

ORZECZENIE

GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 21 stycznia 2021 r.

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

Przewodniczący:	Z-ca Przewodniczącego GKO:	Michał Szczepan Jędrzejczyk
Członkowie:	Z-ca Przewodniczącego GKO:	Wojciech Robaczyński
	Członek GKO:	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**,
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2021 r. wniesionego przez obrońcę w imieniu Obwinionego (...) odwołania, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt: NDB-50/Ł/30/2019 w części dotyczącej Obwinionego (...), którym uznała (...) pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję – Burmistrza Miasta i Gminy (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego lub zawarcia umowy ramowej, poprzez udzielenie przez Gminę (...) w dniu 19 października 2017 r. zamówienia publicznego na zadanie pn. „Zaprojektowanie i budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej (...)” wykonawcy, który złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy o treści niespełniającej wymogów określonych w art. 147 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz.1843), co spowodowało naruszenie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Umowę nr

ZP.272.22.2017 z dnia 19 października 2017 r. na realizację ww. zadania w imieniu Gminy (...) zawarł z wykonawcą Burmistrz (...) – Pan (...). Czas popełnienia czynu – 19 października 2017 roku

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 338,99 zł,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440 z późn. zm), utrzymuje w mocy orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w zaskarżonej części dotyczącej Obwinionego (...).

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

Na wstępie GKO zauważa, że orzeczenie Komisji I instancji z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt: NDB-50/Ł/30/2019 dotyczyło nie tylko (...), ale także zastępcy burmistrza Zamawiającego (X). Zaskarżone zostało zarówno w odniesieniu do rozstrzygnięcia dotyczącego (...), jak i (X). Jednak GKO - po wysłuchaniu stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w tym zakresie - sprawę (X) wyłączyła do odrębnego rozpoznania i w konsekwencji rozpoznała po przeprowadzeniu rozprawy 21 stycznia 2021 roku tylko sprawę (...) a sprawę (X) odroczyła. Wobec powyższego poniżej opisane okoliczności faktyczne oraz prawne odnoszą się do sprawy (...).

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (dalej „RKO”) orzeczeniem z 26 listopada 2019 roku uznała Obwinionego (...) (dalej „Obwiniony”) – pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję burmistrza gminy (...) – odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej

„uondfp”), zgodnie z którym „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust.1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego lub zawarcia umowy ramowej”, poprzez udzielenie przez (...) 19 października 2017 roku zamówienia publicznego na zadanie pn. „Zaprojektowanie i budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej (...)” wykonawcy, który złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy o treści niespełniającej wymogów określonych w art. 147 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), (dalej „Pzp”), co spowodowało naruszenie art. 94 ust.3 Pzp. RKO wskazała, że umowę nr ZP.272.22.2017 z 19 października 2017 roku na realizację ww. zadania w imieniu Gminy (...) zawarł z wykonawcą Obwiniony. Czas popełnienia czynu – 19 października 2017 roku. Mając na względzie art. 31 ust. 1 pkt 1 oraz art. 33 ust. 1 i 2 uondfp RKO wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia. Na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp RKO obciążyła Obwinionego na rzecz Skarbu Państwa kosztami postępowania w wysokości 338,99 zł.

W odniesieniu do okoliczności faktycznych sprawy RKO ustaliła, co następuje.

Gmina (...) reprezentowana przez Obwinionego 19 października 2017 roku zawarła z wykonawcą (...) (dalej „Wykonawca”) umowę nr ZP.272.22.2017 na realizację zadania pn. Zaprojektowanie i budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej (...) (dalej „Umowa”). Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) wykonawca zobowiązany został do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Zabezpieczenie mogło zostać wniesione według wyboru wykonawcy w formach wymienionych w art. 148 ust. 1 Pzp. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało być wniesione na okres od dnia zawarcia umowy do dnia odbioru i uznania przez Zamawiającego, że umowa była wykonana należycie. Zabezpieczenie miało służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Umowa w § 19 wskazywała, że wykonawca ustanowił zabezpieczenie ewentualnych roszczeń Zamawiającego, w tym w szczególności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w wysokości 5% wynagrodzenia Wykonawcy brutto. W związku z powyższym, przed podpisaniem umowy, tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Wykonawca wniósł zabezpieczenie w wysokości 5% wartości brutto

umowy, tj. na kwotę 211.000,00 zł, w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Przedmiotowa gwarancja należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z 13 października 2017 roku oznaczona numerem 32GG11/0115/17/0092 wystawiona została przez (...) (dalej „Gwarancja”). Gwarancja w pkt 1 określała, że (...) „[...] gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę należności:

a) w okresie od 19.10.2017 r. do 30.10.2018 r. do kwoty 211.000,00 złotych [...] do zapłacenia, których na rzecz Beneficjenta gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany z tytułu zapłaty wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy Nr ZP.272.22.2017 z dnia 19.10.2017 r. dotyczącej zaprojektowania i budowy pasywnego budynku użyteczności publicznej w Gminie (...), w brzmieniu z dnia jej zawarcia, zwanej dalej „umową objętą gwarancją”,

b) [...]

– a które to należności nie zostały zapłacone przez Zobowiązanego”.

Jednocześnie w pkt. 4 powyższej Gwarancji wskazano, że: „Zapłata przez (...) [...] kwoty, o której mowa w pkt 1, nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia do (...) [...] przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz:

- 1) z pisemnym oświadczeniem, że Zobowiązany nie wykonał lub wykonał nienależycie umowę objętą gwarancją i nie dokonał zapłaty wymagalnych należności o których mowa w pkt 1,
- 2) [...],
- 3) potwierdzonym za zgodność z oryginałem wezwaniem Zobowiązanego do zapłaty należności z tytułu, o którym mowa w pkt 1a lub 1b, wraz z dowodem nadania”.

Pismem z 27 sierpnia 2019 roku, złożonym do RKO Obwiniony wskazał, że nie naruszył dyscypliny finansów publicznych, ponieważ przepis art. 147 ust. 1 Pzp daje zamawiającemu możliwość żądania zabezpieczenia, nie jest to natomiast obowiązek. Obwiniony podał, że Gmina (...) (dalej „Zamawiający”) zwykle przyjmuje dokumenty gwarancyjne dostarczane przez wykonawców o szerszym zakresie zabezpieczenia oraz przyznał, że w przypadku analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjęcie gwarancji w takiej formie, w jakiej ją złożono, nastąpiło na skutek przeoczenia pracownika Zamawiającego, co koresponduje z powołanymi w dalszej części, zeznaniami świadka – byłego pracownika Zamawiającego. Obwiniony wskazał, że z uwagi na szeroki wachlarz kar umownych trudno mówić o braku zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Obwiniony nie zgodził się także ze stanowiskiem

Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, wedle którego forma gwarancji miała charakter warunkowy, wiążący wypłatę zabezpieczenia z zapłatą kar umownych. Przywołał zapisy gwarancji ubezpieczeniowej, które stanowiły, że ubezpieczyciel zobowiązał się do nieodwołalnej i bezwarunkowej płatności z tytułu wymagalnych kar umownych. Ponadto, w ocenie Obwinionego, niezasadny jest zarzut Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, dotyczący wpływu przyjęcia zabezpieczenia na wynik postępowania.

W rozprawie przed RKO, która odbyła się w dniach 30 października i 26 listopada 2019 roku Obwiniony nie uczestniczył, skorzystał natomiast z przysługującego mu prawa do obrony. obrońca Obwinionego stwierdziła, że brak jest wskazania wprost dyspozycji prawa materialnego, które zostałyby naruszone. Wskazany przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przepis oznacza możliwość, a nie określony obowiązek, bowiem zamawiający może ustanowić zabezpieczenie, a później wybrać innego wykonawcę, jeżeli pierwotnie wybrany nie wnosi zabezpieczenia. Ponadto, zabezpieczeniem należytego wykonania umowy lub niewykonania umowy są również kary umowne, zaś kara umowna to pewna forma odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy lub niewykonanie umowy. Ponadto obrońca wskazała, że w analizowanym przypadku zabezpieczenie było bezwarunkowe, bowiem gdyby Zamawiający złożył oświadczenie o nienależytym wykonaniu umowy albo niewykonaniu umowy, gwarant powinien wypłacić sumę gwarantowaną. W ocenie obrońcy Zamawiający zabezpieczył swoje roszczenia w zakresie kar umownych, co mieści się w pojęciu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. obrońca Obwinionego zwróciła także uwagę na fakt szerokiego katalogu kar umownych.

Z kolei składający wyjaśnienia w charakterze świadka Pan (Y) zeznał, na co RKO zwróciła uwagę, że istotnie przyjęcie zabezpieczenia w analizowanej formie nastąpiło wskutek przeoczenia. Świadek przyznał, że forma zabezpieczenia nie była prawidłowa.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Obwinionego i obrońcę, RKO zauważyła, że co prawda art. 147 ust. 1 Pzp wprowadza możliwość, a nie obowiązek, żądania przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jednak w rozpatrywanej sprawie Zamawiający określił w SIWZ, że wymaga wniesienia zabezpieczenia. Trudno zatem zdaniem RKO zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez Obwinionego i obrońcę, bowiem w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia, a więc skorzystał z uprawnienia przysługującego mu na mocy

powołanego przepisu prawa.

Z kolei w kwestii formy zabezpieczenia (gwarancji ubezpieczeniowej zawężonej do kar umownych z tytułu niewykonania albo nienależytego wykonania umowy) RKO stwierdziła, że katalog kar umownych określony w § 22 umowy zawartej przez Zamawiającego z wyłonionym Wykonawcą istotnie można ocenić jako szeroki. Jednakże RKO przychyliła się do stanowiska Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który stwierdził, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy złożone w powyższej formie nie zabezpieczało w należyтым stopniu interesów Zamawiającego. Forma Gwarancji ma bowiem charakter warunkowy, ściśle wiążący wypłatę zabezpieczenia z zapłatą kar umownych, podczas gdy zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest instytucją niezależną i odrębną od ewentualnych kar umownych ustalonych w warunkach kontraktu. Treść złożonej gwarancji wskazuje, iż zabezpieczenie miało zastępować kary umowne, co jednocześnie uniemożliwiało wypłatę sumy gwarancyjnej w sposób bezsporny z tytułu innych potencjalnych roszczeń Zamawiającego, jak np.: na pokrycie ceny wykonania zastępczego (w sytuacji, gdyby wybrany Wykonawca nie realizował zamówienia), na pokrycie szkód wyrządzonych środowisku naturalnemu, itp.

RKO zgodziła się także z Zastępcą Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w kwestii istnienia ryzyka niezyskania przez Zamawiającego jakiegokolwiek kwoty z Gwarancji, jeżeli Wykonawca zakwestionowałby podstawy i prawidłowość naliczenia ewentualnych kar umownych. Kara umowna jest bowiem świadczeniem spornym i wykonawca może wykazać, że do zwłoki w realizacji przedmiotu umowy przyczyniły się działania lub zaniechania Zamawiającego, co podważa wymagalność kar. Zatem istotą omawianego naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest przede wszystkim fakt ograniczenia formy zabezpieczenia do kar umownych, a więc nie tylko kwestia skutecznego albo nieskutecznego dochodzenia kar umownych. W opinii RKO zarówno Obwiniony jak i obrońca nie dostrzegają problemu tego właśnie ograniczenia, bowiem w złożonych wyjaśnieniach podnosili kwestię bezwarunkowej zapłaty kwoty ubezpieczenia – jednakże wyłącznie z tytułu kar umownych. Tymczasem nie należy wykluczyć, że nienależyte wykonanie umowy może przybrać postać inną, nieprzewidzianą katalogiem kar umownych.

Określony w art. 147 ust. 2 Pzp cel wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazuje, że pełni ono funkcję kaucji umożliwiającej zamawiającemu pokrycie roszczeń z

kwoty zabezpieczenia bez konieczności wykorzystywania procedur sądowych. Gwarancja ma być bowiem bezwarunkowa i stanowić substytut pieniądza. Ustanowienie zabezpieczenia ma na celu jak najlepsze zabezpieczenie interesów zamawiającego, ma umożliwić mu zaspokojenie wszelkich potencjalnych roszczeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Z treści gwarancji musi wprost wynikać, że gwarant składa gwarancję zapłaty określonej kwoty nieodwołalnie i bezwarunkowo, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Krakowie w postanowieniu z 10 lipca 2014 roku (sygn. akt IX GCo 131/14) „(...) istotą gwarancji jest pewność beneficjenta gwarancji, że jego roszczenie wobec drugiej strony umowy zostanie zaspokojone przez gwaranta bez oczekiwania na wynik procesu z drugą stroną umowy, która nie może wykorzystać instytucji udzielenia zabezpieczenia do pozbawienia beneficjenta gwarancji prawa do zaspokojenia w terminie określonym w gwarancji”. W interesie beneficjenta gwarancji jest zatem uzyskanie takiego zabezpieczenia, które pozwoli mu pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone postanowieniami umowy czy też przepisami prawa bez konieczności występowania na drogę sądową. Gwarancja ubezpieczeniowa obejmuje prawa i obowiązki, jakie strony w niej przewidziały. W rozpoznawanej sprawie Gwarancja została ograniczona do zapłaty należności z tytułu wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, a zatem nie zabezpieczała w pełni roszczeń, które mogłyby wynikać z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Gwarancja, na podstawie której gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezterminowo do zapłaty kwoty sumy gwarancyjnej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, obejmuje także zobowiązanie gwaranta do zapłaty roszczeń z tytułu kar umownych. Stanowisko takie prezentuje także KIO, która w uchwale z 16 sierpnia 2017 roku (sygn. akt KIO/KD 44/17), stwierdziła: „(...) Zgodnie z art. 147 ust. 1 i 2 ZamPublU, zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Prezes Urzędu zastrzegł, że ustawodawca nie określił, jakich konkretnie roszczeń w ramach roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może dochodzić zamawiający od wykonawcy, w tym przede wszystkim nie zawęził ich zakresu, należy więc przyjąć, że zabezpieczenie o jakim mowa zabezpiecza wszelkiego rodzaju roszczenia służące zamawiającemu w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę, w tym także z

tytułu kar umownych. Kara umowna stanowi rodzaj odszkodowania za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zastępuje to odszkodowanie. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a zatem przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określone są przez pryzmat ogólnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje szerzej kwestii roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego i w tym zakresie odsyła wprost do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (art. 14 i 139 ust. 1 ZamPublU). Stosownie do art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja kary umownej przewiduje naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego poprzez zapłatę sumy wskazanej w umowie. Zatem, roszczenie o zapłatę kar umownych powstaje dopiero w momencie stwierdzenia nienależytego wykonania zamówienia i tylko w przypadku zamieszczenia stosownych zastrzeżeń w umowie. Wskazać więc należy, że zawarcie w gwarancji ubezpieczeniowej zapisu, iż gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezterminowo, na pierwsze żądanie beneficjenta, do zapłaty kwoty nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych objętych umową, obejmuje również zobowiązanie gwaranta do zapłaty określonej w umowie kwoty pokrywającej roszczenie z tytułu kar umownych". RKO podsumowała, że niezależnie od tego, jak szeroki wachlarz kar umownych był zastrzeżony w Umowie, Gwarancja nie powinna ograniczać się wyłącznie do ich zapłaty, bowiem nie zabezpieczy to w należyтым stopniu interesów zamawiającego. Gwarancja powinna być sformułowana w taki sposób, aby czyniła zadość przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli w pełni zabezpieczać pokrycie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym zapłaty zastrzeżonej w umowie kary umownej czy pokrycie ceny wykonania zastępczego. Zatem mając na uwadze treść złożonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, treść SIWZ oraz normy ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający winien zakwestionować zapisy Gwarancji, ponieważ złożona Gwarancja ograniczała się do zastępowania wymagalnych kar umownych. Zdaniem RKO Gwarancja dotyczyła tylko należności z tytułu kar umownych, a zatem nie miała charakteru bezwarunkowego, co pozostawało w sprzeczności z zapisami SIWZ w zakresie wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które

zobowiązywały Wykonawcę do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej brutto w jednej z form wskazanych w art. 148 pkt 1 Pzp. Tym samym SIWZ nie określała możliwości wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy z jakimikolwiek dodatkowymi warunkami, jak np. uzależnieniem od kar umownych. Natomiast dodatkowe zastrzeżenie, zawarte w Gwarancji, oznaczało, że Wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdyż gwarant uzależniał dokonanie zapłaty od spełnienia właśnie dodatkowego warunku, jakim była zapłata wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umów.

W konsekwencji Zamawiający winien przed podpisaniem umowy wyegzekwować wniesienie prawidłowego zabezpieczenia, czyli nieograniczonego do kar umownych. Przepis art. 94 ust. 3 Pzp wskazuje bowiem, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp.

RKO zauważyła, że zaprezentowane stanowisko dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy i jego roli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodne jest z uchwałą Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z 9 lipca 2014 roku, (Nr 58/14), a także wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 kwietnia 2013 roku (sygn.. akt VI ACa 1390/12). Sąd Apelacyjny w Warszawie w powołanym wyroku w odniesieniu do zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazał m.in.: „(...) Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne (...). Kwestia nienależytego wykonywania zobowiązania przez (...) sp. z o.o. została jedynie wskazana ubocznie, natomiast Sąd I instancji zasadnie skupił się na problematyce treści gwarancji ubezpieczeniowej. Wbrew zarzutom skarżącego Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił i wyłożył jej postanowienia, które jasno wynikają ze złożonego w sprawie dokumentu (...). Z brzmienia drugiego akapitu ww. dokumentu jasno wynika, iż pozwany zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, niezależnie od ważności i skutków prawnych zawartej umowy, do zapłaty na pierwsze żądanie beneficjenta kwoty do wysokości 587.374,32 zł w przypadku, gdyby zleceniodawca /wykonawca robót budowlanych/

nie zapłacił w terminie zastrzeżonych kar umownych, będąc do tego zobowiązanym w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem postanowień umownych. Tym samym, skoro strony umowy określiły jej zakres przedmiotowy w ten sposób, tj. ograniczając odpowiedzialność gwaranta do kar umownych, brak jest jakichkolwiek podstaw do wyciągania wniosku, iż odpowiedzialność ta miałaby również obejmować inne roszczenia kierowane przez zamawiającego do wykonawcy. Jedynym więc warunkiem formalnym istotnie było złożenie oświadczenia w tym zakresie w terminie gwarancji, tj. do dnia 31 października 2010 r., niemniej jednak oświadczenie to z istoty rzeczy winno odnosić się do gwarantowanych roszczeń, nie zaś mieć inny zakres przedmiotowy, jak to miało miejsce w rozważanym przypadku. Powód złożył bowiem oświadczenie - żądanie z dnia 20 września 2010 r. (...) dotyczące zapłaty z tytułu niewykonania zobowiązań z umowy z dnia 28.01.2009 r., zaś na to żądanie składały się (...) wynagrodzenia wypłacone przez powoda podwykonawcom i równowartość stwierdzonych wad (...). W związku z tym powód /beneficjent gwarancji/ otrzymując od gwaranta dokument gwarancji z dnia 29 kwietnia 2009 r. i konstatując, iż zakres przedmiotowy tejże gwarancji nie obejmuje wszystkich roszczeń odszkodowawczych, a tylko ich określony rodzaj, względnie, iż jest niesatysfakcjonujący zbyt krótki termin zgłaszania roszczeń do gwaranta, winien nie akceptować jej treści, lecz zwrócić się do wykonawcy, kwestionując niezgodność jej z zapisem § 9 umowy i postulując zmianę, zatrzymując jednocześnie zabezpieczenie pieniężne do czasu przedstawienia umowy w przedmiocie gwarancji satysfakcjonującej stronę powodową, zgodną z zapisem § 9 umowy 28 stycznia 2009 r. (...). Skoro tak się nie stało to zakres przedmiotowy roszczeń tejże gwarancji obejmuje jedynie to co w niej wskazano, czyli roszczenia z tytułu kar umownych, nie obejmuje zaś roszczeń, które strona powodowa zgłosiła w żądaniu z dnia 20 września 2010 r., stanowiących należności podwykonawców i roszczeń z tytułu wad (...). Natomiast Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu w uchwale z 9 lipca 2014 roku (Nr 14/58) stwierdziło: „(...) Kolegium zwraca uwagę, że zgodnie z art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamawiający ma możliwość, bez konieczności wdawania się w spór z dłużnikiem, pokrycia przynajmniej w części swych wierzytelności. Natomiast kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy jest niezależna od innych należności. Jest to klauzula, którą strony mogą umieścić w umowie postanawiając, że naprawienie szkody wynikłej z

niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy. Zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, tytułem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, w tym również wykonania zastępczego czy zapłaty zastrzeżonej w umowie sumy (kary umownej)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie RKO, zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie zabezpieczało należycie interesów Zamawiającego, a Zamawiający w zaistniałej sytuacji powinien zastosować dyspozycję art. 94 ust. 3 Pzp.

Omówione naruszenie przepisów w zakresie zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania. W ocenie RKO zarówno Obwiniony jak i świadek – Pan (Y) – w istocie uznają winę Obwinionego, bowiem jak przedstawiono wcześniej, poinformowali, że efektem przeoczenia pracownika było przyjęcie zabezpieczenia w takiej formie, w jakiej je zaakceptował Zamawiający. Tym samym Obwiniony jako kierownik Zamawiającego miał możliwość innego sposobu zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obwiniony nie skorzystał z opisanego wzorca postępowania. Zatem Obwiniony ponosi winę, w rozumieniu art. 19 ust. 2 uondfp, w związku z przyjęciem opisanej formy zabezpieczenia.

RKO nie dopatrzyła się okoliczności łagodzących określonych w art. 36 ust. 2 uondfp, a zatem nie mogła zastosować instytucji odstąpienia od wymierzenia kary.

Odpowiedzialność za popełniony czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi, na mocy art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp Obwiniony, jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych, który 19 października 2017 roku udzielił zamówienia publicznego na rzecz firmy, która wniosła nieprawidłowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Mając na względzie przedstawione okoliczności faktyczne i prawne, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp RKO postanowiła wymierzyć Obwinionemu karę upomnienia, o którą wnioskował Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Datą popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w rozumieniu art. 21 uondfp, jest 19 października 2017 roku.

Z zaprezentowanym rozstrzygnięciem nie zgodził się Obwiniony, którego Obrońca wniósł pismem z 2 stycznia 2020 roku odwołanie, domagając się uchylecia w całości zaskarżonego

orzeczenia i umorzenia postępowania.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono, iż zawarte w nim rozstrzygnięcie dokonane zostało:

- 1) na podstawie nieprawidłowej wykładni treści dokumentu Gwarancji prowadzącej do uznania, iż Gwarancja miała charakter warunkowy, a zatem nie zabezpieczała należycie interesów Zamawiającego,
- 2) z naruszeniem art. 147 ust. 2 Pzp ze względu na przyjęcie przez RKO, iż przepis ten bezwzględnie nakłada na Zamawiającego obowiązek uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób pozwalający na pokrycie **wszelkich** roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy,
- 3) z naruszeniem art. 17 ust. 1c uondfp, który zastosowany został pomimo braku naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych i pomimo braku wpływu zarzucanego przez RKO naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) z naruszeniem art. 137 ust. 2 pkt 3 uondfp, gdyż RKO w uzasadnieniu orzeczenia nie wyjaśniła jego podstawy prawnej w zakresie wpływu zarzucanego naruszenia art. 147 ust. 2 Pzp na wynik postępowania, sprowadzając wyjaśnienia do wskazania „Omówione naruszenie przepisów w zakresie zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania” (str. 27 orzeczenia) pomimo, iż Obwiniony w swoich wyjaśnieniach podnosił argumenty o braku takiego wpływu,
- 5) z naruszeniem zasady wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego poprzez sugerowanie w sposób nieuzasadniony i nieoparty na zgromadzonym materiale dowodowym, iż świadek jak i Obwiniony potwierdzają winę Obwinionego, który miał możliwość innego zachowania się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosnie wykładni treści Gwarancji w odwołaniu wskazano, że zdaniem RKO otrzymana przez Zamawiającego Gwarancja ma charakter warunkowy, ściśle wiążąc wypłatę zabezpieczenia z zapłatą kar umownych, podczas gdy zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest instytucją niezależną i odrębną od ewentualnych kar umownych ustalonych w warunkach kontraktu. RKO uważa, że istniało ryzyko nieuzyskania jakiegokolwiek kwoty z Gwarancji, jeżeli Wykonawca zakwestionowałby podstawy i prawidłowość naliczenia ewentualnych kar umownych. Kara umowna jest bowiem, jak podnosiła RKO, świadczeniem

spornym i Wykonawca może wykazać, że do zwłoki w realizacji przedmiotu umowy przyczyniły się działania lub zaniechania Zamawiającego, co podważa wymagalność kar . RKO podsumowała na str. 24 orzeczenia, iż „Przedmiotowa gwarancja dotyczyła tylko należności z tytułu kar umownych, a zatem nie miała charakteru bezwarunkowego, co pozostawało w sprzeczności z zapisami SIWZ (...)”.

W ocenie Obrońcy Obwinionego nieuprawnione jest twierdzenie, jakoby Gwarancja miała charakter warunkowy ze względu na objęcie jej działaniem wyłącznie należności z tytułu kar umownych. W ustaleniach faktycznych sprawy, na str. 10 uzasadnienia znajduje się fragment Gwarancji wskazujący, iż (...) gwarantuje nieodwołanie i bezwarunkowo zapłatę wskazanych w tym dokumencie należności. Ten zapis w połączeniu z dalszymi postanowieniami, z których wynika obowiązek wypłaty przez ubezpieczyciela żądanej kwoty w terminie 30 dni od daty doręczenia pisemnego wezwania Zamawiającego wraz z jego oświadczeniem, że Zobowiązany nie wykonał lub nienależyte wykonał umowę objętą Gwarancją i wezwaniem do zapłaty należności z tego tytułu - w sposób jednoznaczny przesądzają o bezwarunkowym charakterze zobowiązania gwarancyjnego. Kwestię warunkowego charakteru gwarancji należy bowiem oceniać w kontekście stosunków na linii Zamawiający - Gwarant a nie tytułów należności jakich może żądać Zamawiający. W niniejszej sprawie z treści Gwarancji wynika iż InterRisk nie miał prawa do podważania żądań Zamawiającego, nie miał też prawa do żądania spełnienia przez Zamawiającego jakichkolwiek warunków poza dostarczeniem oświadczenia i wezwania do zapłaty. Zatem Gwarancja miała charakter bezwarunkowy.

Argument o spornym charakterze kar umownych zdaniem Obrońcy jest w niniejszej sprawie o tyle chybiony, iż ma zastosowanie do wszystkich należności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Również w przypadku, gdyby gwarancja obejmowała pokrycie ceny wykonania zastępczego - możliwe byłoby zaistnienie w tym zakresie sporu pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Potencjalnie sporny charakter należności objętych gwarancją nie ma więc wpływu na ocenę prawidłowości wystawionej gwarancji. Wypłaty z Gwarancji ocenianej w niniejszej sprawie byłyby wypłacane, gdyby tylko Zamawiający żądał takiej wypłaty - niezależnie od potencjalnie spornego charakteru kar umownych. Wbrew twierdzeniom RKO sporny charakter należności nie podważa wymagalności kar umownych (tak jak nie podważa wymagalności innych roszczeń). Ponieważ łącząca strony Umowa nie wskazywała terminu zapłaty ewentualnych kar umownych, w kwestii wymagalności zastosowanie miałby art. 455 Kodeksu cywilnego, wskazujący, iż jeżeli termin spełnienia

świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Z chwilą upływu wyznaczonego terminu zapłaty, Zamawiający mógłby żądać przed sądem spełnienia świadczenia od Wykonawcy. Z tą chwilą ewentualne kary umowne stałyby się wymagalne. Zamawiający miał więc zagwarantowaną, w ramach Gwarancji, wypłatę należności z tytułu kar umownych na podstawie oświadczenia, iż zobowiązany (Wykonawca) nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązania i przedstawionego wezwania do zapłaty kar umownych. Nie jest zdaniem obrońcy Obwinionego prawdą, w świetle treści dokumentu gwarancyjnego, iż „dodatkowe zastrzeżenie, zawarte w niniejszej gwarancji, oznaczało, że wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdyż gwarant uzależniał dokonanie zapłaty od spełnienia właśnie dodatkowego warunku, jakim była zapłata wymagalnych kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z dnia 19 października 2017 r.” (str. 25 orzeczenia). Tak irracjonalne odczytywanie treści Gwarancji sprzeczne jest z jej postanowieniami, w ramach których ubezpieczyciel był zobowiązany do wypłaty należności na podstawie oświadczenia Zamawiającego o braku zapłaty kar umownych, ponadto oznaczałoby nieuzasadnione wzbogacenie Zamawiającego (zapłata kar umownych przez wykonawcę i ubezpieczyciela). Następnie w odwołaniu przedstawiono argumenty dotyczące bezzasadności przypisania Obwinionemu naruszenia art. 147 ust. 2 Pzp. W odwołaniu zaznaczono, że nieuzasadnione jest twierdzenie, iż Gwarancja miała warunkowy charakter. Zatem ocenie należałoby poddać jedynie kwestię ograniczenia zakresu gwarancji ubezpieczeniowej do należności z tytułu kar umownych w kontekście wymogów przepisów o zamówieniach publicznych. Powołany w orzeczeniu 1 instancji art. 147 ust. 2 Pzp. wskazuje, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W odniesieniu do treści powyższej normy w odwołaniu zajęto stanowisko, że uzyskane przez Zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy mieściło się w zakresie objętym powołanym przepisem. Roszczenia z tytułu kar umownych jak najbardziej zawierają się w pojęciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie w postaci Gwarancji służyło więc celom ustawowym. Oceniając zachowanie Zamawiającego nie można pominąć treści ustępu 1. wskazanego art. 147 Pzp. Jednoznacznie daje on możliwość Zamawiającemu żądania od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten ustanawia więc uprawnienie a nie obowiązek. Okoliczność, iż Zamawiający w mniejszym stopniu wykorzystał

to uprawnienie nie jest naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Bowiem naruszeniem prawa skutkującym odpowiedzialnością w sferze dyscypliny finansów publicznych może być działanie lub zaniechanie obiektywnie sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Podniesiono, że ogólnikowość i swoboda stosowania przepisów art. 147 ust. 1 i 2 Pzp ma charakter racjonalny i zasadnie daje możliwość dowolnego kształtowania stosunków prawnych przez zamawiających. Z brzmienia wskazanych unormowań ustawowych nie można wywieść, iż zamawiający ma obowiązek uzyskiwania zabezpieczenia w najpełniejszym z możliwych zakresów. Dodatkowo wskazano, iż instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie została nigdzie skodyfikowana i brak jest podstaw do wskazywania jakie warunki powinna spełniać w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie podkreślono, iż w niniejszej sprawie zakres kar umownych przewidzianych w umowie zawartej z wykonawcą był szeroki i należyce zabezpieczał interesy Zamawiającego.

Podsumowując zdaniem obrońcy Obwinionego fakt wykorzystania przez Zamawiającego jego uprawnień w zakresie zabezpieczenia roszczeń tylko w odniesieniu do kar umownych nie stanowi naruszenia obowiązków płynących z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Następnie w odwołaniu wskazano na bezzasadność przypisania Obwinionemu naruszenia art. 17 ust. 1c uondfp. Podstawową przesłanką zastosowania przepisu stanowiącego podstawę ukarania Obwinionego w niniejszej sprawie - art. 17 ust. 1c uondfp jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba art. 17 tej ustawy.

W odwołaniu wskazano, że brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Obwinionego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazano, że w pełni uzasadnione jest w tej kwestii powoływanie się na tezę orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego, przywoływaną już w wyjaśnieniach Obwinionego, w myśl której „Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany w tym znaczeniu, że może być przypisana podmiotowi tylko wtedy, gdy naruszenie prawa polega wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów, a nie jest skutkiem jego interpretacji” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 r. IIGSK 2238/15).

Drugą przesłanką niezbędną do zastosowania wspomnianego art. 17 ust. 1c uondfp w niniejszej sprawie jest stwierdzenie wpływu tego ewentualnego naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nawet gdyby uznać, iż przyjęcie gwarancji ubezpieczeniowej zapewniającej zabezpieczenie jedynie w zakresie kar umownych stanowi naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, to niespełniony pozostaje ten drugi warunek określony w art. 17 ust. 1c uoondfp - okoliczność ta nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje się bowiem w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast udzielenie zabezpieczenia realizowane jest w późniejszym terminie.

Powyższy argument znajduje swoje odzwierciedlenie w terminach poszczególnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego w niniejszej sprawie:

- w dniu 12 października 2017 roku nastąpiło zatwierdzenie propozycji wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz zawiadomiono o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu nr ZP.271.31.2017,
- podważana przez RKO Gwarancja wystawiona została 13 października 2017 roku.

W dacie dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie posiadał jeszcze dokumentu spornej gwarancji. Nie można więc mówić o wpływie zarzucanego naruszenia na wynik postępowania.

Obrońca Obwinionego odniósł się także do kwestia możliwości innego zachowania Obwinionego w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zauważono w tym zakresie, że Obwiniony nie dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty w ocenianym postępowaniu o zamówienie publiczne. Nie miał więc możliwości innego zachowania w zakresie wyboru wykonawcy - nie ustalał wyniku postępowania. Obwiniony podpisał natomiast umowę z wybranym wykonawcą, jednakże w dacie jej podpisywania nie miał żadnej wiedzy o jakichkolwiek wątpliwościach co do treści Gwarancji. Żadnych wątpliwości w tym zakresie nie zgłaszał mu pracownik prowadzący sprawę tego zamówienia (co potwierdzają zeznania świadka - Pana (Y)). Ocena Gwarancji jako dokumentu o węższym zakresie niż można by wymagać, powstała po stronie Zamawiającego dopiero w trakcie niniejszego postępowania. Okoliczność, iż obecnie, tj. w dacie postępowania dyscyplinarnego a nie w październiku 2017 roku, świadek i Obwiniony mówią o przeoczeniu w zakresie treści Gwarancji nie oznacza, iż tak jak sugeruje RKO w uzasadnieniu orzeczenia, Obwiniony miał możliwość innego sposobu zachowania w postępowaniu o zamówienie publiczne. Obwiniony w dacie podpisywania Umowy nie miał wiedzy, iż Gwarancja jaką złożył wykonawca mogłaby

budzić czykolwiek wątpliwości. Z punktu widzenia możliwości przypisania winy Obwinionemu najistotniejszy jest jednak wykazywany w niniejszym odwołaniu brak bezprawności zachowania Obwinionego w niniejszej sprawie (brak naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych oraz niespełnienie przesłanki z art. 17 ust. 1c uondfp).

Konkludując w odwołaniu podniesiono, że udzielona Zamawiającemu Gwarancja była dokumentem wystawionym w sposób prawidłowy, zapewniającym bezwarunkowa i nieodwołalną wypłatę należności w niej opisanych. Okoliczność ograniczenia gwarancji do wypłaty kwot wynikających z kar umownych naliczonych przez Zamawiającego nie wpływa na charakter tego dokumentu jako środka zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Okoliczność ta nie stanowi naruszenia art. 147 ust. 2 Pzp i z tego tytułu nie jest podstawa do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1c uondfp. Do zastosowania powyższego przepisu brak również wypełnienia przesłanki w postaci wpływu zarzucanego czynu na wynik postępowania. Wobec braku bezprawności działania/zaniechania Obwinionego i braku możliwości wymagania od niego innego zachowania w postępowaniu o zamówienie publicznego w sytuacji braku jego wiedzy o węższym zakresie Gwarancji uznanie Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest nieuzasadnione.

W piśmie z 9 stycznia 2021 roku Obrońca Obwinionego sprostował, iż wnosi o uchylenie zaskarżonego orzeczenie w części dotyczącej Obwinionego, tj. pkt 1 i 2 oraz umorzenie postępowania w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej: „GKO”), po przeprowadzeniu rozprawy 21 stycznia 2021 roku, na podstawie zebranego materiału dowodowego ustaliła i zważyła, co następuje.

GKO utrzymała w mocy rozstrzygnięcie RKO kierując się następującymi motywami.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, iż kluczowe dla rozpoznania sprawy są przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych. W tym kontekście trzeba odnotować, że w czasie popełnienia czynu, tj. 19 października 2017 roku obowiązywała ustawa z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień Publicznych (ze zm.) uchylona na mocy przepisu art. 89 ustawy z 11 września 2019 roku (Dz.U. z 2019 roku poz. 2020, z 2020 r., poz. 1086) wprowadzającej ustawę Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji w czasie orzekania przez GKO obowiązuje ustawa z 11

września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (ze zm., dalej „nowe Pzp”).

Tym samym niezbędne jest dokonanie analizy porównawczej, w celu ustalenia, czy przepisy obowiązujące w czasie popełnienia czynu nie są względniejsze dla Obwinionego niż przepisy obowiązujące w czasie orzekania przez GKO.

Ocenie w tym zakresie poddać należy w szczególności regulacje odnoszące się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym skutków braku prawidłowego wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kontekście wpływu na wynik postępowania o zamówienie publiczne o wartości niższej niż progi unijne dla robót budowlanych. Jak wynika bowiem z SIWZ wartość przedmiotowego zamówienia – udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego - jest poniżej równowartości w złotych polskich kwoty 5 225 000 euro.

Przechodząc do wykazania i omówienia relewantnych w przedmiotowej sprawie przepisów Pzp oraz nowego Pzp dostrzec należy, że obie ustawy pozostawiają decyzję odnośnie żądania od wykonawców zabezpieczenia należytego wykonania umowy (dalej „Zabezpieczenie”) zamawiającemu (art. 147 ust. 1 Pzp oraz art. 281 ust. 1 pkt 19 lub 295 ust. 3 nowego Pzp). W myśl obu regulacji Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (art. 147 ust. 2 Pzp oraz art. 449 ust. 2 nowego Pzp). W nowym Pzp (art. 449 ust. 3) wskazano także, że Zabezpieczenie wnosi się przed zawarciem umowy, chyba że ustawa stanowi inaczej lub zamawiający określi inny termin w dokumentach zamówienia. Zasadą zatem pozostaje wniesienie zabezpieczenia przed podpisaniem umowy. Niezmiennie gwarancja ubezpieczeniowa stanowi dopuszczalną formę zabezpieczenia (art. 148 Pzp oraz 450 nowego Pzp).

Porównując konsekwencje dla postępowania o zamówienie niewniesienia przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia zasadne jest przywołanie art. 94 ust. 3 Pzp, w myśl którego, w takiej sytuacji zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Jak wynika natomiast z art. 263 nowego Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wnosi wymaganego zabezpieczenia, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać ofertę najkorzystniejszą albo unieważnić postępowanie. Zatem wniesienie zabezpieczenia pozostaje obowiązkowe, jeśli zamawiający wymagał zabezpieczenia w dokumentach zamówienia. Bez zmian pozostaje także, że za

przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne odpowiada kierownik zamawiającego (art. 18 ust. 1 Pzp i 52 nowego Pzp).

Zważywszy powyższe, niezależnie od tego, czy w niniejszej sprawie zastosowane byłyby przepisy obowiązujące w dacie orzekania, czy w czasie popełnienia czynu przebieg postępowania oraz skutki niewniesienia zabezpieczenia (wniesienia nieprawidłowego zabezpieczenia) są takie same.

W tym miejscu nie można pominąć, iż z dniem 1 stycznia 2021 roku zmieniono także przepis art. 17 ust. 1c uondfp. W czasie popełnienia czynu wskazany przepis brzmiał następująco: „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej”. Natomiast w czasie orzekania przez GKO zgodnie z art. 17 ust. 1c uondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b - 1bc, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, zawarcia umowy na usługi społeczne lub inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu.

Porównanie ww. regulacji uondfp pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż w zakresie istotnym dla rozpoznania sprawy brak zmian w przepisach. Dla przypisania odpowiedzialności niezmiennie w realiach danej sprawy konieczne jest wykazanie, że zarzucane naruszenie dyscypliny finansów publicznych miało wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Przy czym nowe Pzp nie wprowadziło zmian odnośnie rozumienia pojęcia wyniku postępowania. Wynik postępowania o zamówienie to wybór oferty najkorzystniejszej finalizowany zawarciem umowy bądź unieważnienie postępowania (por. art. 7 pkt 18 nowego Pzp w zw. z art. 254 nowego Pzp). Zatem wynik postępowania rozumiany jest analogicznie, jak na gruncie Pzp.

Zważywszy powyższe w rozpatrywanej sprawie brak podstaw do zastosowania przepisów obowiązujących w czasie popełnienia czynu, gdyż nie są one względniejsze dla Obwinionego. W konsekwencji w myśl przepisu art. 24 ust. 1 uondfp GKO oparła rozstrzygnięcie na przepisach obowiązujących w dacie orzekania.

Przechodząc zatem do analizy stanu faktycznego GKO przyjmuje za własne ustalenia RKO w tym zakresie. Uzupełniając wskazać należy, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował, że gwarancja ubezpieczeniowa, stanowiąca zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ma być bezwarunkowa.

Dokonując oceny prawnej należy przede wszystkim podkreślić, co słusznie zauważyła RKO, że o ile wymaganie w postępowaniu o zamówienie publiczne zabezpieczenia pozostawione jest decyzji zamawiającego, to w przypadku, gdy zamawiający sformułował w SIWZ obowiązek wniesienia zabezpieczenia (jak w niniejszej sprawie), Wykonawca był zobligowany do jego wniesienia. W konsekwencji Zamawiający miał obowiązek zweryfikowania, czy Wykonawca wywiązał się z tego zadania prawidłowo.

Punktem odniesienia dla oceny poprawności zabezpieczenia są w tym zakresie przede wszystkim przepisy nowego Pzp, ale także SIWZ. Zamawiający był uprawniony, aby w dokumentach zamówienia określić wymagania odnośnie zabezpieczenia wnoszonego w formie gwarancji (ubezpieczeniowej czy bankowej). Przepisy o zamówieniach publicznych bowiem nie formułują w tym zakresie żadnych szczegółowych wytycznych. Jeśli zatem Zamawiający oczekiwał złożenia gwarancji bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze żądanie, brak było przeszkód, aby takie wymagania wskazać w SIWZ. Jeśli jednak Zamawiający rzeczonych warunków dotyczących zabezpieczenia nie sformułował w dokumentach zamówienia nie ma podstaw, aby w przypadku ich nie spełnienia, wyciągać wobec Wykonawcy negatywne konsekwencje i uznawać, że nie wniósł zabezpieczenia, a co za tym idzie, że aktualizuje się podstawa do stosowania przepisu art. 263 nowego Pzp (art. 94 ust. 3 Pzp).

Zatem w realiach sprawy ewentualne złożenie Gwarancji warunkowej nie może być dyskwalifikujące, bowiem Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej cechowała bezwarunkowość.

Nie oznacza to, że Gwarancja spełniała wymagania SIWZ i nowego Pzp. Zarówno na gruncie Pzp, jak SIWZ obowiązującej w badanej sprawie zabezpieczenie służyć ma pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ani Pzp, ani SIWZ nie wprowadziło żadnych ograniczeń w tym zakresie. Niewątpliwie Gwarancja ogranicza tytuły uprawniające do skorzystania z niej wyłącznie do wymagalnych kar umownych oraz nie usunięcia lub nienależytego usunięcia wad i usterek ujawnionych w okresie po podpisaniu protokołu zdawczo – odbiorczego. Tę interpretację podzielił także Obrońca Obwinionego w odwołaniu

wskazując na „ograniczenie zakresu gwarancji ubezpieczeniowej”. W konsekwencji nie jest sporne, że Gwarancja nie obejmuje pełnego spektrum roszczeń z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy. Obrońca Obwinionego argumentuje jednak, że skoro roszczenia z tytułu kar umownych zawierają się w pojęciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, należało uznać, iż Gwarancja jest poprawna, tj. zgodna z Pzp. Obrońca jednak pomija, iż w realiach sprawy Zamawiający w SIWZ nie wprowadził żadnych ograniczeń odnośnie zakresu wymaganego zabezpieczenia wprost w SIWZ informując, iż zabezpieczenie ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zamawiający nie wyłączył żadnych roszczeń. Tym samym Gwarancja jest niezgodna zarówno z nowym Pzp (a także Pzp), jak i SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający – wobec braku wniesienia przez Wykonawcę zabezpieczenia – zobowiązany był sięgnąć do regulacji art. 94 ust. 3 Pzp (art. 263 nowego Pzp), finalnie unieważniając postępowania, bowiem oferta Wykonawcy była jedyną złożoną w przedmiotowym postępowaniu, co jednoznacznie wskazuje na wpływ na wynik postępowania. Zamawiający, w imieniu którego działał Obwiniony, zamiast bowiem unieważnić postępowanie, udzielił zamówienia Wykonawcy (zawarł umowę). Zatem zdaniem GKO prawidłowo zostało przyjęte, że w realiach sprawy Obwiniony popełnił czyn wypełniający znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odnosnie winy Obwinionego oraz wymierzonej kary GKO aprobuje ocenę RKO. Zgodnie z art. 52 ust. 1 nowego Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne odpowiada kierownik zamawiającego. Obwiniony pełnił funkcję kierownika Zamawiającego w czasie popełnienia zarzucanego czynu. Niezależnie od tego, że nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, nie było żadnych przeszkód do unieważnienia przedmiotowego wyboru i unieważnienia postępowania, do czego, jako kierownik Zamawiającego był nie tylko uprawniony, ale także zobowiązany. Przed podpisaniem Umowy, działając z należytą starannością, powinien zweryfikować, czy wszystkie przesłanki uprawniającego go do udzielenia zamówienia, w tym wniesienie zabezpieczenia, zaktualizowały się. Zachowanie należytej staranności przez Obwinionego pozwoliłoby uniknąć udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Tym samym, uwzględniając stopień winy Obwinionego, w tym pochopte zawarcie umowy, jak również brać pod uwagę stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia, który nie był znaczny, bowiem Zabezpieczenie zostało wniesione, a jego wadliwość wyrażała się w zbyt wąskim

wskazaniu zakresu Zabezpieczenia, RKO prawidłowo wymierzyła Obwinionemu karę najłagodniejszą, tj. upomnienia określoną w art. 35 uondfp nie dostrzegając podstaw do odstąpienia od wymierzenia kary wskazanych w art. 36 ust. 2 uondfp. Kara upomnienia w sposób należyty wypełni funkcję prewencji ogólnej, a wobec Obwinionego spełni rolę dyscyplinującą.

GKO nie podzieliła stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej „Rzecznik”) prezentowanego na rozprawie, wnoszącego o uchylenie orzeczenia RKO, z uwagi na jego wadliwość, polegającą na zbyt ogólnikowym opisanu sposobu popełnienia przez Obwinionego czynu, GKO nie dopatrzyła się uchybienia sygnalizowanego przez Rzecznika. Jak bowiem wynika z treści art. 135 ust. 2 pkt 5 uondfp orzeczenie zawiera m.in. określenie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz z podaniem sposobu jego popełnienia. Orzeczenie RKO wypełnia wytyczne wynikające z powołanego przepisu. Wskazuje, że Obwiniony został uznany odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez udzielenie przez Zamawiającego 19 października 2017 roku opisanego zamówienia publicznego „wykonawcy, który złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy o treści niespełniającej wymogów w art. 147 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r., poz. 1843) co spowodowało naruszenie art. 94 ust. 3 (...)”.

W konsekwencji GKO - na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp – orzekła, jak w sentencji.