

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Sygn. akt BDF1.4800.113.2024

Warszawa, 24 lutego 2025 r.

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

Przewodniczący:	Z-ca Przewodniczącego GKO:	Piotr Nagraba (spr.)
Członkowie:	Członek GKO:	Marta Zaremba
	Członek GKO:	Katarzyna Łyszczarz
Protokolant:		Anna Jedlińska

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

po rozpoznaniu na rozprawie 24 lutego 2025 r. odwołania wniesionego przez obrońcę w imieniu Obwinionego (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej z 16 października 2024 r., sygn. akt: BM-ZKR.361.1.57.2023, w części dotyczącej Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Komendanta (...), w której uznano Obwinionego odpowiedzialnym naruszenia w dniu 20 stycznia 2020 r. dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹ polegającego na niezgodnym z nw. przepisami

¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 104.) – zwana dalej uondfp

o zamówieniach publicznych, opisanu przedmiotu zamówienia publicznego, pn. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz przede wszystkim z zaniechaniem użycia przewidzianego wprost przez ustawę sformułowania „lub równoważny”, a więc w sposób niezgodny obecnie z art. 16 pkt 1 i art. 99 ust. 4-6 (zwłaszcza ust. 5) ustawy - Prawo zamówień publicznych²

oraz wymierzyła Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 6246,13 zł i obciążyła obowiązkiem uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 624,61 zł

orzeka

- 1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp uchyla zaskarżone orzeczenie w części dotyczącej Obwinionego (...) w zakresie dotyczącym wymierzonej kary i na podstawie art. 36 ust. 1 i 2 pkt 2 uondfp odstępuje od wymierzenia kary;**
- 2) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp w pozostałym zaskarżonym zakresie dotyczącym Obwinionego (...) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 16 października 2024 r. (sygn. BM-ZKR.361.1.57.2023) Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej (dalej „Komisja I instancji”) uznała Pana (...) (dalej Obwiniony), w czasie zarzucanego naruszenia pełniącego funkcję Komendanta (...)

²) Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270, z późn. zm.) – zwana dalej Pzp

(dalej: (...)) oraz Pana (...), w czasie zarzucanego naruszenia pełniącego funkcję członka komisji przetargowej w (...), winnymi naruszenia w dniu 20 stycznia 2020 r. dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych, opisanu przedmiotu zamówienia publicznego pn. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego³ przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz przede wszystkim z zaniechaniem użycia przewidzianego wprost przez ustawę sformułowania „lub równoważny”, a więc w sposób niezgodny obecnie z art. 16 pkt 1 i art. 99 ust. 4-6 Pzp⁴. Ponadto Komisja I instancji, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 3 uondfp wymierzyła Obwinionemu karę pieniężną w kwocie 6 246,13 zł oraz zobowiązała go do zwrotu na rzecz Skarbu Państwa zryczałtowanych kosztów postępowania w kwocie 624,61 zł. Analogiczne orzeczenie zarówno co do przypisania winy, jak również wymierzonej kary i obowiązku zwrotu na rzecz Skarbu Państwa zryczałtowanych kosztów postępowania zapadło w części dotyczącej Pana (...), jednak ze względu na fakt, że zakres odwołania obejmuje jedynie Obwinionego, dalszy referat stanu faktycznego sprawy będzie dotyczył jedynie jego osoby.

Rozpatrzenie sprawy przez Komisję I instancji nastąpiło na podstawie wniosku o ukaranie z dnia 26 czerwca 2023 r. wniesionego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpatrywanych przez tę Komisję (dalej Rzecznik, Zastępca Rzecznika), w związku z zawiadomieniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 lutego 2023 r. (wpływ w dniu 27 lutego 2023 r.) o sygn. (...).

W ocenie Rzecznika naruszenie nastąpiło z dniem ostatecznego ustalenia opisu przedmiotu zamówienia, tj. zatwierdzenia przez Obwinionego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru

³ gdzie umowa w sprawie zamówienia publicznego w zakresie części 1 i 2 zamówienia została zawarta w dniu 2 kwietnia 2020 r., a ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 20 stycznia 2020 r. (stąd data naruszenia) pod nr (...). Umowę zawarto z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym (...), z ceną brutto: 8.871.379,92 zł, termin realizacji: 10 000 par do 30.06.2020 r., 13 117 par do 30.09.2020 r., okres gwarancji 76 m-cy.

⁴ obecnie - Dz. U. z 2024 r. poz. 1320

białego i jej zamieszczenia na stronie internetowej oraz opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czyli w dniu 20 stycznia 2020 r. Opisuując okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych zarzucane Obwinionemu Rzecznik wskazał, że w sekcji III pkt 5, 6 i 8 SIWZ zawarto zapis:

„5. Przedmioty zamówienia muszą spełniać wymagania określone w Wojskowych Dokumentacjach Techniczno-Technologicznych (WDTT) stanowiących załączniki do SIWZ:

- nr (...)(zadania nr 1 i 2);
- nr (...)(zadania nr 3) wraz z Przedmiotowymi Warunkami Technicznymi (PWT).

6. Wymagania techniczno-technologiczne są integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia.

8. Wykonawca dostarczy przedmioty zamówienia wyprodukowane według wymagań określonych w wyżej wymienionych WDTT, stanowiących załączniki nr 5A i 5B do SIWZ.

W treści Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej „Trzewiki zimowe Wzór (...)” stanowiącej załącznik nr 5A do SIWZ wskazano co następuje:

- 1) Pkt 3.1, tablica 1, lp. 19, 20: Nazwa materiału: Włóknina typu „(...)”; wymagania: 65% polipropylen + 35% poliester, 210g/m²±5%;
- 2) Pkt 3.1, tablica 1, lp. 21: Nazwa materiału: Włóknina typu „(...)”; wymagania: 65% polipropylen + 35% poliester, 420g/m²±5%;
- 3) Pkt 3.1, tablica 1, lp. 36: Nazwa materiału: Guma olejoodporna, antyelektrostatyczna typu „(...)” w kolorze czarnym; wymagania: wg tablicy 4 oraz wzoru.”

Rzecznik wskazał, że zamawiający w treści SIWZ opisał przedmiot zamówienia wskazując znaki towarowe przynależne określonym przedsiębiorcom. Na podstawie informacji zamieszczonych na stronie Urzędu Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej⁵, z uwzględnieniem zawartej w art. 120 ust. 1 ustawy - Prawo własności przemysłowej⁶

⁵<https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002984334>;

<https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002673358>

⁶ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2021 r. poz. 324) – zwana dalej upwp

definicji znaku towarowego, stwierdził, iż zarówno marka „(...)”, jak również „(...)” stanowią znaki towarowe w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych⁷ zastrzeżone na rzecz odpowiednio „(...)” oraz „(...)”. W konsekwencji należy uznać, że zatwierdzając SIWZ Obwiniony naruszył przepis art. 29 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp z 2004 r. poprzez opisanie zamówienia przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz z zaniechaniem użycia sformułowania „lub równoważny”. Dodatkowo Rzecznik wskazał, że zastrzeżenia wniesione przez zamawiającego na podstawie art. 610 ust. 1 Pzp od wyniku kontroli doraźnej, których Prezes Urzędu nie uwzględnił w toku przywołanej wcześniej kontroli, Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 2 lutego 2023 r., (sygn. KIO/KD 1/23) uznała za nie zasługujące na uwzględnienie.

Na rozprawie w dniu 16 października 2024 r. Komisja I instancji, mając na uwadze fakt, że:

- do naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez niedanie posłuchu właściwym przepisom o zamówieniach publicznych, doszło w dniu 20 stycznia 2020 r., a więc pod rządami Pzp z 2004 r.,
- w dacie rozpatrywania sprawy kwestię udzielania zamówień publicznych regulowała już Pzp, oraz
- mając na względzie treść art. 24 ust. 1 uondfp,

dokonała analizy, które przepisy ustawy mają w niniejszej sprawie zastosowanie. Zgodnie ze wskazaną normą art. 24 ust. 1 uondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia danego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. W niniejszej sprawie Komisja I instancji doszła do wniosku, iż przepisy obowiązujące w dacie wydania orzeczenia i w dacie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych są zasadniczo tożsame. Przepisy regulujące zasady udzielania zamówień określone w Pzp z 2004 r., to:

⁷ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) – zwana dalej Pzp z 2004 r.

- art. 7 ust. 1, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

oraz

- art. 29 ust. 2 i 3, zgodnie z którymi przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a także przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Natomiast w Pzp, są to odpowiednio przepisy:

- art. 16, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny,

oraz

- art. 99 ust. 4-6, zgodnie z którymi:
 - przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów,
 - przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający

nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

- jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w powyżej, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Komisja I Instancji wskazała także, iż możliwość przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymaga łącznego spełnienia następujących warunków:

- 1) zachowanie sprawcy wypełnia znamiona czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych, stypizowanego w art. 5-18c uondfp (art. 19 ust. 1 uondfp);
- 2) sprawca czynu jest podmiotowo zdolny do ponoszenia odpowiedzialności (mieści się w ustawowym katalogu sformułowanym w art. 4 i 4a uondfp);
- 3) naruszenie dyscypliny finansów publicznych miało charakter zawiniony (art. 19 ust. 2 uondfp);
- 4) naruszenie dyscypliny finansów publicznych było szkodliwe dla finansów publicznych w stopniu wyższym niż znikomy (art. 28 ust. 1 uondfp).

W oparciu o powyższe Komisja I instancji ustaliła, że czyny zarzucane Obwinionemu spełniają przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Komisja I instancji podzieliła opinię Zastępcy Rzecznika, co do spełnienia przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W rozpatrywanej sprawie do takiego naruszenia doszło poprzez niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych, opisanie przedmiotu zamówienia publicznego pn. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego, przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz przede wszystkim z zaniechaniem użycia przewidzianego wprost przez ustawę sformułowania „lub równoważny”, a więc w sposób niezgodny z art. 16 pkt 1 i art. 99 ust. 4-6 Pzp. Komisja

I instancji wskazała, iż przepisy art. 99 Pzp przewidują 3 przesłanki, których łączne spełnienie wyłącza generalny zakaz opisywania przedmiotu zamówienia m.in. przez wskazanie znaków towarowych:

- 1) uzasadnienie specyfiką przedmiotu zamówienia;
- 2) niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń;
- 3) wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W ocenie Komisji I instancji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia powyższe przesłanki nie zostały spełnione. Zamawiający nie wskazał na żadne okoliczności i zależności, z których wynikałaby odmienność danego przedmiotu zamówienia od zamówień, do których stosowane są podstawowe ogólne reguły formułowania opisu przedmiotu zamówienia. Fakt zaistnienia możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń z góry wyłącza potencjalne uprawnienie zamawiającego do posilkowania się odwołaniem do znaku towarowego przy opracowywaniu opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Komisji I instancji nie budzi wątpliwości fakt nieużycia przez Zamawiającego w treści opisu przedmiotu zamówienia wyrazów „lub równoważny” pomimo wskazania znaku towarowego. W tym względzie nie sposób z kolei przyznać racji argumentacji zmierzającej do wykazania, iż dopuszczalność zastosowania produktów równoważnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynikała z użycia przez Zamawiającego sformułowań synonimicznych (tj. „typu”). Pzp nie przewiduje możliwości używania innych zwrotów niż równoważnych. Na potwierdzenie swojej oceny Komisja I Instancji wskazała, że taka wykładnia normy art. 99 Pzp wynika z orzecnictwa sądów powszechnych (przywołano wprawdzie orzeczenia dotyczące art. 29 ust. 3 Pzp z 2004 r., niemniej jednak tezy ich pozostają aktualne także dla art. 99 Pzp). Omawiane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ fakt posłużenia się odniesieniem do znaku towarowego przy braku spełnienia przesłanek warunkujących dopuszczalność takiego działania, mógł wprowadzać potencjalnych wykonawców w błąd co do możliwości zaoferowania produktu innego aniżeli oznaczonego określonym znakiem towarowym, a w konsekwencji mogło to mieć wpływ na podjęcie przez nich decyzji o rezygnacji

z udziału w postępowaniu. Takie działanie należy uznać za mogące utrudniać uczciwą konkurencję.

Odnosnie wskazania daty naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wynika ona z uwzględnienia regulacji art. 21 uondfp, zgodnie z którym naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Za czas, w którym sprawca zaniechał działania, uważa się dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić. Należy przyjąć, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku czynu zakwalifikowanego jako naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp nastąpiło w dniu 20 stycznia 2020 r., tj. w dniu zatwierdzenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Komisja I instancji wskazała także, iż w myśl art. 19 ust. 1 uondfp, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Wskazanie Obwinionego uzasadnione jest tym, że jako kierownik Zamawiającego zatwierdził on w dniu 20 stycznia 2020 r. treść SIWZ. Zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych – zatem to Obwiniony, jako Komendant (...), wykonywał w przedmiotowym postępowaniu kompetencje kierownika Zamawiającego, Komisja I instancji uznała odpowiedzialność jego osoby za przedmiotowe naruszenie.

Natomiast stosownie do art. 19 ust. 2 uondfp, odpowiedzialność ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. 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. Zatem do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych konieczne jest zarówno formalne naruszenie przepisu prawa, jak i udowodnienie winy po stronie konkretnego sprawcy. Należyta staranność odnosi się do osoby, która z racji wykonywanego zawodu posiada określoną wiedzę i stosuje specjalne umiejętności. Staranność należyta oznacza spełnianie obowiązków służbowych wynikających z zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji w sposób

profesjonalny, z zachowaniem należytej pieczołowitości ich wykonania. Jest to staranność ogólnie wymagana, tj. staranność normalna, przeciętna, oceniana według kryteriów obiektywnych i generalnych, odnosząca się do wzorców zawodowych. Należyta staranność nie wymaga szczególnego kwalifikowanego typu staranności (jak staranność szczególna czy najwyższa), ale opiera się na zwykłej pilności, uwadze, umiejętnościach i zdrowym rozsądku, wykorzystywanych przy realizacji obowiązków służbowych” (tu przywołano orzeczenie GKO z dnia 14 października 2019 r., BDF1.4800.75.2019, LEX nr 2896844). Wyznaczając zatem standardy staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku należy odwołać się do kryteriów, które wyznaczały granice nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, czyli reguł wymaganych w danych okolicznościach.

Przesłanką wyłączającą winę jest niemożność uniknięcia naruszenia mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku. Osoba odpowiedzialna (sprawca naruszenia określonego w art. 5-18c uondfp) popełnia je pomimo zachowania wszelkich obowiązujących reguł ostrożności.

Komisja I instancji przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy ustaliła, że zachodzą przesłanki odpowiedzialności, o których mowa w art. 19 ust. 1 i 2 uondfp.

Komisja I instancji nie miała wątpliwości, że przepis prawa został naruszony i można przypisać winę w czasie jego popełnienia – Obwinionemu można przypisać winę za opisanie przedmiotu zamówienia publicznego pn. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego przez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz przede wszystkim z zaniechaniem użycia przewidzianego wprost przez ustawę sformułowania „lub równoważny”, a więc w sposób niezgodny obecnie z art. 16 pkt 1 i art. 99 ust. 4-6 Pzp.

W doktrynie i orzecznictwie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przeważa pogląd, iż sprawcy można przypisać winę, jeśli można mu postawić zarzut, że nie zachował się w sposób zgodny z prawem, chociaż miał taką możliwość. Obwiniony nie dołożył należytej staranności – mimo możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwoływania się do znaków towarowych. Podnoszona przez Obwinionego okoliczność, że polegał on na wiedzy i doświadczeniu pracowników dokonujących opisu przedmiotu zamówienia, nie wyłącza odpowiedzialności

kierownika zamawiającego. To na kierowniku ciąży obowiązek znajomości określonych przepisów prawa, a w szczególności ustawy Pzp. I to kierownik jednostki powinien dołożyć wszelkich starań, aby przedmiot zamówienia był opisany w taki sposób, aby nie utrudnić uczciwej konkurencji. W ocenie Komisji I instancji prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia, jako jeden z najważniejszych elementów dokumentów zamówienia, w sposób bezpośredni ma wpływ na wysokość cen ofert składanych w postępowaniu, jak i na ich zawartość, tym samym jest niezwykle istotne, aby został on sporządzony przez zamawiającego w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami Pzp. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisać, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis wprowadza zakaz określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób, czy konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Należy jednak zauważyć, że w przypadku, gdy zamawiający skorzysta z uprawnienia do określenia przedmiotu zamówienia przy pomocy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ma on obowiązek zaznaczyć w SIWZ, że przyjmie także oferty równoważne. Komisja I Instancji nie dopatrzyła się działań, które mogłyby mieć wpływ na ocenę w zakresie (braku) zawinienia. Gdyby Obwiniony działał zgodnie z prawem i opisał przedmiot zamówienia zgodnie z Pzp, uniknąłby naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Opisany sposób działania świadczy o niedochowaniu staranności, która powinna być wymagana od osób odpowiedzialnych za gospodarowanie środkami publicznymi, a w konsekwencji, że czyn ma charakter zawiniony. Komisja I instancji rozpatrując sprawę rozpatrzyła również kwestię, że przypisanie odpowiedzialności wymaga ustalenia, czy naruszenie dyscypliny finansów publicznych było karygodne (szkodliwe dla finansów publicznych w stopniu wyższym niż znikomy). Uznała w tym zakresie, że naruszenie stanowi o znacznym stopniu szkodliwości dla finansów publicznych. Uwzględniając istotną wartość zamówienia (ok. 9 mln zł) – opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Pzp mogłoby wpłynąć na dopuszczenie do przetargu szerszego kręgu oferentów i zaoferowanie ceny korzystniejszej dla Zamawiającego. Zgodnie

z art. 33 ust. 1 uodfp organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego. Jednocześnie art. 33 ust. 1a pkt 2 uodfp stanowi, że wymierzając karę za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wywołujące skutki finansowe, organ orzekający bierze pod uwagę również relację wysokości skutku finansowego do wysokości kwoty środków publicznych przekazanych do wykorzystania lub dysponowania w roku budżetowym podmiotowi niezaliczanemu do sektora finansów publicznych. Ponadto, zgodnie z art. 33 ust. 2 uodfp wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Okoliczność, że organ wymierza karę według swojego uznania nie oznacza dowolności w ramach ustawowego katalogu kar, w tym możliwości odstąpienia od wymierzenia kary, lecz wydając orzeczenie organ ma obowiązek dokonać wszechstronnej oceny rodzaju i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Komisja I instancji uznała, że nie ma wątpliwości, co do winy Obwinionego w zakresie naruszenia Pzp.

Zgodnie z art. 34a uodfp, karę pieniężną albo karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny, z tym że jeżeli skutek naruszenia udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców - wymierza się karę pieniężną.

Komisja I Instancji wymierzyła Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 1,0 krotności przeciętnego wynagrodzenia, tj. w kwocie w kwocie 6 246,13 zł., uznając jednocześnie wnioskowaną przez Rzecznika karę upomnienia jako nieadekwatną do stopnia zawinienia. Komisja I instancji określając wysokość kary podkreśliła bierną postawę Obwinionego, który nie złożył wyjaśnień Rzecznikowi oraz Komisji I instancji, co również miało świadczyć o niedochowaniu staranności, która powinna być wymagana od osoby kierującej jednostką.

Pismem z 26 listopada 2024 r. odwołanie od orzeczenia Komisji I instancji w zakresie i na korzyść Obwinionego wniósł obrońca Obwinionego. Skarżonemu orzeczeniu zarzucił:

- 1) całkowite pominięcie przy wydawaniu orzeczenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2023 roku — sygn. akt P 12/22, w którym to wyroku Trybunał Konstytucyjny orzekł o uchyleniu art. 15 zzz¹ ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁸, a które to orzeczenie zostało opublikowane w Dzienniku Ustaw z roku 2023 poz. 2740; powyższe naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż skutkowało uznaniem, że nie doszło do przedawnienia karalności zarzucanego Obwinionemu czynu, co z kolei spowodowało wymierzenie Obwinionemu kary,
- 2) naruszenie art. 38 ust. 1 i art. 78 ust. 1 pkt 3 uodf, poprzez ich niezastosowanie, podczas gdy z uwagi na fakt upływu okresu 3 lat od dnia popełnienia zarzucanego czynu i braku wszczęcia w tym okresie postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ustała karalność czynu a wobec powyższego postępowanie winno - zostać umorzone, co jednak nie nastąpiło i - spowodowało wymierzenie Obwinionemu kary,
- 3) wydanie orzeczenia z naruszeniem zasad odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych to jest niezgodnie z dyspozycją art. 19 ust. 2 uodf, powyższe naruszenie miało istotny wpływ na wynik sprawy i skutkowało błędnym przyjęciem, że Obwinionemu można przypisać winę, pomimo istnienia przesłanek ową winę wyłączających i ostatecznie spowodowało wymierzenie Obwinionemu kary,
- 4) naruszenie art. 19 ust. 2 uodf, poprzez przyjęcie że Obwinionemu w dacie wskazanej w zaskarżonym orzeczeniu można przypisać winę, pomimo wykazania przez Obwinionego w toku postępowania, że takiej winy przypisać mu nie można, spowodowało wymierzenie Obwinionemu kary,
- 5) brak wykazania prawidłowego wzorca zachowania Obwinionego, względnie wykazanie wzorca nieadekwatnego do stanu faktycznego jaki zaistniał w rozpatrywanej sprawie

⁸ Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1327, ze zm.)

w szczególności z pominięciem faktu, że Obwiniony w dacie popełnienia czynu był żołnierzem obowiązującym do wykonywania rozkazów, dokumentacja stanowiąca opis przedmiotu zamówienia (WDTT (...)) została mu narzucona stosownie do obowiązujących w wojsku uregulowań i brak było możliwości dokonania zmiany któregoś z zapisów WDTT (...), gdyż odmowa wykonania rozkazu bądź wykonanie go z modyfikacją naraziłoby owego modelowego zamawiającego na odpowiedzialność karną,

- 6) naruszenie art. 137 ust. 2 uondfp, poprzez wadliwość i lakoniczność uzasadnienia w zakresie winy Obwinionego, poprzez brak wskazania czy podniesiony fakt otrzymania przez Obwinionego rozkazu został przez Komisję I instancji uznany za udowodniony czy też nieudowodniony i z jakich przyczyn, brak wskazania czy podniesiony fakt braku uprawnień i zakazu ingerencji w WDTT a więc de facto opis przedmiotu zamówienia przez inny podmiot niż Wojskowy Ośrodek (...) został przez Komisję I instancji uznany za udowodniony czy też nieudowodniony i z jakich przyczyn, a które to wady uniemożliwiają kontrolę prawidłowości orzeczenia w tym zakresie,
- 7) naruszenie art. 137 ust. 2 uondfp, poprzez wadliwość i lakoniczność uzasadnienia polegającą na braku jakiegokolwiek odniesienia się do przedstawionej argumentacji dotyczącej otrzymania rozkazu w rozumieniu przepisów kodeksu karnego⁹, argumentacji zawartej w wyjaśnieniach (...), okoliczności i obowiązujących uregulowań prawnych wiążących każdego żołnierza przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia na PUiW, braku informacji czy organ rozważał a jeżeli tak to z jakich przyczyn uznał, że powyższe okoliczności nie stanowią podstawy do uznania, że w takich okolicznościach każdy inny Dowódca jednostki wojskowej postąpiłby identycznie jak Obwiniony, braku ustalenia jaki stopień winy można przypisać Obwinionemu, brak ustalenia relacji wysokości zarzucanego naruszenia do wysokości budżetu, pomimo powołania się w wyroku na ową relację,
- 8) naruszenie art. 76 ust 1, 2 i 3 uondfp, poprzez nieuwzględnienie domniemania niewinności, potraktowanie jako okoliczności obciążającej w zakresie wymierzonej kary faktu nieudzielenia wyjaśnień przez Obwinionego i nie stawienia się Obwinionego

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2024 r. poz. 17, ze zm.)

na posiedzenie, podczas gdy każdy obwiniony ma prawo skorzystać z przyznanych mu tym przepisem uprawnień,

- 9) pozbawienie Obwinionego prawa do obrony, poprzez nieprawidłowe zawiadomienie go o wyznaczonym na dzień 16 października 2023 roku posiedzeniu (zawiadomienie zawierało błędną datę posiedzenia),
- 10) naruszenie art. 33 ust. 1 uondfp, poprzez nieuwzględnienie przez Komisję I instancji motywu oraz wszystkich okoliczności działania Obwinionego w szczególności faktu, że zgodnie z obowiązującymi w wojsku przepisami nie miał możliwości samodzielnego dokonania opisu przedmiotu zamówienia a był obowiązany w tym zakresie posłużyć się wytworzoną przez inny organ wojskowy dokumentacją zawierającą kwestionowane zapisy; powyższe naruszenie miało istotny wpływ na treść orzeczenia i skutkowało uznaniem Obwinionego winnym,
- 11) naruszenie art. 80 ust. 1 uondfp, poprzez pominięcie przez organ istotnych okoliczności przemawiających na korzyść Obwinionego, to jest otrzymania rozkazu w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, faktu, że odmowa wykonania rozkazu w tym przypadku narażałaby Obwinionego na odpowiedzialność karną, a także specyfiki instytucji i specyfiki opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu; powyższe naruszenie miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż rozważenie wszystkich powyższych okoliczności winno skutkować uniewinnieniem Obwinionego z uwagi na brak możliwości przypisania mu winy w dacie popełnienia czynu, względnie odstąpieniem od ukarania.

Obrońca Obwinionego wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na przedawnienie karalności czynu; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionego od zarzuczonego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Komisję I instancji, obciążenie kosztami postępowania za obie instancje Skarbu Państwa.

Uzasadniając odwołanie obrońca Obwinionego podniósł następujące okoliczności.

W zakresie nieuwzględnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2023 roku oraz zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 i art. 78 ust. 1 pkt 3 uondfp.

Wyrokiem z dnia 12 grudnia 2023 roku Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż art. 15zzr1 ust.

1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem,

przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Akt prawny jest niezgodny z Konstytucją od samego początku i w konsekwencji nie może rodzić praw i obowiązków oraz być stosowany przez sądy, gdyż: „Burzyłoby to porządek, w którym Konstytucja jest najwyższym prawem, i prowadziłoby do faktycznego prymatu ustaw nad Konstytucją”. Nie można pominąć faktu, że gdyby uznanego za niezgodny z Konstytucją przepisu nie było od samego początku, to oczywistym byłoby, że 3 letni okres przedawnienia karalności czynu upłynąłby w dniu 20 stycznia 2023 roku a zatem przed wszczęciem postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W takim zaś przypadku obligatoryjnie zastosowanie winny znaleźć przepisy art. 38 ust. 1 i art. 78 ust. 1 pkt 3 uondfp, których to przepisów Komisja I instancji w sprawie nie zastosowała. Obrońca przywołał także uzasadnienia wyroku: „Skutek wyroku. Niniejszy wyrok usuwa z systemu prawnego skutek, jaki wywierał art. 15zrr1 ust. 1 ustawy marcowej. Oznacza to, że norma prawna zawarta w tym przepisie – jako niezgodna z Konstytucją nie oddziaływała, co w sprawach zakończonych, w których zastosowano badany przepis, otwiera zainteresowanym podmiotom drogę do wznowienia postępowania na zasadzie art. 190 ust. 4 Konstytucji, a w sprawach będących w toku (w tym przed sądem pytającym) - powoduje jego pominięcie przy orzekaniu i stosowanie przepisów ogólnych w zakresie biegu przedawnienia.”

Przekładając ów wyrok na realia niniejszej sprawy Komisja I instancji wydając zaskarżone orzeczenie winna uwzględnić fakt, iż norma art. 15zrr 1 ust. 1 tzw. Ustawy Covidowej jako niezgodna z Konstytucją nie mogła wywrzeć żadnego wpływu na przerwanie 3 letniego okresu karalności, co z kolei winno skutkować umorzeniem postępowania z uwagi na upływ okresu karalności zarzucanego czynu. Obrońca zwrócił także uwagę na fakt, że zgodnie z art. 190 ust. 4 Konstytucji, przewidziana jest możliwość wznowienia postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem opartym na wadliwej normie; powyższa regulacja zachowuje sens jedynie wówczas, gdy po wznowieniu postępowania sąd nie będzie musiał zastosować wadliwej normy. Z uwagi zatem na fakt, że wobec wniesienia odwołania orzeczenie Komisji I instancji nie stało się prawomocne zachodzą przesłanki do skorygowania błędnego orzeczenia poprzez umorzenie postępowania w oparciu o fakt, że nie doszło do zawieszenia biegu terminu przedawnienia karalności.

W zakresie braku winy Obwinionego — naruszenie przez organ art. 19 ust. 2 uondfp oraz pozostałych naruszeń wskazanych w odwołaniu.

Obrońca podniósł, że wymierzona Obwinionemu kara jest bardzo surowa, a z treści uzasadnienia nie można dociec, dlaczego akurat tak wysoka kara została wymierzona pomimo istnienia szeregu okoliczności, które winny mieć wpływ na wymiar kary, choćby kwestia rozkazu, braku możliwości zmiany WDTT oraz narażenie na odpowiedzialność karną. Podkreślić należy, że za ten sam czyn drugiemu z obwinionych, który de facto nie jest żołnierzem i nie otrzymał rozkazu wymierzono wyłącznie karę upomnienia. Wydaje się że Komisja I instancji potraktowała jako okoliczność obciążającą niestawienie się Obwinionego na posiedzenie, czego w świetle przedstawionych poniżej twierdzeń robić nie powinna. Obrońca wskazał, że w postępowaniu przed organem orzekającym obowiązuje zasada domniemania niewinności. Powyższe oznacza w praktyce i w pewnym uproszczeniu, że aby wymierzyć karę obowiązkiem organu orzekającego jest po pierwsze ustalenie, czy dane zdarzenie stanowi czyn opisany w uondfp, a po dokonaniu tego ustalenia wykazanie, że Obwinionemu można przypisać winę. W odwołaniu podniesiono, że Komisja I instancji pominęła całkowicie kwestie wskazujące na działanie Obwinionego polegające na wykonaniu rozkazu. Takie okoliczności były podnoszone w wyjaśnieniach Obwinionego i Komendanta (...). Brak jest choćby jednego zdania w uzasadnieniu orzeczenia, na temat tego, czy Komisja I instancji dała wiarę wyjaśnieniom Komendanta (...) w zakresie wydania rozkazu, a jeżeli nie dała to z jakich przyczyn.

Nawiązując do podnoszonej powyżej kwestii wykonania otrzymanego rozkazu, Komisja I instancji całkowicie pominęła uregulowania prawne i faktyczne towarzyszące sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Nie odniosła się do nich w żadnym zakresie, choć w sposób oczywisty są to okoliczności wyłączające winę Obwinionego lub mające wpływ na jej stopień. Dokonanie zarzucanego Obwinionemu czynu nastąpiło w wykonaniu rozkazu. Rozkaz polegał na obowiązku wszczęcia postępowania na zakup trzewików wg WDTT (...). Zakwestionowane zapisy typu (...)” „Typu (...)” zostały zamieszczone właśnie w tym dokumencie. I tego właśnie dokumentu zgodnie z otrzymanym rozkazem użył Obwiniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opisując przedmiot zamówienia poprzez dołączenie do SIWZ załącznika nr 5A. Był to rozkaz w rozumieniu art. 115 kodeksu karnego. Odmowa wykonania przez żołnierza rozkazu

zgodnie z art. 344 kodeksu karnego stanowi przestępstwo. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest przypadek, gdy samo wykonanie rozkazu także stanowi przestępstwo. Ewentualne popełnienie czynu opisanego w art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp przestępstwa nie stanowi. Nie można karać Obwinionego za to, że ustawodawca w kodeksie karnym nie przewidział wyłączenia karalności czynu kiedy wykonanie rozkazu naraża żołnierza na innego rodzaju odpowiedzialność choćby z zakresu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony na treść przepisów go obowiązujących (kodeks karny) nie miał z przyczyn oczywistych żadnego wpływu. Obwiniony został przez osobę wydającą mu rozkaz (osoba wyższa stopniem, przełożony Obwinionego) postawiony w sytuacji bez wyjścia. Każdy dokonany przez niego wybór byłby wyborem tragicznym. W jednym przypadku — odmowy wykonania rozkazu z uwagi na fakt, że otrzymany opis przedmiotu zamówienia w postaci wskazanych WDTT (...) zawierał wskazanie znaków towarowych, narażał się na zarzut popełnienia przestępstwa z art. 344 kodeksu karnego. W takim przypadku brak było jakichkolwiek okoliczności łagodzących, czy możliwości uniknięcia kary. W drugim przypadku — wykonania rozkazu zgodnie z jego treścią - narażał się na postawienie mu zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Trzecia możliwość — wykonanie rozkazu z jego modyfikacją — usunięciem z WDTT (...) znaków towarowych powodowałaby, że po pierwsze przekroczyłby swoje uprawnienia (jako podmiot nieuprawniony przez Ministra Obrony Narodowej dokonałby modyfikacji WDTT) — co stanowi z kolei naruszenie art. 233 kodeksu karnego oraz także art. 344 kodeksu karnego. Innej, niż wskazane powyżej trzy możliwości zachowania się, nie było. W świetle takich okoliczności faktycznych i przepisów prawa Obwiniony dokładając należytej staranności podjął najlepszą — w jego ocenie decyzję. Wiedząc, że w WDTT są zawarte zapisy dopuszczające jednak (choć nie do końca w sposób wskazany w Pzp) produkty równoważne (poprzez użycie słowa „typu” i zawierające określenie tejże równoważności (podanie składu procentowego włókniny - 65% - polipropylen 35% - poliester oraz podanie masy powierzchniowej z tolerancją +/-5%) uznał, że faktycznie w postępowaniu doszło do dopuszczenia produktów równoważnych. Aby móc przypisać Obwinionemu winę Komisja I instancji powinna wskazać jak w danych okolicznościach w tym samym stanie faktycznym zachowałby się inny zamawiający. Komisja I instancji bardzo obszernie opisała na czym polegało naruszenie przepisu ustawy prawo zamówień publicznych, że brak jest możliwości zgodnie z ustawą zastąpienia słowa „lub równoważny” słowem „typu” oraz że takie działanie mogło naruszać uczciwą konkurencję.

Jednakże samo wykazanie, że doszło do naruszenia przepisów Pzp, nie jest wystarczające do uznania winnym w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obrońca wskazał na orzecznictwo Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych jednoznacznie stwierdzające, że przypisanie odpowiedzialności wymaga wskazania argumentów przemawiających za możliwością uznania zachowania Obwinionego za zawinione. Podniósł także, że orzeczenie Komisji I instancji nie zawiera prawidłowego wzorca zachowania. Wskazanie prawidłowego wzorca zachowania ma polegać na wskazaniu jak w tych samych okolicznościach, w tym samym stanie faktycznym w oparciu o te same dokumenty postąpiłby inny zamawiający. Inny zamawiający będący żołnierzem zawodowym, który otrzymał do wykonania rozkaz w rozumieniu art. 115 kodeksu karnego, którego odmowa wykonania względnie modyfikacja narażałaby go na odpowiedzialność karną. Takiego wzorca zachowania w uzasadnieniu brak. Z uwagi na specyfikę tego postępowania, wskazanie prawidłowego wzorca zachowania winno udzielać odpowiedzi na pytanie — jak zachowałby się inny zamawiający będący żołnierzem zawodowym, gdyby otrzymał rozkaz zakupu Przedmiotu Uzbrojenia i Wyposażenia (PUIW) który to rozkaz narażałby owego żołnierza na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a odmowa zaś jego wykonania stanowiłaby przestępstwo. Podkreślić należy że na stronie 12 uzasadnienia sama Komisja I instancji cytuje, iż należała staranność oznacza spełnianie obowiązków służbowych w sposób profesjonalny, odnoszący się do wzorców zawodowych. Podstawowym obowiązkiem żołnierza jest wykonywanie rozkazów i poleceń przełożonych, a jedyną możliwością nie wykonania rozkazu jest okoliczność, że jego wykonanie stanowiłoby przestępstwo. W ocenie Obwinionego ów modelowy zamawiający postąpiłby dokładnie tak jak Obwiniony. Tylko bowiem ten sposób postępowania nie narażał zamawiającego na odpowiedzialność karną z tytułu popełnienia przestępstwa. I tylko ten sposób postępowania powodowałby, że dokonany wydatek byłby wydatkiem racjonalnym. Zakup trzewików z pominięciem któregośkolwiek z zapisów WDTT (a więc jedynego dokumentu, w którym w postępowaniu zawarto opis przedmiotu zamówienia) skutkowałby dokonaniem wydatku na trzewiki niedopuszczone do użytkowania w Wojsku Polskim. Byłby to zakup na tzw. przysłowiową „półkę” bez możliwości wydania go uprawnionym żołnierzom. Inny słowy, wydatek nieracjonalny. Dokonując wnikliwej analizy treści uzasadnienia orzeczenia, wydaje się że faktycznie nie zawiera on jakiegokolwiek wzorca zachowania. Zamiast niego Komisja I instancji ograniczyła

się do arbitralnego stwierdzenia, że Obwiniony nie dołożył należytej staranności, pomimo możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez odwoływania się do znaków towarowych. Takie sformułowanie nie stanowi wskazania zachowania modelowego zamawiającego. O tym że otrzymane polecenie było rozkazem stanowi wprost treść art. 115 § 18 ustawy kodeks karny. Zgodnie z powoływanym powyżej przepisem „rozkaz to polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem”. Komisja I instancji twierdzi, że Obwiniony miał możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia bez konieczności odwoływania się do znaków towarów. Powyższe oznacza, że Komisja I instancji uznała, że Obwiniony miał możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia z wyłączeniem części zapisów WDTT (...). Takie stwierdzenie nie polega na prawdzie. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wojskowi są związani także innym aktem tej samej rangi co ustawa prawo zamówień publicznych — a mianowicie ustawą z dnia 17 listopada 2006 roku o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby bezpieczeństwa i obronności państwa. Zgodnie z art. 2 tej ustawy jej celem jest między innymi „zapewnienie warunków do przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa przez kompetentne i niezależne podmioty, w zakresie spełnienia wymagań zawartych w specyfikacjach technicznych. Definicję specyfikacji technicznej zawiera art. 3 pkt 13 omawianej ustawy. Zgodnie z powoływanym powyżej artykułem pod pojęciem specyfikacji technicznej należy rozumieć „dokumenty określające cechy, jakie powinien posiadać wyrób w zakresie wymagań technicznych, jakości, bezpieczeństwa użytkowania, w tym w odniesieniu do nazewnictwa, symboli, badań i metodologii badań, znakowania oraz oznaczania wyrobu”. Taką specyfikacją jest właśnie WDTT. Podstawą zaś jego opracowania jest upoważnienie Ministra Obrony Narodowej zawarte w § 13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa. W roku 2019 i 2020 taką instytucją był Wojskowy Ośrodek Badawczo Wdrożeniowy Służby Mundurowej, który właśnie opracował WDTT (...). Abstrahując zatem od kwestii otrzymania rozkazu, z uwagi na rangę WDTT brak było możliwości odstąpienia od jej zastosowania lub dokonania w niej zmiany. Z treści uzasadnienia, zdaniem obrońcy Obwinionego, nie można wywnioskować, czy

Komisja I instancji dała wiarę twierdzeniom (...) o wydaniu Obwinionemu rozkazu w rozumieniu art 115 kodeksu karnego polegającego na wszczęciu postępowania na zakup trzewików i zastosowania w tym postępowaniu WDTT (...).

Natomiast w zakresie wysokości wymierzonej kary obrońca Obwinionego wskazał, że zgodnie z treścią art. 33 uondfp organ wymierzając karę uwzględnia stopień winy Obwinionego. Tymczasem w realiach niniejszej sprawy nie sposób przypisać Obwinionemu jakiegokolwiek winy, w tym także winy nieumyślnej rozumianej jako niedbalstwo, czy lekkomyślność. Obwiniony przed zatwierdzeniem SIWZ znał obowiązujące przepisy prawne. Otrzymał rozkaz, którego wykonania zgodnie z częścią wojskową przepisów kodeksu karnego nie mógł odmówić. W świetle takich okoliczności faktycznych prawidłowe uzasadnienie orzeczenia winno w sposób szczególny i wyczerpujący przedstawiać stanowisko organu w tym zakresie, powinno zawierać wyjaśnienie jakie okoliczności faktyczne sprawy, jakie konkretne fakty ustalone w toku postępowania zadecydowały o tym, że można przypisać Obwinionemu winę, czy mógł odmówić wykonania rozkazu a także czy polecenie można było zakwalifikować jako rozkaz.

W ocenie obrońcy w zaistniałej sytuacji odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie w dniu 24 lutego 2025 r. Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej „GKO”) rozpatrzyła sprawę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego i wyjaśnień Obwinionego złożonych na rozprawie.

W pierwszej kolejności GKO stwierdziła, że zgodnie z oświadczeniami złożonymi na rozprawie przez Obwinionego i Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych stan faktyczny zgromadzony w sprawie jest Stronom znany i nie budzi żadnych wątpliwości. W związku z powyższym, dla czytelności i przejrzystości niniejszego uzasadnienia, nie dokonuje odrębnego opisu stanu faktycznego, co byłoby w istocie wyłącznie powtórzeniem opisu przywołanego w referacie orzeczenia Komisji I instancji.

Następnie GKO dokonała analizy stanu prawnego, wg którego należy rozpatrzyć przedmiotową sprawę w związku z faktem, że czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych popełniony został w dniu 20 stycznia 2020 r., a zatem pod reżimem

Pzp z 2004 r., która to ustawa utraciła moc w dniu 31 grudnia 2020 r. w związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. Pzp.

Zgodnie ze wskazaną normą art. 24 ust. 1 uondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia danego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy.

Dokonując w tym zakresie porównania regulacji zasad dotyczących przygotowania postępowania o zamówienie publiczne oraz zasad dokonywania opisu przedmiotu zamówienia wskazać należy, że Pzp z 2004 r. (odpowiednio w art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 i 3: brzmienie zacytowane w referacie orzeczenia Komisji I instancji) zawiera uregulowania tożsame do właściwych przepisów Pzp (art. 16 i 99 ust. 4 – 6: brzmienie zacytowane w referacie orzeczenia Komisji I instancji). Zatem poza posadowieniem redakcyjnym normy te nie zawierają postanowień odmiennie regulujących te zagadnienia. Pzp z 2004 r. nie zawiera zatem norm względniejszych dla Obwinionego. Stąd też, stosownie do art. 24 ust. 1 uondfp, stan faktyczny sprawy GKO rozpatrzyła w oparciu o obecnie obowiązujące przepisy Pzp.

W zakresie art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zatem normy penalizującej rozpatrywany czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stan prawny nie uległ zmianie od ustalonej daty czynu. Zatem również w zakresie ustawy penalizującej zastosowanie mają przepisy obowiązujące w dniu orzekania GKO.

Następnie GKO rozważyła przesłanki odpowiedzialności podmiotowej Obwinionego opisane art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. (...) jest jednostką budżetową w rozumieniu art. 11 ufp. Obwiniony w dacie popełnienia czynu zajmował stanowisko Komendanta (...). Był zatem kierownikiem takiej jednostki. Natomiast na niwie przepisów o zamówieniach publicznych kierownik zamawiającego to osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez

zamawiającego (vide art. 7 pkt 7 Pzp). Kwestię tę uzupełnia norma art. 52 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Wobec faktu, że Obwiniony wykonywał osobiście czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne pn. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego, uznać należy, iż spełnia przesłanki odpowiedzialności podmiotowej w sprawie.

Ustalenia Komisji I instancji były zatem w tym zakresie prawidłowe.

Odnosząc się do kwestii podnoszonych w odwołaniu do GKO w zakresie przedawnienia karalności czynu już w momencie wszczęcia postępowania wyjaśniającego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpatrywanych przez Komisję I instancji wskazać należy, że z materiału dowodowego wynika, że przedawnienie karalności czynu w przedmiotowej sprawie nastąpiłoby (z zastrzeżeniem przepisów szczególnych, które zostaną opisane w dalszej części uzasadnienia) z dniem 20 stycznia 2023 r., o ile w tym okresie nie zostało wszczęte postępowanie w sprawie. W niniejszej sprawie zawiadomienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o możliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wpłynęło do Rzecznika, dopiero w dniu 27 lutego 2023 r., tj. już po upływie terminu 3-letniego wskazanego w art. 38 ust. 1 uodnfp, tj. w którym ustawa określa przedawnienie karalności czynu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przedmiotowej sprawy nie można jednak rozpatrywać w oderwaniu od ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹⁰, w szczególności art. 15 zzz ust. 1 pkt 3 tej ustawy. Z przepisu tego wynika, że przewidziane przepisami prawa administracyjnego terminy przedawnienia, do których zaliczyć należy także termin przedawnienia karalności naruszenia dyscypliny finansów publicznych, uległy zawieszeniu w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 przez czas obowiązywania art. 15 zzz. Przepis ten obowiązywał od 31 marca do 16 maja 2020 r. Jednocześnie zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-

¹⁰ Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1842, z późn. zm.) – zwana dalej specustawą covidową

2¹¹ (Dz. U. poz. 875 z późn. zm.) terminy przedawnienia, o których mowa w art. 15 zzz ustawy covidowej, których bieg uległ zawieszeniu na podstawie tego przepisu, będą dalej po upływie 7 dni od dnia wejścia w życie tej ustawy, to jest po upływie 7 dni od dnia 16 maja 2020 r. Z powyższego przyjąć należy, że przedawnienie karalności w przedmiotowej sprawie nie biegło w okresie od 31 marca 2020 r. do 23 maja 2020 r., czyli przez 54 dni). Stąd też uznać należy, że w przedmiotowej sprawie okres przedawnienia upłynąłby nie w dniu 20 stycznia 2023 r., ale w dniu 15 marca 2023 r. W konsekwencji wszczęcie przez Rzecznika postępowania wyjaśniającego z dnia 7 marca 2023 r. spowodowało przedłużenie okresu przedawnienia o dwa lata (stosownie do art. 38 ust. 1 in fine). Przywołany w odwołaniu wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2023 roku — sygn. akt P 12/22, w którym to wyroku Trybunał Konstytucyjny orzekł o uchyleniu art. 15 zzz¹ ust. 1 ustawy covidowej. Przepis ten odnosił się do wstrzymania biegu terminu przedawnienia karalności czynu oraz przedawnienia wykonania kary w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe. Wbrew twierdzeniom podnoszonym w odwołaniu, postępowanie w sprawach naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie ma charakteru postępowania ani w sprawie o przestępstwo, ani też o przestępstwo skarbowe. Zawieszenie biegu terminu w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma więc umocowanie w innym przepisie (art. 15 zzz ustawy covidowej), zatem przywołanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2023 roku — sygn. akt P 12/22 jest w tym przypadku błędne i pozostaje bez wpływu na ustalenie faktycznej daty ustania karalności czynu Obwinionego. Ocena przedmiotowa dokonana przez Komisję I instancji w tym zakresie jest więc prawidłowa, brak było podstaw do umorzenia sprawy na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 oraz art. 38 ust. 1 uodfp, a sprawę należało rozpatrzyć co do istoty.

W odniesieniu do podnoszonych w odwołaniu argumentów w zakresie błędnego przypisania odpowiedzialności Obwinionemu z tytułu jego działania „w trybie wykonania rozkazu” i pod groźbą odpowiedzialności karnej z tytułu niewykonania rozkazu oraz braku wskazania przez Komisję I instancji wzorca prawidłowego zachowania, GKO stwierdziła, że argumenty te są błędne.

¹¹ Ustawa z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. poz. 875, z późn. zm.)

Kwestia działania „w trybie wykonania rozkazu” i pod groźbą odpowiedzialności karnej z tytułu niewykonania rozkazu.

GKO nie kwestionuje, że Obwiniony otrzymał rozkaz przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w przedmiocie dostawy przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego i był to rozkaz w rozumieniu art. 115 pkt 18 kodeksu karnego. Nie podlega kwestionowaniu także fakt, że rozkaz ten obligował Obwinionego do dokonania opisu przedmiotu w oparciu i z odwołaniem do Wojskowych Dokumentacji Techniczno-Technologicznych: WDTT (...) (zadania nr 1 i 2) oraz (...) (zadania nr 3) wraz z Przedmiotowymi Warunkami Technicznymi (stanowiących odpowiednio stanowiących załączniki do SIWZ nr 5A i 5B). Poza jakimikolwiek wątpliwościami pozostaje również to, że Pzp w treści art. 99 ust. 4 – 6 stawia zamawiającym obligatoryjne wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia:

- zakaz opisu przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Określone zostało także odstępstwo od powyższej zasady, dopuszczające opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”;
- jeżeli przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

W tym miejscu GKO wskazuje, że WDTT są dokumentami wydawanymi na podstawie DECYZJI Nr (...) Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 października 2013 r. w sprawie wprowadzenia do użytku „Procedury realizacji prac rozwojowych dla przedmiotów umundurowania i wyekwipowania” oraz „Procedury realizacji prac rozwojowych dla środków zaopatrzenia

żywnościowego”. Co do zasady, w zakresie w jakim WDTT kształtują wymagania opisywanych nimi produktów na potrzeby realizacji przetargów prowadzonych w reżimie przepisów o zamówieniach publicznych (Pzp), powinny one uwzględniać wymagania art. 99 (oraz ewentualnie innych stycznych norm) Pzp. Jednak, jak wynika z akt niniejszej sprawy, nie zawsze tak się dzieje. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której przepisy wewnątrzresortowe Ministerstwa Obrony Narodowej pozostają w niezgodności z przepisami o zamówieniach publicznych. Odnosząc tę sytuację do rozpatrywanej sprawy i szukając odpowiedzi na pytanie jak powinien zachować się Obwiniony (oraz inne osoby potencjalnie mogące znaleźć się w takiej sytuacji) jako kierownik zamawiającego ponoszący pełną odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, wskazać należy co następuje. W pierwszej kolejności należy przywołać konstytucyjną hierarchię norm prawnych, zgodnie z którą źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia (vide art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej). Norma ta rozstrzyga zatem, że Obwiniony w pierwszej kolejności powinien dać posłuch uregulowaniom wynikającym z ustawy, w tym przypadku Pzp. Zawarta w niej, opisywana kilkakrotnie w niniejszym orzeczeniu, norma dotycząca zasad opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o zamówienie publiczne jest jasna, jednoznaczna i nie wymagająca interpretacji, w szczególności w zakresie obowiązku dopuszczenia i opisanie warunków równoważności. Użyte w Pzp sformułowanie w jej art. 99 ust. 5 „a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” są nakazem. W przeciwnym przypadku ustawodawca inaczej zredagowałby ten przepis, użyłby zwrotu odwołującego się do możliwości zamieszczenia zwrotu „lub równoważny”, czy też wprowadziłby opisowe uwarunkowania stosowania i definiowania równoważności. Rozważanie to prowadzi do wniosku, że niedopuszczalne jest modyfikowanie (nawet niezamierzone lub prowadzone w dobrej wierze) aktami prawnymi niższego rzędu wymagań określonych w ustawach, poprzez zaburzanie konstytucyjnej hierarchii norm prawnych.

Natomiast opisując prawidłowe zachowanie Obwinionego w toku postępowania o zamówienie publiczne pn. Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - trzewiki zimowe oraz koszula koloru białego, GKO stwierdza, że Obwiniony był wyposażony w instrumenty prawne mogące sanować jego sytuację prawną poprzez próbę

doprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do zgodności z przepisami o zamówieniach publicznych, alternatywnie niwelujących karalność jego czynu. Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 uoofp osoba, która naruszyła dyscyplinę finansów publicznych wskutek wykonania polecenia przełożonego albo kierownika jednostki, albo dysponenta środków publicznych, organu nadzorującego lub organu założycielskiego, nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli przed wykonaniem polecenia zgłosiła pisemnie zastrzeżenie i, pomimo tego zastrzeżenia, otrzymała pisemne potwierdzenie wykonania polecenia albo polecenie nie zostało odwołane albo zmienione. W tym przypadku odpowiedzialność ponosi osoba, która podpisała się pod pisemnym poleceniem wykonania polecenia, a przy braku takiego dokumentu – osoba, która wydała polecenie. Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez Obwinionego na rozprawie, nie zgłosił on pisemnie takich zastrzeżeń. Tym samym, pomimo istnienia narzędzia sanującego jego zaniechanie zastosowania wskazania słów „lub równoważne” nie podjął stosownego działania. Przypomnieć tu należy, że na Obwinionym, jako kierowniku zamawiającego, ciąży odpowiedzialność za zgodność z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. GKO nie podziela podnoszonych w odwołaniu argumentów, że w tym przypadku działanie „w trybie rozkazu” niejako przymuszało go do działania niezgodnego z prawem i narażało na odpowiedzialność karną. Ocena tej sfery, dokonywana przez każdy organ zobowiązany do takiej oceny, musiałaby bowiem prowadzić do wniosku, że w pierwszej kolejności to konstrukcja normatywna (WDTT vs przepisy o zamówieniach publicznych) jest ułomna i to nie z winy Obwinionego. Nie można zaakceptować twierdzenia, że kierownik jednostki sektora finansów publicznych, kierownik zamawiającego (lub inna osoba występująca na podstawie odpowiedniego upoważnienia) może w oparciu o rozkazy (ewentualnie inne dokumenty, którymi nie można zmieniać obowiązującego prawa) uchylać się od stosowania tego prawa, nie informując nawet osoby wydającej polecenie, że wykonanie tego polecenia będzie wiązało się z naruszeniem obowiązującego prawa i może rodzić odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tym samym rozstrzygnięcia Komisji I instancji zawarte w jej orzeczeniu są prawidłowe.

Odnosząc się do kwestii uchybienia przez Komisję I instancji kompletności uzasadnienia jej orzeczenia poprzez brak całościowego opisu wzorca prawidłowego zachowania, GKO stwierdza, że poniekąd zgadza się w tym zakresie z odwołaniem. Komisja I instancji opisała co prawda część takiego wzorca, w sposób powściągliwy poruszyła jednak kwestię

oczekiwanego od Obwinionego sposobu wyjaśnienia z wydającym rozkaz przeprowadzenia postępowania z uwzględnieniem WDTT nieujmujących całościowo wymagań Pzp. Niemniej jednak w ocenie GKO uchybienie Komisji I instancji jest możliwe do zniwelowania w trybie instancyjnym, bez konieczności uchylenia jej orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia. Stan prawny i faktyczny ustalony został prawidłowo i w stopniu wystraczającym do samoistnego rozpatrzenia przez GKO i rozstrzygnięcia sprawy co do istoty.

Analiza akt sprawy pozwoliła na potwierdzenie, że w zawiadomieniu o rozprawie skierowanym do Obwinionego wkradła się oczywista omyłka pisarska (wskazano, że rozprawa ma się odbyć 16 października 2023 r., zamiast 16 października 2024 r.). GKO uznała jednak, że w tym przypadku Obwiniony nie powinien mieć wątpliwości, że chodzi o rok 2024. Na zawiadomieniu jest bowiem jednoznacznie określona data zawiadomienia (23 sierpnia 2024 r.), a ponadto Obwiniony odebrał zawiadomienie 29 sierpnia 2024 r. Nie miał więc żadnych podstaw do przyjęcia, że zawiadomienie może dotyczyć rozprawy zaplanowanej na 16 października 2023 r. Co więcej, zawiadomienie o rozprawie zawierało szereg pouczeń, w tym informacje kontaktowe (w tym nr telefonów). Nic nie stało zatem na przeszkodzie aby Obwiniony, jeżeli miał jakieś wątpliwości, że rozprawa ma odbyć się 16 października 2024 r, rozwiął je, chociażby przez kontakt telefoniczny.

Odnosząc się do kwestii wymierzonej kary GKO przychyliła się do zarzutów poniesionych w odwołaniu. We wniosku o ukaranie złożonym przez Rzecznika wnioskowana była kara upomnienia, jako kara adekwatna do popełnionego czynu i stopnia zawinienia. Komisja I instancji dokonała szerokiej analizy przepisów uondfp w zakresie przesłanek określenia wymiaru kary, podsumowując, iż nie ma wątpliwości, co do winy Obwinionego w zakresie naruszenia ustawy Pzp. Odmienne jednak od wniosku Rzecznika uznała jednak, że zgodnie z art. 34a uondfp, karę pieniężną albo karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny, z tym że jeżeli skutek naruszenia udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców - wymierza się karę pieniężną w wysokości 1,0 krotności przeciętnego wynagrodzenia, tj. w kwocie w kwocie 6 246,13 zł., uznając jednocześnie wnioskowaną przez Rzecznika karę upomnienia jako nieadekwatną do stopnia zawinienia.

Komisja I instancji określając wysokość kary podkreśliła bierną postawę Obwinionego, który nie złożył wyjaśnień Rzecznikowi oraz Komisji I instancji, co również miało świadczyć o niedochowaniu staranności, która powinna być wymagana od osoby kierującej jednostką.

W ocenie GKO ciąg rozważań Komisji I instancji prowadzący do uznania zasadności zastosowania przywołanego powyżej przepisu uondfp i wymierzenia kary finansowej jest niewystraszający do uznania zasadności tak wysokiej kary. Kara finansowa jest jedną z najwyższych i najbardziej dotkliwych kar w systemie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Powinna być stosowana w przypadkach wskazanych w art. 34a uondfp, tj. udzielenia zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. W swoim uzasadnieniu Komisja I instancji nie odniosła się do kwestii istotności naruszenia Obwinionego w odniesieniu do tych zasad. Przyjęła natomiast na okoliczność „zaostarzającą” karę bierną postawę Obwinionego, który nie złożył wyjaśnień Rzecznikowi oraz Komisji I instancji. GKO wskazuje, że Obwiniony nie ma obowiązku podejmowania aktywności i udowadniania swojej niewinności w toku postępowania wyjaśniającego przed Rzecznikiem lub rozpatrywania sprawy przez organ orzekający. Natomiast na organach właściwych w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, prowadzących proces ustalania odpowiedzialności za określony czyn stanowiący potencjalnie naruszenie dyscypliny finansów publicznych ciąży obowiązek rzetelnego wyjaśnienia sprawy, zebrania materiału dowodowego i uzasadnienia podjętego rozstrzygnięcia, w tym w zakresie orzeczonej kary. W skarżonym orzeczeniu, w ocenie GKO, tego elementu zabrakło.

Bezsporne jest, że Obwiniony dopuścił się nieprawidłowości w toku postępowania o rozpatrywane zamówienie publiczne, poprzez wskazanie znaków towarowych przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia, braku niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz przede wszystkim z zaniechaniem użycia przewidzianego wprost przez ustawę sformułowania „lub równoważny”, a więc w sposób niezgodny obecnie z art. 16 pkt 1 i art. 99 ust. 4-6 Pzp. Spełniona więc została norma ustawy sankcjonującej opisana w jej art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, tj. opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wykonawcy oferujący artykuły wyposażania mundurowego, nie posiadający w swojej ofercie produktów spełniających cechy wymagane w WDTT, mogli

rzeczywiście poczuć się wykluczeni z ubiegania się o to zamówienie. Nie kwestionując zatem możliwości naruszenia uczciwej konkurencji GKO zauważa, że jednak Komisja I instancji nie pogłębiła swojej analizy i omówienia w zakresie, czy opisane naruszenie dyscypliny finansów ma charakter istotnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Tym samym nie uzasadniła wymierzenia kary finansowej.

Dodatkowo GKO wskazuje, że Obwiniony nie był dotychczas karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Natomiast jego postawa na rozprawie wskazuje, że samo postępowanie przed Główną Komisją Orzekającą jest dla niego doświadczeniem rokującym, że w przyszłości nie popełni naruszenia dyscypliny finansów publicznych, w zakresie przygotowywania i prowadzenia zamówień publicznych. Zatem dla osiągnięcia celów prewencji indywidualnej nie ma konieczności wymierzenia Obwinionemu tak surowej kary.

W szczególności jednak GKO zwróciła uwagę, że Obwiniony działał w dosyć skomplikowanym otoczeniu prawnoorganizacyjnym, jakim jest udzielanie zamówień w obszarze zaopatrzenia jednostek wojskowych, dla których wprowadzone są, poza wymaganiami normalizacyjnymi powszechnie obowiązującymi, także dodatkowe wymagania przez instytucje wojskowe. Nie zmienia to oceny GKO w zakresie możliwości i potrzeby przypisania Obwinionemu popełnienia zawinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a więc niezachowania wymaganej staranności w zakresie zapobiegnięcia naruszenia obowiązującego prawa. Należy przy tym zaznaczyć, że wielkość i wartość wadliwie udzielonego zamówienia publicznego i to, że naruszono podstawowe zasady zamówień publicznych, a nieprawidłowości w tym względzie mogą się powtarzać, przemawia przeciwko uznaniu przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jako znikomo szkodliwego dla finansów publicznych. Niemniej jednak okoliczności sprawy przemawiają za uznaniem, że zachodzą szczególne okoliczności pozwalające na odstąpienie względem niego od wymierzenia kary. Obecnie od 2012 r.¹² - nie ma podstaw do rozważania (na etapie przypisywania odpowiedzialności) czy naruszenie dyscypliny finansów publicznych zostało popełnione umyślnie czy nieumyślnie. Niemniej jednak na etapie ustalania kary – stosownie do art. 33 ust. 1 uondfp – należy uwzględniać stopień winy Obwinionego. GKO nie ma wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie nie tylko Obwiniony odpowiada za zaistniałe nieprawidłowości. Jakkolwiek powinien zakwestionować wydane polecenie (rozkaz) - wyjaśnić, że oczekiwane

¹² wówczas uchylono art. 22 uondfp

postępowanie naruszy obowiązujące prawo - to jednak ten rozkaz i wymagania określone w wyżej przywoływanych WDTT, przyczyniły się do powstania nieprawidłowości na etapie udzielania zamówienia publicznego. W ocenie GKO odstąpieniu od wymierzenia kary nie sprzeciwia się postawa Obwinionego, który starał się merytorycznie wyjaśnić sprawę. Nie ma też przeszkód formalnych do zastosowania tej instytucji - Obwiniony nie był wcześniej karany.

Mając powyższe na uwadze GKO utrzymała orzeczenie Komisji I instancji w zakresie przypisania odpowiedzialności, jednak w zakresie wymiaru kary uznała za słuszne orzeczenie to uchylić i odstąpić od wymierzenia kary Obwinionemu.