”,

- „czy oferta może obejmować dostarczenie pojazdu w kolorze białym ”.

W pismach z 9 i 10 czerwca 2008 r., podpisanych przez Wójta Gminy – (...), na każde z tych pytań odpowiedziano negatywnie, nie aprobując zmian treści SIWZ.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęła do zamawiającego jedna oferta wykonawcy (...) Sp.j. obejmująca dostawę pojazdu, którym był samochód marki Mercedes-Benz Sprinter 515 CDI Furgon. Umowę nr 95/08 z wykonawcą na dostawę ww. pojazdu zawarto 27 czerwca 2008 r. i podpisał ją w imieniu zamawiającego Wójt Gminy – (...).

W trakcie prowadzonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych postępowania wyjaśniającego Obwiniony złożył wyjaśnienia, w których stwierdził m.in. że dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zasięgnął informacji od lokalnych przewoźników i w ten sposób sprecyzował zapisy SIWZ w tym zakresie. Zamiarem nie było wskazanie jednej marki, której zresztą w opisie nie wskazano, nie opisano również przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, więc był przekonany, że nie narusza art. 7 ust. 1 Pzp. Odnośnie do dokumentów składanych przez wykonawcę komisja przetargowa była przekonana, że złożony przez niego dokument jest tym właściwym. Natomiast Obwiniony jako kierownik zamawiającego był przekonany, iż komisja sprawdzając ofertę działała z należytą starannością tak, aby postępowanie było przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Rzecznik uznał także, iż Zamawiający miał obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) Sp.j. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym w przypadku niezłożenia przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia o spełnieniu warunków

udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Jak wynika z kontroli przeprowadzonej przez UZP, Zamawiający wezwał wykonawcę firmę (...) Sp.j. do przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, tj. dla każdego ze współników spółki jawnej, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert. Informacji tej Wykonawca nie złożył.

Na rozprawę w dniu 20 października 2011 r. Obwiniony stawiał się osobiście wraz z obrońcą.

Obrońca stwierdził m.in., że w czasie popełnienia zarzucanych czynów Obwiniony był wójtem z małym stażem i nie miał wówczas wiedzy tak rozległej, która by mu pozwalała panować nad wszystkim. Mając tę świadomość, celem uniknięcia błędów powołał komisję przetargową. Zwrócił też uwagę, że ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazuje, że odpowiedzialność za winę umyślną może mieć tylko miejsce w sytuacji wtedy, kiedy udowodni się tą winę umyślną. Tymczasem wszelkie czynności w zakresie konstruowania specyfikacji i ustalania szczegółów wykonywane były na etapie wcześniejszym przez poszczególnych członków komisji. Natomiast skala ewentualnych naruszeń, które i tak nie były znane Obwinionemu w momencie podejmowania decyzji, nie była istotna. Obrońca wnioskował również o dołączenie do akt sprawy nowego dowodu w postaci umowy zawartej z PFRON, który przeznaczył środki na zakup tego samochodu. Stwierdził ponadto, iż nie można czynić zarzutu wójtowi z tego powodu, że starał się o ten samochód, a środki udzielone były w postaci dotacji i termin ich wydatkowania był ściśle określony. W wyniku przedłużenia się tej procedury, na wniosek wójta wyrażono zgodę na przedłużenie terminu wydatkowania, ustalono go na koniec czerwca. Tymczasem przetarg rozstrzygnął się 27 czerwca.

Zdaniem obrońcy, można założyć, że osoby powołane do komisji przetargowej, być może miały świadomość (odnośnie do drugiego zarzutu), że nie powinny przyjmować tego oświadczenia o niekaralności, ale to by nie wieńczyło całego postępowania i wówczas przepadłyby całe środki. Tego nikt nie wyjaśniał, a jest to bardzo ważna okoliczność. Jest bezsporne, że w tych warunkach członkowie komisji zapewne działali pod presją i nikt w tej sytuacji pewnie nie byłby w stanie wójtowi później wytłumaczyć, dlaczego te środki przepadły.

Obwiniony zwrócił z kolei uwagę, że w odniesieniu do wyboru koloru, to zamawiający ma prawo kupić to co chce, może kupić samochód: biały, różowy, czerwony, czy srebrny. Tak samo jak ma prawo żądać, żeby elewacja budynku była biała, czy czerwona. zamiarem zamawiającego było zakupić samochód metalizowany, bo jest lepszy w utrzymaniu. Na samochodach, które są pokryte białą farbą szybciej widać korozję. W czasie organizowania przetargu nie było takiej wiedzy, że srebrny kolor będzie definitywnie sugerował, że to jest tylko i wyłącznie Mercedes Benz.

RKO w pierwszej instancji, po analizie materiału dowodowego stwierdziła, co następuje.

Fakt popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy jest należycie udokumentowany.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały dodatkowego znaczenia, gdyż stosowane są nie tylko do wykonawców krajowych, ale także zapewniają przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektyw oraz przepisów traktatowych. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i

prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. I tak, ustawa w art. 29 ust. 2 Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego.

Materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że określone przez zamawiającego warunki techniczne, jakie miał spełniać zamawiany pojazd, naruszały zasady uczciwej konkurencji. Jediną bowiem marką samochodu, na którego bazie możliwe było przystosowanie go do potrzeb zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza pod względem pojemności (wersja 19 osobowa, tj. 18+1) i koloru był Mercedes-Benz Sprinter.

Według RKO nie budzi również wątpliwości fakt udzielenia zamówienia podmiotowi, który podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia przypisanych Obwinionemu czynów). W trakcie postępowania zamawiający wyraźnie żądał uzupełnienia oferty o informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp tzn. oddzielnie dla każdego z trzech wspólników spółki jawnej. Wykonawca uzupełnił natomiast ofertę jedynie o informację z KRK wystawioną dla podmiotu zbiorowego, a zatem powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Umowę nr 95/08 na dostawę autobusu podpisał 27 czerwca 2008 r. Obwiniony.

W ocenie RKO, Obwiniony umyślnie dopuścił się przypisanych mu czynów. To on bowiem zatwierdzał specyfikację istotnych warunków zamówienia, w tym warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia. To on także podpisywał pisma, w których udzielano odpowiedzi na zapytania wykonawców, w tym pismo z 10 czerwca 2008 r., w którym wyraźnie wskazano iż „*Zamawiający podtrzymuje zapis w SIWZ - kolor lakieru pojazdu - srebrny brylantowy metalik (...)*”. Miał więc pełną świadomość podejmowanych decyzji w tym zakresie. To Obwiniony podpisywał również wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 17 czerwca 2008 r., w którym precyzyjnie określono, jakie dokumenty powinien przedłożyć wykonawca oraz jakie sankcje grożą za ich niezłożenie we wskazanym terminie. Tak więc, dokładając należytej staranności, przed podpisaniem umowy w sprawie udzielenia zamówienia powinien był sprawdzić, czy wykonawca spełnił wymagania zamawiającego w tym zakresie. Nie czyniąc tego godził się z tym, że naruszy dyscyplinę finansów publicznych.

RKO nie podzieliła stanowiska zaprezentowanego przez obrońcę Obwinionego na rozprawie (w I instancji), że skala stwierdzonych naruszeń nie była istotna. Zarówno bowiem dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów wskazujących na pojazd jednej marki, a więc w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, jak również udzielenie zamówienia podmiotowi podlegającemu obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania - w sposób rażąco narusza przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, godząc w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Biorąc powyższe pod uwagę, RKO orzekła jak przytoczono na wstępie.

Od orzeczenia tego – w imieniu Obwinionego odwołał się jego obrońca.

Na podstawie art. 138 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. 2005 r. Nr 14 poz. 114 ze zm.) wniósł

na korzyść Obwinionego odwołanie od orzeczenia z dnia 20 października 2011 roku w sprawie o sygn. akt DFP-53-10/2011 wydanej przez RKO, doręczonego pełnomocnikowi Odwołującego się w dniu 22 listopada 2011 roku.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. błędną ocenę stanu faktycznego poprzez przyjęcie, iż wskutek dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności zaś określenia koloru, Zamawiający ograniczył konkurencję gdyż oczekiwany kolor właściwy był jedynej obecnej na rynku marce, podczas gdy kolor tego rodzaju występował również u innych marek pojazdów;
2. pominięcie przepisu art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) umożliwiającego uwzględnienie okoliczności łagodzących w sprawie, podczas gdy okoliczności takie miały miejsce;
3. pominięcie art. 35 ustawy wskutek błędnego przyjęcia, iż Obwiniony, popełniając zarzucany mu czyn, działał w warunkach umyślności, podczas gdy w analizowanej sprawie nie można przypisać mu winy.

Mając na uwadze powyższe uchybienia, na podstawie art. 147 § 1 pkt 2 ustawy wniesiono o:

- 1) uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie Obwinionego względnie
- 2) uchylenie zaskarżonego orzeczenia i orzeczenie, iż naruszenie dyscypliny finansów publicznych popełnione zostało nieumyślnie, a jego stopień szkodliwości nie był znaczny, wobec powyższego na podstawie art. 35 ustawy w stosunku do Obwinionego należało zastosować karę upomnienia.

Obrońca wskazał, iż orzeczeniem z dnia 20 października 2011 r. RKO na podstawie art. 135 ust. 1 w zw. z art. 51 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uznała Wójta (...) za winnego umyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych i wymierzyła mu karę nagany. W uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia organ I instancji wskazał, iż Odwołujący się naruszył zasady uczciwej konkurencji, o czym stanowi art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia cech wskazujących na pojazd jednej marki, tj. Mercedes-Benz Sprinter. W dalszej kolejności RKO zarzuciła Odwołującemu się naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy, który nie przedłożył aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego członków spółki jawnej. Opisując stan faktyczny, RKO oparła się na ustaleniach poczynionych m.in. przez biegłego rzeczoznawcę w opinii przyjętej jako własna przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wystąpieniu z dnia 1 kwietnia 2011 r. Badając natomiast odpowiedzialność Obwinionego, RKO przyjęła jako okoliczność bezsporną winę Obwinionego, co skutkowało wymierzeniem kary nagany, a dodatkowo obciążeniem kosztami postępowania uznając, iż rodzaj i zakres naruszenia miały charakter istotny. Dokonując analizy rozstrzygnięcia Komisji, poddać należy w wątpliwość ustalony przez nią stan faktyczny. Zarzut ów dotyczy przyjęcia *a priori* założenia (przedstawionego przez biegłego), iż określone w specyfikacji kryteria miały charakter indywidualny, wobec braku innych pojazdów o takich parametrach. Wnioski takie biegły sformułował zarówno w odniesieniu do koloru pojazdu, jak i innych parametrów, np. mocy silnika, pojemności oraz możliwości przystosowania pojazdu do potrzeb zamawiającego (wersja 19 osobowa, tj. 18+1). Ta bowiem okoliczność, w ocenie biegłego, spowodowała, iż doszło do naruszenia zasady konkurencyjności wskutek ograniczenia kręgu potencjalnych dostawców. Z zarzutem takim zgodzić się nie można.

Odwołujący zauważył, iż wbrew twierdzeniom rzeczoznawcy sporządzającego opinię w przedmiotowej sprawie nie jest prawdą, iż nazwa „srebrny brylantowy metalik” jest stosowana tylko do pojazdów Mercedes-Benz Sprinter. Już pobieżna analiza ofert samochodów zamieszczonych w internecie wskazuje, iż identyczny kolor posiadają inne marki pojazdów. Podobne zarzuty można podnieść wobec argumentacji biegłego w zakresie

rozważań dotyczących pojemności samochodu jak też możliwości przystosowania do potrzeb zamawiającego (wersja 19 osobowa, tj. 18+1). Zamawiający ma bowiem swobodę w określaniu preferencji związanych z konkretnym zapotrzebowaniem. Z tego punktu widzenia liczba miejsc jest ważnym kryterium, a przy tym bezwzględnie obiektywnym. Trudno czynić zarzut zamawiającemu z powodu podjęcia decyzji o wyborze pojazdu z większą liczbą miejsc. Z punktu widzenia gospodarności decyzja taka wydaje się być w pełni racjonalna i uzasadniona.

Odwołujący podniósł, iż, sporządzając opinię, biegły dokonał analizy ofert wykonawców bezpośrednio zainteresowanych spornym przetargiem, czego wyrazem były złożone zapytania. Nie dokonał jednak szerszej analizy rynku, przy uwzględnieniu stanu faktycznego aktualnego na dzień poprzedzający otwarcie ofert. Nie zbadał także rynku samochodowego Unii Europejskiej, co już z tego powodu czyni zarzuty nierzetelności w pełni uzasadnionymi.

Również sporo zastrzeżeń budzi, zdaniem strony odwołującej, sposób ustalenia przez RKO winy. W ocenie RKO Obwiniony umyślnie dopuścił się zarzucanych mu czynów. To on bowiem zatwierdził SIWZ, w tym warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia. To on także podpisywał pisma, w których udzielano odpowiedzi na zapytania wykonawców. Miał więc pełną świadomość decyzji podejmowanych w tym zakresie. Powyższe uzasadnienie w żaden sposób nie wyjaśnia, na czym opiera się założenie popełnienia przez zamawiającego czynu mu zarzucanego umyślnie. Jest raczej opisem stanu faktycznego. Nie uwzględnia przy tym okoliczności towarzyszących przeprowadzanemu postępowaniu. Odwołujący dostrzega w tym miejscu, iż RKO nie ustosunkowała się nawet w najmniejszym stopniu do okoliczności uzasadniających nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpienie od jej wymierzania, o którym mowa w art. 36 ustawy. Do takich bowiem bez wątpienia należy zaliczyć to, że czyn opisany w zarzucie miał miejsce kilka miesięcy po objęciu funkcji wójta przez Obwinionego, co może wskazywać, iż ten nie posiadał dostatecznego doświadczenia, by ocenić zagrożenia płynące ewentualnie z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego nie można było mu postawić zarzutu nawet zamiaru ewentualnego, którego istota polega na tym, że sprawca przewidując możliwość popełnienia czynu godzi się na to. Dodatkową okolicznością zupełnie pominiętą przez RKO jest to, że środki przeznaczone na realizację zamówienia pochodziły z dotacji, która podlegała zwrotowi w przypadku niewykorzystania jej do końca czerwca, podczas gdy przetarg rozstrzygnięty został w dniu 27 czerwca. Nie bez znaczenia z punktu widzenia art. 36 ustawy jest przedmiot zamówienia. Był nim samochód-bus przeznaczony na potrzeby dowozu do szkół dzieci niepełnosprawnych. W kontekście powyższych okoliczności jako uzasadniona wydaje się konieczność oceny zastosowania w tych warunkach nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec zaistnienia przesłanki z art. 35 ustawy. Być może groźba zwrotu dotacji wskutek nierozstrzygnięcia przetargu (spowodowana np. brakiem stosownego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego) zdecydowała o przyjęciu przez komisję wadliwego oświadczenia. Jedyne te osoby mogły posiadać wiedzę o tym, że dokument ów nie spełniał warunków opisanych w SIWZ.

Obwiniony nie wie, jakimi kryteriami kierowała się komisja uznając, że skala stwierdzonych naruszeń miała charakter istotny. W zakresie tym bowiem uzasadnienie nie zawierało żadnej argumentacji. Trudno przecież - w ocenie odwołującego się - uznać za takowe przedłożenie wadliwego zaświadczenia z KRRK podczas gdy konieczności przedłożenia tego dokumentu nie wymuszały żadne przepisy, a jedynie przezorność zamawiającego, czego dowodem było umieszczenie takiego warunku w specyfikacji.

Zdaniem strony skarżącej, zaskarżone rozstrzygnięcie nie odpowiada wymaganiom stawianym przepisami prawa zwłaszcza w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego, zaś brak odniesienia się do szeregu okoliczności uzasadniających zastosowanie w przedmiotowej sprawie art. 35 i 36 ustawy wymaga ponownej analizy w tym zakresie, zaś ich

uwzględnienie obliguje do weryfikacji rozstrzygnięcia w kierunku wskazanym w zarzutach niniejszego odwołania.

Główna Komisja Orzekająca (dalej zwana GKO) rozpoznała wniesione odwołanie na rozprawie w dniu 12 marca 2012 r. z udziałem Obwinionego i Jego obrońcy.

Obrońca Obwinionego podtrzymał wniesione odwołanie.

Podtrzymał zarzuty, iż:

- błędna jest ocena I instancji, że Obwiniony ograniczył konkurencję przez określenie koloru „busa” i że kolor taki miał być właściwy tylko dla jednej marki pojazdów;
- pominięcie art. 36 ust. 1 ustawy dot. okoliczności łagodzących, gdy miały one miejsce;
- pominięto art. 35 ustawy wskutek przyjęcia, że Obwiniony działał z winy umyślnej.

Obrońca w czasie rozprawy podtrzymał wniosek o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie Obwinionego, względnie orzeczenie, iż popełniono czyn nieumyślny, a szkodliwości tego czynu nie była znaczna i w związku z tym należy orzec karę upomnienia.

Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o utrzymanie w mocy orzeczenia o ukaraniu karą nagany.

W dniu 11 lutego 2012 r. weszła w życie ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U z 2011 r. Nr 240, poz. 1429). GKO – zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy – zobowiązana była rozważyć, czy ustawa obowiązująca przed wejściem w życie tej nowelizacji była „względniejsza” dla sprawcy w niniejszym postępowaniu. GKO – mając na względzie zwłaszcza uchylenie art. 22 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – uznała, że „stara ustawa” nie jest względniejsza, zatem rozpoznawane odwołanie rozpatrywać będzie w myśl nowej regulacji (24 ust. 1 ustawy).

Odnosząc się do odwołania GKO uznała, co następuje.

W postępowaniu nie znajduje potwierdzenia zarzut obrony, iż błędna jest ocena komisji I instancji dotycząca ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wniosek o ukaranie poparty opinią Nr ETM-340/09 U 2 z dnia 22 grudnia 2009 r. certyfikowanego rzeczoznawcy działającego na zlecenie Urzędu Zamówień Publicznych jednoznacznie stwierdza, że jedyną marką samochodu, na bazie którego możliwe było przystosowanie go do potrzeb zwłaszcza pod względem pojemności (wersja 19-osobowa) i koloru (srebrny brylantowy metalik) był Mercedes-Benz Sprinter zaś samochód marki Volkswagen Crafter 35 TDI 163 KM, ze względu na pojemność silnika 2459 ccm nie spełnia wymogów SIWZ, a samochód marki Iveco Daily 35-14 (pojemność silnika 2287 ccm) nie spełnia parametru mocy silnika. Rozważając, zgłoszony w czasie rozprawy w II instancji wniosek dot. ponownego zasięgnięcia opinii rzeczoznawcy w kwestii ograniczenia konkurencji wskutek wskazania w SIWZ koloru, który znamionował konkretną markę samochodu nie został przez GKO uwzględniony. Oskarżyciel w II instancji wskazał, że wniosek taki przedłużyłby postępowanie. GKO podzieliła tę opinię Rzecznika. GKO wzięła także pod uwagę, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przedkładający wyżej wymienioną opinię, dysponuje znacznym doświadczeniem w tego rodzaju sprawach. Wskazówką dodatkową jest zaś przepis art. 86 ust. 2 ustawy w myśl którego Prezes UZP wydaje opinie na potrzeby organów prowadzących postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sprawach dotyczących przepisów o zamówieniach

publicznych. Omawiana wyżej opinia w niniejszej sprawie stanowi merytoryczne stanowisko UZP.

W świetle wymienionych wyżej faktów czyn popełniony przez Obwinionego wyczerpuje znamiona określone w nowej ustawie w art. 17 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust 1 Pzp. Zamówienia udzielono w dniu 27 czerwca 2008 r.

Czyn polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenta, który nie spełnił wymogu złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w SIWZ na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 5 Pzp, w związku czym wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamówienia udzielono w dniu 27 czerwca 2008 r. Czyn ten stanowi obecnie naruszenie art. 17 ust. 1 c znowelizowanej ustawy, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. W czasie popełnienia naruszenia obowiązujący przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy polegał na udzieleniu zamówienia publicznego z innym, niż wymienione w pkt 1-3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. GKO uznała, że, jakkolwiek znamiona tych czynów są inaczej opisane i w czasie popełnienia naruszenia momentem jego popełnienia było działanie polegające na udzieleniu zamówienia, to fakt, że ustawodawca w czasie orzekania wiąże zaistnienie tego naruszenia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych pod warunkiem, że doszło do udzielenia zamówienia publicznego pozwala na przyjęcie, że zachowanie sprawcy wypełniało znamiona zarówno naruszenia opisanego wg stanu prawnego w dniu popełnienia naruszenia jak i w dniu orzekania. Istotne dla możliwości przypisania odpowiedzialności jest także to, że znamiona obu naruszeń zostały wypełnione przez zachowanie tej samej osoby, tj. Obwinionego. Podobne uwagi mają zastosowanie do naruszenia określonego w dniu jego popełnienia w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy a w czasie orzekania w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Uchylenie art. 22 ustawy zmienia ocenę zawinienia. Ustawodawca uzupełnił treść art. 19 ust. 2 ustawy o zdanie: „Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych”. GKO, rozważając sprawę uznała, że należy Obwinionemu w niniejszej sprawie przypisać odpowiedzialność za zarzucone mu czyny, gdyż naruszeń tych można było uniknąć przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością. Podniesiony przez obrońcę Obwinionego argument odnoszący się do nikłego w 2008 r. praktycznego doświadczenia Obwinionego w prowadzeniu postępowań o zamówienie publiczne nie został podzielony przez GKO z uwagi na jednoznaczne brzmienie art. 23 ust. 1 ustawy. W czasie tym bez trudu możliwe było korzystanie nie tylko z tekstów aktów prawnych, ale również z komentarzy i poradników dotyczących tej problematyki lub zasięgnięcie rady w RIO. Brak merytorycznego przygotowania nie może być uznany jako okoliczność powodująca zwolnienie się z odpowiedzialności;

GKO nie podzieliła też argumentów obrońcy co do działania Obwinionego pod presją czasu i zagrożenia „przypadkiem” dofinansowania zakupu ze środków PFRON. Dokumentacja zebrana w sprawie dowodzi, że Obwiniony wiedział od momentu zawarcia umowy o dofinansowanie (22.12.2007), że Gmina zobowiązana jest rozliczyć się z wykorzystania tych środków do 31 marca 2008 r. W dniu 17 marca Obwiniony zawarł aneks do owej umowy przedłużający ten termin do dnia 30 czerwca 2008 r. Obwiniony przyznał na rozprawie przed GKO, że w I kwartale 2008 r. w Urzędzie Gminy nie uczyniono nic, aby spożytkować te dotacje. Przetarg na zakup samochodu ogłoszono

dopiero w dniu 6 czerwca 2008 r., a umowę podpisano 27 czerwca 2008 r. Jeśli więc Obwiniony odczuwał presję czasu, to była ona spowodowana przez wcześniejszą beczynność Urzędu, za co ponosi odpowiedzialność.

GKO rozważyła także wniosek obrońcy Obwinionego co do uwzględnienia okoliczności łagodzących lub ewentualnego odstąpienia od wymierzenia kary (art. 36 ust. 1 i 2 ustawy). GKO nie dopatrzyła się w sprawie ani szczególnych właściwości, czy warunków osobistych sprawcy, ani działania w szczególnych warunkach, zasługujących na uwzględnienie.

Obrońca Obwinionego wniósł o stwierdzenie, że szkodliwość czynów przypisanych Obwinionemu nie była znaczna i na tym oparł wniosek dotyczący złagodzenia orzeczonej kary. GKO uznała, że czyny zagrożone karą w art. 17 ustawy cechuje znaczna szkodliwość dla ładu finansów publicznych. Kontestowanie, lekceważenie i próby obchodzenia przepisów regulujących wydatkowanie środków finansowych w jednostkach gospodarujących publicznymi środkami jest zjawiskiem nazbyt częstym w praktyce działania publicznego. Przywracanie ładu prawnego w tej mierze musi polegać także na stosowaniu systemu odpowiedzialności za popełniane w tej mierze delikty. GKO uznała więc, że względy społecznego oddziaływania przemawiają za utrzymaniem w mocy kary wymierzonej w I instancji.

Biorąc powyższe pod uwagę, GKO orzekła jak w sentencji.