

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, 12 lutego 2024 r.

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

Przewodniczący:	Członek GKO:	Sławomir Franek
Członkowie:	Członek GKO:	Krzysztof Fijołek
	Członek GKO:	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu na rozprawie 12 lutego 2024 r. odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Pani (...) (zam.) – pełniącej w czasie zarzuconego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...) oraz Pana (...) (zam.) - pełniącego w czasie zarzuconego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Burmistrza Miasta (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z 17 kwietnia 2023 r., nr NDB-50/Ł/9/2023, w zakresie którym Regionalna Komisja Orzekająca:

1) uniewinniła Panią (...) od zarzutu naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 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 i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, wskutek nieokreślenia zakresu

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

(wielkości) zamówienia, co stanowiło przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego – powyższe dotyczyło udzielenia zamówień publicznych na:

- bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r. (czas popełnienia naruszenia – 4 lutego 2020 r., umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 21 lutego 2020 r.;
- utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020r. (czas popełnienia naruszenia – 12 marca 2020 r., umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 3 kwietnia 2020 r.);
- zimowe utrzymanie dróg, chodników parkingów i placów na terenie Miasta w sezonie 2019-2020 (czas popełnienia naruszenia – 17 października 2019 r. , umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 5 listopada 2019 r.),

z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych²;

- 2) uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uoofp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 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 i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, wskutek nieokreślenia zakresu (wielkości) zamówienia, co stanowiło przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego – powyższe dotyczyło udzielenia zamówień publicznych na:

² ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz.1843 ze zm.),

- bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r. (czas popełnienia naruszenia – 16 lipca 2020 r., umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 17 sierpnia 2020 r.);
- utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 r. (czas popełnienia naruszenia – 17 września 2020 r., umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 13 października 2020 r.);

z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych;

W zakresie zaskarżonych czynów Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa;

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp uchyla zaskarżone orzeczenie w zaskarżonej części i w tej części przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z 17 kwietnia 2023 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (dalej „RKO” lub „Komisja I instancji”) działając na podstawie art. 135 ust. 1 uondfp z uwzględnieniem art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 3 uondfp uniewinniła Panią (...) — Burmistrza Miasta (...) (dalej „Obwiniona”), od zarzutu popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1c uondfp, , zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 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 i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, wskutek nieokreślenia zakresu (wielkości) zamówienia, przesłankę unieważnienia postępowania o

udzielenie zamówienia co stanowiło publicznego, wobec braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe dotyczyło udzielenia zamówień publicznych na:

- 1) bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r. (czas popełnienia 4 lutego 2020 r., umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 21 lutego 2020 r.);
- 2) utrzymanie zieleni miejskiej w 2020 r. (czas popełnienia naruszenia - 12 marca 2020r., umowa w naruszenia na terenie Miasta (...) sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 3 kwietnia 2020 r.);
- 3) zimowe utrzymanie dróg, chodników parkingów i placów na terenie Miasta (...) w sezonie 2019-2020 (czas popełnienia naruszenia 17 października 2019 r., umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 5 listopada 2019 r.),

z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp z 2004), w obecnym stanie prawnym art. 99 w związku z art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych³

Analogicznie RKO orzekła w zakresie dotyczącym Pana (...) - Z-cę Burmistrza Miasta (...) (dalej „Obwiniony”), uniewinniając Go od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uoondfp poprzez nieokreślenie zakresu (wielkości) zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru oferty, wskutek nieokreślenia zakresu (wielkości) zamówienia, co stanowiło przesłankę unieważnienia zgodnie z którym naruszeniem naruszenie określenie przedmiotu zamówienia najkorzystniejszej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe dotyczyło udzielenia zamówień publicznych na:

- 1) bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r. (czas popełnienia naruszenia 16 lipca 2020 r., umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 17 sierpnia 2020 r.);

³ ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz.1710 ze zm.) - dalej „Pzp”

- 2) utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020r. (czas popełnienia naruszenia - 17 września 2020 r., umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 13 października 2020 r.).

RKO nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust.

6 Pzp z 2004 - w obecnym stanie prawnym art. 99 w związku z art. 255 pkt 6 Pzp. RKO rozpoznała sprawę w wyniku wniosku o ukaranie złożonego dnia 31 stycznia 2023 r. przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (dalej „Zastępcą Rzecznika”).

RKO wyjaśniła, że zgodnie z art. 17 ust. 1c uodnfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b-1bc uodnfp, 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 i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, wskutek nieokreślenia zakresu (wielkości) zamówienia, co stanowiło przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe dotyczyło udzielenia zamówień publicznych w przypadku Obwinionej na:

- 1) bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta w 2020r. zamówienia została zawarta w dniu 21 lutego 2020 r.,
- 2) utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta w 2020 r. - umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 3 kwietnia 2020 r.,
- 3) zimowe utrzymanie dróg, chodników parkingów i placów na terenie Miasta w sezonie 2019-2020 - umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 5 listopada 2019r., z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust.6 Pzp z 2004.

W przypadku Obwinionego analogiczne zarzuty dotyczyły udzielenia zamówień publicznych na:

- 1) bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta w 2020r. umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 17 sierpnia 2020 r.,

- 2) utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta w 2020 r. - umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 13 października 2020 r.

W zakresie stanu prawnego RKO ustaliła, że art. 17 ust. 1c uoondfp zmienił się jednak w zakresie, który nie odnosi się do zarzucanych naruszeń. Obecnie dyspozycja przepisu brzmi „(...) Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b-1bc, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie li zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, zawarcia umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu”. W stanie prawnym obowiązującym w datach popełnienia zarzucanych czynów brzmienie normy prawnej było inne, bowiem odmienne było odesłanie do jednostek redakcyjnych w ramach art. 17. Zgodnie z ówczesnie obowiązującym art. 17 ust. 1c uoondfp „(...) Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust.1, 1b i 1 ba, 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”. Jednakże ponieważ zarzucane naruszenia odnoszą się do stanów prawnych wpisujących się w zakres: „(...) Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż (...)”, stwierdzono, że w odniesieniu do zarzucanych czynów stan prawny pozostał bez zmian. Ponadto zmianie uległy przepisy prawa w zakresie zamówień publicznych - ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych została zastąpiona ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. Zatem w dniu orzekania obowiązują przepisy nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. RKO dokonała analizy porównawczej norm prawnych w dziedzinie zamówień publicznych, pod kątem ustalenia ewentualnej względności norm ustawy obowiązującej w czasie popełnienia zarzucanych czynów. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 24 ust. 1 uoondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Na podstawie art. 29 ust.1 i 2 Pzp z 2004 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie

dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei przepisy art. 99 Pzp w ust. 1 oraz art. 16 Pzp stanowią, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. RKO uznała, że dyspozycje powołanych przepisów są tożsame. Ponadto, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z 2004 zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tożsame brzmienie powołanej normy prawnej ustawodawca ujął w obecnie obowiązującej ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wskazując, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 Pzp). RKO porównała także stan prawny w zakresie przepisu prawa powołanego przez Zastępcę Rzecznika, jako naruszonego - art. 146 ust. 6 Pzp z 2004, w myśl którego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógł wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych występuje norma prawna art. 459 ust. 1 pkt 2, stanowiącego, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Pzp. Umowa podlega unieważnieniu, m.in. jeżeli zamawiający: z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. W wyniku analizy dyspozycji przepisu art. 459 ust. 1 pkt 2 Pzp, w granicach odesłania do art.

457 ust. 1 tej ustawy, RKO doszła do wniosku, że w ramach odesłania, w realiach przedmiotowej sprawy, zastosowanie znajduje tylko następujący zakres dyspozycji art.

457 ust. 1 pkt 1: umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. W ocenie RKO cytowane normy odnoszą się do tożsamego zachowania zamawiającego, tj. zawarcia umowy z naruszeniem przepisu ustawy, które to naruszenie polegałoby na podjęciu określonych czynności albo ich niepodjęciu. W stanie faktycznym zarzucanych naruszeń, zdaniem Zastępcy Rzecznika, działanie zamawiającego przybrało postać niewłaściwego opisu przedmiotu zamówień, co sprowadza się w konsekwencji do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisu ustawy. Podsumowując wywód RKO oceniła dyspozycje powołanych przepisów prawa jako tożsame. Zatem RKO uznała, że orzekać będzie według stanu prawnego obowiązującego w dniu orzekania.

RKO przyjęła następujące ustalenia faktyczne.

W odniesieniu do zamówienia publicznego na usługę bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta w 2020 r. stwierdzono, że Gmina podpisała w 2020 r. w tym przedmiocie dwie umowy, tj. umowę nr 93/2020 z dnia 21 lutego 2020 r.

z wynagrodzeniem w wysokości 140.000,00 zł brutto oraz umowę nr RI. 193/2020 z dnia 17 sierpnia 2020 r. z wynagrodzeniem w wysokości 200.000,00 zł. Umowy zostały zawarte z tym samym podmiotem, tj. firmą (...). Zamówień udzielono w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego: pierwszy z nich miał miejsce w lutym 2020 r., natomiast drugi w sierpniu 2020 r. Analiza specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) opracowana dla tych postępowań wykazała, że roboty objęte przedmiotem zamówienia zestawiono w załączniku nr 1 do projektów umów, stanowiących integralną część SIWZ. Zastępca Rzecznika zgłosił, że z powyższych dokumentów nie wynikały informacje dotyczące zakresu i wielkości zamówienia, ograniczono się tylko do wskazania rodzaju wykonywanych prac, np. w poz. 1 wykazu ujęto usługę - „Równanie równiarką dróg nieulepszonych z profilowaniem nawierzchni dostosowanym do istniejącego terenu (spadek daszkowy lub jednostronny o nachyleniu 3%-6% wraz z zagęszczeniem)”, w poz.28 - „Udrożnienie i czyszczenie przepustów rurowych”, w poz.59 - „Sprzątanie ciągów chodnikowych” (tub 67 - II postępowanie), bez wskazania zakładanych: obszaru, powierzchni czy długości dróg, jakie miały zostać objęte świadczoną usługą. Zamawiający w zestawieniu robót, dla których należało podać wyłącznie ceny jednostkowe, ujął zarówno roboty

remontowe na drogach nieulepszonych, jak i roboty na drogach o powierzchni asfaltowej, bez wskazania wagi tych. robót, tj. jaki będą one stanowić procent zamówienia. Tymczasem w ocenie Zastępcy Rzecznika koszt robót wykonywanych na drogach gruntowych jest istotnie niższy od kosztu robót na drogach asfaltowych, co wynikało chociażby z oferty wykonawcy, wg której wykonanie remontów cząstkowych nawierzchni asfaltowych to koszt 674,50 zł brutto za 1 tonę wbudowaną, natomiast utwardzenie destruktem asfaltowym albo kruszywem dróg nieulepszonych to koszt od 24,60 do 30,75 zł brutto za 1 m². Zdaniem Zastępcy Rzecznika, ponieważ zamawiający nie określił rozmiaru poszczególnych robót, prowadzi to do wniosku, iż korzystniejszą ofertę mógł złożyć podmiot, który posiadał wiedzę dotyczącą stanu dróg gminnych. W ocenie Zastępcy Rzecznika, zaniechanie podania w opisie przedmiotu zamówienia informacji o wymaganym (przewidywanym) rozmiarze poszczególnych robót uniemożliwiało wykonawcom właściwą ocenę zakresu i rozmiaru usług przewidzianych do realizacji przez zamawiającego, a w konsekwencji określenie ceny adekwatnej do przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu uniemożliwiało ocenę składanych ofert, bowiem wg kryterium ceny, ocenie podlegała suma cen jednostkowych ze wszystkich rodzajów usług wymienionych w załączniku. Zastępca Rzecznika powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2011r., sygn. akt: KIO 2649/11, w którym wskazano: opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jakie usługi, dostawy, lub roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres lub rozmiar zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert.

Analogiczne nieprawidłowości Zastępcy Rzecznika powołał w odniesieniu do okoliczności udzielenia zamówienia publicznego na usługę Utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta w 2020 r. W 2020 r. jednostka zawarła w tym zakresie dwie umowy, tj. umowę nr 122/2020 z dnia 3 kwietnia 2020r. z wynagrodzeniem w wysokości 160.000,00 zł i 13 października 2020 r. z wynagrodzeniem w wysokości 50.000,00 zł. Umowy zostały zawarte z tym samym podmiotem wybranym w wyniku przetargu nieograniczonego. Zastępca Rzecznika uznał, że zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób, który nie odzwierciedlał jego rzeczywistych potrzeb i wymagań, jak również w sposób, który mógł prowadzić do złożenia ofert, których nie można byłoby porównać w ramach kryterium ceny, wobec braku określenia zakładanego zakresu (wielkości) zamówienia, z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp z 2004. Zastępca Rzecznika zauważył, że według SIWZ przedmiotem zamówienia było

utrzymanie, pielęgnacja i porządkowanie zieleni miejskiej, a szczegółową specyfikację rodzaju i zakresu usługi określał załącznik nr 1 do projektu umowy, stanowiącej integralną część SIWZ. Według powyższych dokumentów, zamówienie obejmowało m.in. koszenie trawników wraz ze zgrabieniem, uprzątnięciem i wywozem trawy, koszenie poboczy, strzyżenie żywopłotów, obsadzanie rabat kwiatowych, nasadzenia drzew i krzewów, czyszczenie terenów kwater żołnierskich. Załącznik obejmował 33 pozycje, przy czym żadna z nich nie wskazywała wymagań zamawiającego dotyczących ich zakresu, a mianowicie nie opisano, jaką powierzchnia trawników podlegała koszeniu, jaką powierzchnię rabat należało obsadzić kwiatami i jakiego rodzaju miały być to nasadzenia, liczbę donic do obsadzenia i rodzaj tych nasadzeń, powierzchni podlegającej podlewaniu, itp. Cenę oferty stanowiła suma cen jednostkowych dla wszystkich 33 pozycji (kryterium ceny umowę nr 231/2020 z dnia 16 przypisano wagę 60%). Według Zastępcy Rzecznika brak szczegółowej informacji o wymaganym (przewidywanym) rozmiarze poszczególnych robót uniemożliwiało wykonawcom dokonanie oceny zakresu i rozmiaru usług przewidzianych przez zamawiającego do realizacji i złożenie oferty z ceną adekwatną do przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu uniemożliwiało ocenę składanych ofert w zakresie kryterium ceny.

W konsekwencji powyższego w postępowaniu nr II, w którym brało udział dwóch wykonawców, cena oferty firmy (...) - wykonawcy, który z racji dotychczas wykonywanej usługi, będącej przedmiotem pierwszego postępowania, posiadał wiedzę i rozeznanie w omawianym zakresie, była o 169% niższa od oferty drugiego podmiotu, który składał ofertę po raz pierwszy. Także w przypadku zamówienia publicznego na usługę zimowego utrzymania dróg chodników, parkingów i placów na terenie Miasta w sezonie 2019/2020 Zastępca Rzecznika zgłosił analogiczne nieprawidłowości. Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 5 listopada 2019 r. z firmą (...), z wynagrodzeniem w wysokości 500.000,00 zł. Zamówienia udzielono w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający opisując kryterium oceny ofert - cena - ustalił je jako sumę cen jednostkowych za usługi według wyszczególnienia: praca pługopiaskarki lub solarki z pługiem - posypywanie za 1 km; praca pługopiaskarki lub solarki z pługiem - pługowanie za 1 km; pługowanie wraz z posypywaniem za 1 km; wyjazd interwencyjny z materiałem za 1 km; praca koparko-spycharki - 1 R-g, m² pracy równiarki; 1 Mg piasku; 1 Mg mieszanki 15%; 1 Mg mieszanki 30%; 1 Mg mieszanki 50%; 1 Mg soli drogowej; posypywanie piaskiem chodników za 1 m²; odśnieżanie chodnika za 1 m²; sprzątnięcie pasa jezdni ograniczonego krawężnikami za 1 m²;

sprzątanie ciągów chodnikowych za 1 m²; wywóz śniegu za 1 m³. Według Zastępcy Rzecznika scharakteryzowany sposób opisu przedmiotu zamówienia powiązany z kalkulacją ceny oferty jako sumy cen jednostkowych, uniemożliwiał przedstawienie oraz porównanie ofert. Wyszczególnione elementy zamówienia nie są porównywalne ze sobą, chociażby ze względu na przyjęte różnorodne jednostki (tj. km, m², Mg, R-g) oraz wobec braku wspólnej cechy, według której można byłoby uporządkować poszczególne elementy, a następnie porównać je według przyjętego kryterium. Finalnie Zastępca Rzecznika uznał, że w opisanych stanach faktycznych doszło do naruszenia art. 29 ust. 1-2 Pzp z 2004.

Jak argumentował Zastępca Rzecznika, zaprezentowany opis przedmiotu zamówienia, wobec faktu, iż nie dawał możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowił przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp z 2004. Dodatkowo Zastępca Rzecznika przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. 2176/19, w której KIO zauważyła, że „(...) W ocenie składu orzekającego, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania”. Jako odpowiedzialnych za ujawnione naruszenia Zastępcą Rzecznika wskazał Obwinioną:

- w zakresie postępowania na bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r., która w dniu 4 lutego 2020 r. zatwierdziła SIWZ,
- w zakresie postępowania na utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 r., która w dniu 12 marca 2020 r. zatwierdziła SIWZ,
- w zakresie postępowania na zimowe utrzymanie dróg na terenie Miasta (...) w sezonie 2019/2020, która w dniu 17 października 2019 r. zatwierdziła SIWZ

oraz Obwinionego:

- w zakresie postępowania na bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r., który w dniu 16 lipca 2020 r. zatwierdził SIWZ,
- - w zakresie postępowania na utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 r., który w dniu 17 września 2020 r. zatwierdził SIWZ.

Na podstawie art. 21 uodfp 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. Kierując się powołaną

normą prawną Zastępcą Rzecznika wskazał daty zatwierdzenia SIWZ, wymienione wyżej, jako daty popełnienia naruszeń dyscypliny finansów publicznych.

Przystępując do oceny naruszeń RKO powołała tezy postawione w dokumencie pokontrolnym RIO w Łodzi - protokole kontroli z dnia 29 lipca 2022 roku, w którym w odniesieniu do zamówienia publicznego na usługę bieżącego utrzymania dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r., kontrolujący argumentowali: „(...) Analiza treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazała, że przedmiot zamówienia opisano w sposób nieodzwierciedlający rzeczywistych potrzeb wymagań zamawiającego, w sposób który mógł prowadzić do złożenia oferty i nie zawierającej rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wymagań związanych z jego realizacją i uniemożliwiający zamawiającemu dokonanie właściwej oceny składanych przez wykonawców ofert (...). Roboty objęte przedmiotem zamówienia, zestawiono w załączniku nr 1 do wzoru umowy, stanowiącej integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z powyższego nie wynikały informacje dotyczące rzeczywistego zakresu i wielkości zamówienia, ograniczały się one tylko do rodzaju wykonywanych robót, np. przykład w poz. 1 wykazu ujęto usługę z profilowaniem nawierzchni dostosowanym do istniejącego terenu (spadek daszkowy lub jednostronny o nachyleniu 3%-6% proc wraz z zagęszczeniem)”, czy w poz.28 „Udrożnienie i czyszczenie przepustów rurowych”, czy też w poz.59 „Sprzątanie ciągów chodnikowych”. Zamawiający w zestawieniu robót tworzących sumę cen jednostkowych oferty, ujął zarówno roboty remontowe na drogach nieulepszonych jak i roboty na drogach o powierzchni asfaltowej, bez wskazania zakresu tych robót, tj. jaki będą one stanowić procent zamówienia. Faktem jest, iż koszt robót wykonywanych na drogach gruntowych jest zdecydowanie niższy od kosztu robót na drogach asfaltowych, co wynika chociażby z oferty wykonawcy, nawierzchni asfaltowych to koszt 674,50 zł brutto za 1 tonę wbudowaną, natomiast utwardzenie destruktem asfaltowym albo kruszywem dróg nieulepszonych to koszt od 24,60 do 30,75 zł brutto za 1 m² i zważywszy przy tym, iż zamawiający nie określił rozmiaru poszczególnych robót, może to prowadzić do wniosku, iż ofertę złoży podmiot, który posiada wiedzę dotyczącą stanu dróg gminnych (...). Zaniechanie podania w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowej informacji o wymaganym (przewidywanym) rozmiarze poszczególnych robót, uniemożliwił wykonawcom dokonania właściwej oceny zakresu i rozmiaru usług przewidzianych do realizacji przez zamawiającego, a zamawiającemu uniemożliwił właściwą ocenę składanych

ofert, bowiem wg kryterium ceny, ocenie podlegała suma cen jednostkowych ze wszystkich rodzajów usług wymienionych w załączniku”.

W nawiązaniu do zamówienia publicznego na usługę utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 r., kontrolujący argumentowali: „(...) Ustalając rodzaj usługi zamawiający nie określił konkretnych żądań odnośnie rozmiaru wy specyfikowanych robót, tj. wymagając koszenia trawników nie określił jakiej powierzchni usługa ma dotyczyć, żądając obsadzenia rabat kwiatowych nie ustalił ich powierzchni i rodzaju nasadzeń, zważywszy że cena jednostkowa sadzonek kwiatowych waha się od kilku do kilkudziesięciu złotych w zależności od gatunku, czy nasadzeń drzew gatunkami rodzimymi nie określając wymaganej ilości i gatunku które wykonawca zobowiązany był zakupić (...). Cenę oferty stanowiła suma cen jednostkowych wszystkich 33 pozycji i to kryterium podlegało ocenie z wagą 60%. Brak szczegółowej informacji o wymaganym (przewidywanym) poszczególnych robót, uniemożliwił wykonawcom dokonania właściwej oceny zakresu i rozmiaru usług przewidzianych przez zamawiającego do realizacji, a zamawiającemu uniemożliwił właściwą ocenę składanych ofert. Ograniczenie wykonawcy kwotą przeznaczoną do wykorzystania (160.000 zł), bez uszczegółowienia żądań zlecającego zadanie to daleko idąca swoboda pozostawiona wykonawcy”.

Z kolei w odniesieniu do zamówienia publicznego na usługę zimowego utrzymanie dróg chodników, parkingów i placów na terenie Miasta (...) w sezonie 2019/2020, kontrolujący argumentowali: „(...) W odniesieniu do przedstawionej powyżej łączny i ceny jednostkowej brutto stanowiącej podstawę do Oceny oferty według kryterium ceny stwierdzono, że w przypadku zamówienia na usługę, składającą się z różnego zakresu usług, powyższy sposób kalkulacji łącznej ceny jednostkowej brutto uniemożliwiał przedstawienie oraz porównanie (w przypadku złożenia więcej niż jednej oferty) właściwej i adekwatnej wartości. Wyszczególnione elementy zamówienia nie są porównywalne ze sobą, chociażby ze względu na przyjęte różnorodne jednostki (tj. km, m², Mg, R-g) oraz braku wspólnej cechy, według której można było uporządkować poszczególne elementy, a następnie porównać je według przyjętego kryterium.”.

Mając na uwadze przytoczone zarzuty Zastępcy Rzecznika oraz stanowisko kontroli RIO w Łodzi, RKO stwierdziła, że zarzuty są tożsame. Natomiast Obwinieni, składając wyjaśnienia na etapie postępowania wyjaśniającego, wskazywali w odniesieniu do postępowania, pn. Bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r., że:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Przedmiot zamówienia został skonstruowany w sposób jasny, zrozumiały i zawierał wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Opis przedmiotu zamówienia został określony w Rozdziale III SIWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Szczegółowy zakres robót objętych umową został określony w załączniku nr 1 do umowy. Załącznik nr 1 do umowy zawierał 51 pozycji, a więc przedmiot zamówienia został szczegółowo podzielony/rozdrobniony na 51 pozycji, wg potrzeb Zamawiającego. Cena dla każdej z tych pozycji została skalkulowana przez Wykonawcę w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Udostępniony Wykonawcom opis określał zakres świadczenia Wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę. Czego bezsprzecznie potwierdzeniem jest brak pytań do postępowania. Wykonawcy nie zgłaszali żadnych wątpliwości w tym zakresie. Nie można zatem zgodzić się ze stwierdzeniem, że przedmiot zamówienia opisano w sposób nieodzwierciedlający rzeczywistych potrzeb i wymagań Zamawiającego, w sposób który mógłby prowadzić do złożenia oferty z nierzetelną wyceną przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wymagań związanych z jego realizacją. Odnosząc się zaś do zarzutu braku wskazania w SIWZ jaki procent zamówienia stanowią drogi nieulepszone i asfaltowe, podniesiono, że załącznik nr 8 do SIWZ zawiera dokładnie wykaz dróg ze wskazaniem, które są drogami utwardzonymi, a które nieutwardzonymi wraz z określeniem materiału z jakiego droga jest utwardzona. Zapoznając się więc z przedmiotowym załącznikiem, Wykonawca nabył wystarczającą wiedzę w tym temacie.

W tym miejscu RKO zauważyła, że Zastępca Rzecznika nie podzielił powyższego poglądu Obwinionych i uznał, że w wykazie zawartym w załączniku nr 8 wyspecyfikowane zostały drogi z podziałem na utwardzone i nieutwardzone oraz podana została ich łączna długość (bez podziału na drogi utwardzone i nieutwardzone). Wedle Zastępcy Rzecznika nie wynikają z ww. załącznika żadne informacje o zakresie zamówienia, w tym o rozmiarze robót na poszczególnych rodzajach dróg. Sposób obliczenia ceny został przedstawiony w Rozdziale XV SIWZ gdzie m.in. Zamawiający wskazuje, że zakres usług objętych umową będzie realizowany wg potrzeb Zamawiającego do wyczerpania kwoty brutto wskazanej w SIWZ (140.000,00 zł brutto w pierwszym postępowaniu, 200.000,00 zł brutto w drugim postępowaniu) w podanym okresie wykonywania zamówienia. Również wzór umowy stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ zawiera zapis, że rozliczenie za wykonane prace

następować będzie wg faktycznie wykonanych jednostek rzeczowych w cenach jednostkowych określonych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy do wyczerpania konkretnej kwoty brutto (140.000,00 zł brutto w pierwszym postępowaniu, 200.000,00 zł brutto w drugim postępowaniu) w podanym okresie wykonywania umowy. A więc Wykonawca składając ofertę miał pełną świadomość do jakiej kwoty Zamawiający będzie realizował zamówienia. W tym miejscu zaznaczono, że w latach wcześniejszych, tj. od 2012 r. do 2019 r. bieżące utrzymanie dróg w ramach zadania własnego zostało powierzone do wykonania (...). Ceny były ustalane/negocjowane wspólnie przez Zamawiającego i (...). Ostatnie postępowanie w przedmiocie bieżącego utrzymania dróg miało miejsce w 2011r., a więc Zamawiający do końca nie wiedział, jakich może spodziewać się cen w postępowaniu przetargowym w 2020 r. Nadmieniono, że określając przedmiot zamówienia w kontrolowanych postępowaniach Miasto (...) opierało się na rodzaju i zakresie robót, który wykonywała (...), rozszerzając go o dodatkowe pozycje, a więc przedmiot zamówienia został jeszcze bardziej uszczegółowiony w porównaniu do lat poprzednich. Na podkreślenie zasługuje również fakt, że (...) wykonywała bieżące utrzymanie dróg do końca 2019 r. Jednak w związku z nagłym brakiem możliwości dalszego zlecenia bieżącego utrzymania dróg (...), na początku 2020 r. wystąpiła natychmiastowa potrzeba ogłoszenia postępowania przetargowego w przedmiotowym zakresie. Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć zaistnienia takiej sytuacji. W związku ze zbliżającym się końcem zimy, a co za tym idzie odśnieżeniem nawierzchni dróg miasta (stan dróg po zimie nie był najlepszy i utrudniał funkcjonowanie mieszkańcom - liczne zgłoszenia od mieszkańców) Zamawiający zmuszony był do przygotowania i przeprowadzenia w trybie pilnym postępowania przetargowego. Zamawiający nie był w stanie inaczej niż zrobił to w postępowaniu, przedstawić rozmiaru przedmiotowego zamówienia. W związku z pilną potrzebą wyłonienia nowego Wykonawcy oraz innym charakterze ustalania w latach poprzednich cen za bieżące utrzymanie dróg, Zamawiający nie miał możliwości na inne określenie rozmiaru przedmiotu zamówienia. Trzeba podkreślić, że już w roku 2021 w postępowaniu przetargowym na bieżące utrzymanie dróg wskazana została szacunkowa ilość dla każdej z pozycji w formularzu ofertowym, ale było to możliwe dopiero po podsumowaniu prac za rok 2020r. zleconych w ramach kontrolowanych postępowań. Zamawiający zdobył wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji bieżącego utrzymania dróg w ramach postępowania przetargowego, czego brakowało mu w roku 2020 r.

W zakresie postępowania o udzielenie zamówienia, pn. Utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 r. według Obwinionej, również i w tym przypadku przedmiot zamówienia został opisany zgodnie z art. 29 ust. 1-3 wówczas obowiązującej ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Przedmiot zamówienia został skonstruowany w sposób jasny, zrozumiały i zawierał wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Opis przedmiotu zamówienia został określony w Rozdziale M SIWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Szczegółowy zakres robót objętych umową został określony w załączniku nr 1 do umowy. Załącznik nr 1 do umowy zawierał 33 pozycje, a więc przedmiot zamówienia został szczegółowo podzielony/rozdrobniony na 33 pozycji, wg potrzeb Zamawiającego. Cena dla każdej z tych pozycji została skalkulowana przez Wykonawcę w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Udostępniony Wykonawcom opis określał zakres świadczenia Wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę, czego bezspornie potwierdzeniem jest brak pytań do postępowania. Wykonawcy nie zgłaszali żadnych wątpliwości w tym zakresie. Nie można zgodzić się z poglądem, że przedmiot zamówienia opisano w sposób nieodzwierciedlający rzeczywistych potrzeb i wymagań Zamawiającego, w sposób który mógłby prowadzić do złożenia oferty z nierzetelną wyceną przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wymagań związanych z jego realizacją. Wykonawca na etapie realizacji zamówienia wykonywał przedmiot zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a rozliczenie za wykonane prace następowało wg faktycznie wykonanych jednostek rzeczowych w cenach jednostkowych określonych w załączniku nr 1 do mniejszej umowy (ceny tożsame z cenami zaoferowanymi przez Wykonawcę w formularzu oferty). Zarówno ze strony Wykonawcy, jak i Zamawiającego nie było żadnych problemów z rozliczaniem przedmiotu zamówienia, co również świadczy o tym, że przedmiot zamówienia został określony przez Zamawiającego prawidłowo i precyzyjnie i pozwolił uzyskać przedmiot zamówienia, który spełnił jego wymagania. Odnosząc się zaś do różnicy w cenie pomiędzy ofertami w drugim postępowaniu, Obwiniona nie zgodziła się ze stwierdzeniem, że Wykonawca (...) z racji dotychczas wykonywanej usługi będącej przedmiotem pierwszego postępowania posiadała wiedzę i rozeznanie w tym zakresie. Podkreślić trzeba, że w pierwszym postępowaniu Wykonawca (...) zaoferował takie same ceny jednostkowe co w drugim postępowaniu, co

może jedynie świadczyć o tym, że oferta w pierwszym postępowaniu była wyceniona przez Wykonawcę w sposób prawidłowy i rzetelny, a oferta w drugim postępowaniu złożona przez Wykonawcę (...) zawierała nadmiernie wygórowane ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dlatego też uznać trzeba za daleko idące sugerowanie powyższego przez organ kontrolny. Różnice w cenach nie są zjawiskiem nietypowym i mogą wystąpić w każdym postępowaniu. Wystąpienie powyższego nie jest zależne od Zamawiającego i nie można obarczać winą Zamawiającego za złożenie przez Wykonawców oferty z nadmiernie wygórowaną ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia. Według Obwinionej na podkreślenie zasługuje również fakt, że przedmiotowe postępowania są jawne. Wykonawca (...) nie zwracał się o udostępnienie oferty złożonej w pierwszym postępowaniu przez (...), co również może wskazywać na braku wątpliwości co do opisu przedmiotu zamówienia. Sposób obliczenia ceny został przedstawiony w Rozdziale XV SIWZ. Gdzie m.in. Zamawiający wskazuje, że zakres usług objętych umową będzie realizowany wg potrzeb Zamawiającego do wyczerpania kwoty brutto wskazanej w SIWZ (160.000,00 zł brutto w pierwszym postępowaniu, 50.000,00 zł brutto w drugim postępowaniu) w podanym okresie wykonywania zamówienia. Również wzór umowy stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ zawiera zapis, że rozliczenie za wykonane prace następować będzie wg faktycznie wykonanych jednostek rzeczowych w cenach jednostkowych określonych w załączniku nr 1 do 24 454 mniejszej umowy do wyczerpania konkretnej kwoty brutto (160.000,00 zł brutto w pierwszym postępowaniu, 50.000,00 zł brutto w drugim postępowaniu) w podanym okresie wykonywania umowy. A więc Wykonawca składając ofertę miał pełną świadomość do jakiej kwoty Zamawiający będzie realizował zamówienia. W latach wcześniejszych, tj. od 2012 r. do 2019 r. utrzymanie zieleni miejskiej w ramach zadania własnego zostało powierzone do wykonania (...).

Tożsame stanowisko przedstawił w wyjaśnieniach Obwiniony (...) oświadczając, że po analizie przedłożonych do podpisu dokumentów uznał, iż w SIWZ w sposób rzetelny, zgodnie z posiadaną wiedzą i doświadczeniem został opisany w 2020 r. przedmiot zamówienia w kontrolowanych zamówieniach. Zamawiający nie naruszył w żaden sposób art. 29 ust. 1-3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie ukrył przed Wykonawcami żadnych informacji, zobrazował zakres i rozmiar przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności

mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, działając przy tym pod presją czasu i starając się nie narażać na szkody mieszkańców miasta. Ponadto, zastosowane przez Zamawiającego w kontrolowanych postępowaniach rozwiązanie co do niewskazywania szacunkowej ilości, a jedynie cen jednostkowych jest praktykowane przez innych Zamawiających. Przywołano także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2019r., sygn. akt KIO 1978/19, w którym KIO zaprezentowała stanowisko, że wykonawca obecnie świadczący usługę jest w lepszej sytuacji niż pozostali wykonawcy – z jednej strony oczywiście jest to prawda, gdyż taka jest reguła, czy to przy różnego typu usługach, dostawach, czy robotach budowlanych, że ten podmiot, który dane zamówienie wykonuje na bieżąco lub wykonywał w przeszłości, ma lepsze rozeznanie w sytuacji (często nawet lepsze niż sam zamawiający), istniejące już struktury, ustalony sposób organizacji wykonania. Jest to naturalne i nie do uniknięcia, natomiast nie uniemożliwia innym wykonawcom konkurencji z nim.

W odniesieniu do opracowywania dokumentów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Obwinieni podali, że posiłkowali się SIWZ opracowanymi przez inne jednostki samorządu terytorialnego (np. Miasta ...), dostępnymi w BIP, jako przykładowymi dokumentami, oraz że korzystali z doradztwa zewnętrznego podmiotu świadczącego usługi prawne - biura prawnego. Dodali, że radca prawny nie zgłaszał wątpliwości co do treści dokumentów, w tym SIWZ. Również Wydział Prawny Urzędu Miasta (...) akceptował dokumenty przetargowe. W kontekście zarzutów postawionych przez Zastępcę Rzecznika, niebagatelną rolę odgrywa fakt, że tylko jeden pracownik Urzędu Miasta (...) zajmował się prowadzeniem spraw zamówień publicznych, co do zasady pod nadzorem Burmistrza Miasta, korzystając z doradztwa pracownika odpowiedniej komórki merytorycznej oraz biura prawnego. Jednym z kluczowych argumentów podniesionych przez Obwinionych jest fakt, iż podmiot dotychczas realizujący zamówienia publiczne w zakresie analogicznym jak zamówienia objęte wnioskiem o ukaranie, tj. (...) (zobowiązana od 2012 r. do 2019 r. do wykonywania usług komunalnych), stał się nagle, z przyczyn prawnych i technicznych, niezdolny do dalszego wykonywania zadań. Powodem powyższego jest status (...) jako podmiotu będącego w stanie likwidacji z powodu niewypłacalności. Obwiniona wskazała, że złożyła do prokuratury stosowne zawiadomienie dotyczące działań (...). Podmiot ten bowiem nie uiszczał zobowiązań swoim kontrahentom, np. warsztatowi samochodowemu. Ponadto, (...) przestała dysponować wyposażeniem w postaci maszyn, które miałyby aktualne przeglądy i ubezpieczenia, więc nie była w stanie przystąpić do pracy. Podkreślono w

wyjaśnieniach, że wobec ww. (...) stosowne postępowanie prowadzi Prokuratura, z zawiadomienia Burmistrza i Rady Miasta (...). Samemu Miastu (...) zalega z zobowiązaniami na poziomie 25 mln zł. Na koniec swojej działalności (...) zanotowała stratę w wysokości 1 mln zł. Skutkiem przedstawionych okoliczności Burmistrz Miasta (...) zobligowany był wszcząć postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wykonał. Obwinieni zauważyli, że kontrola RIO w Łodzi nie odnosiła się do opisanej sytuacji związanej z podmiotem (...). Obwinieni zwrócili także uwagę na specyfikę obszaru Miasta (...) pod względem uwarunkowań naturalnych. Poinformowali, że miasto stanowi obszar, który nierzadko dotykają katastrofy naturalne, np. powodzie powodujące zalania, co wynika także z ukształtowania terenu. Z tego powodu włodarzom Miasta nie jest łatwo przewidzieć, jakie będzie zapotrzebowanie w danym sezonie, np. w zakresie zimowego utrzymania dróg. Zdarzenia losowe natomiast mogą być równoznaczne z koniecznością wykonania dodatkowych prac przez wykonawców, które trudno przewidzieć, a to z kolei generuje kolejne koszty (jako przykład podano sprzątanie błota po zalaniach, które nie było ujęte w SIWZ, ponieważ nie można przewidzieć, czy tego typu prace będą konieczne do wykonania).

Przywołane wyjaśnienia RKO uznała za wiarygodne, ponieważ istotnie obszar Miasta (...), z uwagi na specyficzny mikroklimat i ukształtowanie terenu, bywa nierzadko dotykany, np. ulewnymi deszczami, wywołującymi zalania części miasta. Podobnie zgłoszono argument odnoszący się do braku możliwości określenia z góry, jakie usługi wykonawcy w jakim rozmiarze będą potrzebne, np. w sezonie zimowym - fakt notoryjny, znany Komisji Orzekającej - z powodu uwarunkowań klimatycznych. Przedstawione argumenty uzasadniały także, zdaniem Obwinionych, warunek określony w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, którym była realizacja zadania do wyczerpania kwoty umownej - nie sposób bowiem, przy uwzględnieniu opisanych okoliczności, dokładnie przewidzieć zakresu obowiązywania umowy i skali zapotrzebowania na usługi wykonawcy. Obwinieni poinformowali, że realizacja zamówień publicznych objętych wnioskiem o ukaranie nie napotykała trudności, wykonawcy robót należycie wywiązywali się z zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego. Zamówienia realizowano do wyczerpania kwot ustalonych umownie. Także na wcześniejszym etapie postępowań, nie wpływały zapytania do Zamawiającego. Poinformowano także, iż część robót Urząd Miasta (...) realizuje już we własnym zakresie, np. utrzymanie zieleni miejskiej oraz niektóre prace w zakresie dbania

o drogi, tj. prace porządkowe przy remontach dróg. Istotne jest, że kierując się dbałością o finanse publiczne Burmistrz Miasta (...) utworzył własną grupę pracowników (w wyniku naborów, czy też pozyskanych z urzędu pracy), których wyposażono w sprzęt odzyskany od (...). Grupa ta realizuje część usług komunalnych z ramienia Urzędu Miasta (...), np. dbanie o zieleń miejską, sprzątanie terenu. Ponadto, jak wynika z wyjaśnień Obwinionych, wyciągnęli oni wnioski zarówno z ustaleń kontroli RIO w Łodzi, jak i na skutek wystąpienia przez Zastępcę Rzecznika o ukaranie z tytułu naruszeń dyscypliny finansów publicznych. Oświadczyli, że w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych starają się precyzyjniej określać przedmiot zamówienia. Ponadto (...), która wcześniej była wykonawcą, sama nie podawała dokładnie zakresu robót. W przypadku przetargów objętych wnioskiem o ukaranie oraz kolejnych zamawiający sam zrezygnował z warunku gotowości wykonawców do robót (co jeszcze obowiązywało w stosunku do (...), której Miasto z tego tytułu opłacało kwotę w wysokości 9 tys. zł), dzięki czemu generuje się oszczędności dla zamawiającego. W odniesieniu do argumentów Obwinionych Zastępca Rzecznika wskazał kilka przykładów, w jaki sposób powinien być sprecyzowany przedmiot zamówienia w zakresie utrzymania zieleni miejskiej, w tym rodzaj nasadzeń czy powierzchnia do obsadzenia kwiatami. W odpowiedzi Obwinieni podnieśli, że elementy takie były określone w opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Miasto (...), jako specyficzne z uwagi na wiek miasta, a co za tym idzie architekturę i infrastrukturę (niektóre kanalizacje liczą sobie 100 lat), objęte jest w znacznej części ochroną konserwatorską, wobec czego Konserwator Zabytków wyznacza, jakie drzewa czy krzewy mogą zostać nasadzone na terenie Miasta. W przypadku natomiast zniszczenia drzewa przez żywioł naturalny Konserwator Zabytków określa, jakie drzewo (gatunkowo) może zostać nasadzone w miejsce zniszczonej jednostki zieleni. Sytuacje takie, jako losowe i nieprzewidywalne, trudno jest przewidzieć i określić w SIWZ. Przystępując do oceny zarzucanych czynów RKO wzięła pod uwagę także doświadczenie Obwinionych w sektorze finansów publicznych – Obwiniona pełni funkcję Burmistrza Miasta (...) po raz pierwszy, wcześniej pełniła funkcję radnego Miasta (...) i wchodziła w skład komisji rewizyjnej Rady Miasta. Obwiniona oświadczyła, że posiada wykształcenie z dziedziny wyceny nieruchomości, osobiście interesuje się inwestycjami miejskimi, sama dokonuje ich inspekcji. Z kolei Obwiniony pełni funkcję Zastępcy Burmistrza Miasta (...) od 2019 r., zaś związany jest z samorządem od 2006 r. Z powyższych faktów wypływa zdaniem RKO wniosek, iż Obwinieni znają specyfikę sektora finansów publicznych.

W nawiązaniu do wyjaśnień Obwinionych w kwestii opisu przedmiotu zamówień oraz argumentacji Zastępcy Rzecznika, RKO stwierdziła, że w załączniku nr 8 do SIWZ dotyczącej utrzymania dróg i remontów nawierzchni, zawarto wykaz ulic oraz ciągów pieszych w mieście (...), w ramach którego wymieniono 94 pozycje jako drogi gminne; podana została także łączna długość dróg: drogi publiczne gminne - 40.920 km, drogi wewnętrzne - 8.681 km. Ponadto wyżej wymieniony załącznik obejmuje wykaz ciągów pieszych składający się z 60 pozycji. Tożsama sytuacja odnosi się do drugiego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w którym w SIWZ załącznik numer 8 zawiera 94 pozycje w wykazie ulic w mieście (...) oraz 60 pozycji w wykazie ciągów pieszych. Łączna długość dróg publicznych gminnych i wewnętrznych wykazana została taka sama jak w pierwszej specyfikacji. W SIWZ wskazano, które drogi są nieutwardzone, gruntowe, utwardzone, wewnętrzne, utwardzone za pomocą płyt betonowych. Z kolei w obu SIWZ sporządzonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta (...), w załącznikach nr 7 do tych specyfikacji, wymieniono następujące pozycje powierzchni do zagospodarowania: - na kwaterach żołnierzy (polskich i-radzieckich) na cmentarzu rzymskokatolickim 680 m², - park miejski - łącznie 41.144 m², w tym zieleń 32.889 m², drogi wewnętrzne 7.255 m², - plac (...) o powierzchni 536 m², chodnik 1.150 m², rabaty kwiatowe 60 m², - skwery, trawniki miejskie położone przy ulicach - w tym przypadku wymieniono kilkadziesiąt pozycji oraz podano łączną powierzchnię: 89.737,22 m²; podobnie zawarto informacje o powierzchni rowów - łącznie 19.200 m², poboczy - łącznie 9.607 m², żywopłotów - łącznie 319 m². Zatem, zdaniem RKO powierzchnia terenów podlegających zagospodarowaniu została określona w SIWZ.

Odnosnie postępowania na zimowe utrzymanie dróg, chodników, parkingów i placów na terenie miasta (...) RKO wzięła pod uwagę załączniki numer 8, 10 i 11 do SIWZ.

W załącznikach tych określono zarówno długość jak i powierzchnię chodników, długość i powierzchnię parkingów oraz zatok parkingowych, a także wskazanie ulic według kolejności odśnieżania. Argumentacji Obwinionych w aspekcie sposobu opisanego przedmiotu zamówienia nie podzielił Zastępca Rzecznika i w ramach uzupełnienia materiału dowodowego przedstawił:

1) pobrany ze strony internetowej Miasta (...) szczegółowy opis i zakres prac w ramach realizacji usługi: Bieżące utrzymanie terenów zieleni miejskiej (parki, skwery) stanowiących własność Miasta (...) z wyłączeniem placów zabaw i siłowni plenerowych, stanowiący

załącznik do SIWZ w ww. postępowaniu. Zastępca Rzecznika przekazał niniejszy dokument jako przykład dokładnego opisu przedmiotu zamówienia. RKO po analizie dokumentu stwierdziła, iż istotnie dokument w bardzo precyzyjny sposób określa zakres usług – w sposób bardzo precyzyjny opisano, np. omiotanie terenów, koszenie i pielęgnację trawników, wiosenne wygrabianie liści, jesienne wygrabianie liści, pielęgnację rabat, chemiczne odchwaszczanie czy pielęgnację młodych drzew. W ramach niektórych z tych usług wyznaczono nawet częstotliwość usługi w trakcie trwania umowy, przykładowo wiosenne wygrabianie liści miało się odbyć jeden raz w trakcie trwania umowy w okresie wczesnowiosennym, z kolei usługa usuwania graffiti, napisów i naklejek z ogrodzeń i urządzeń małej architektury została przewidziana do 5 razy. Przedmiotowy opis obejmuje także miejsca, sposób i warunki realizacji usługi;

2) SIWZ w postępowaniu na Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta (...) w sezonie 2021/2022 i formularz oferty stanowiący załącznik do SIWZ;

3) SIWZ w postępowaniu na Bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2023 r. i formularz ofertowy stanowiący załącznik do SIWZ.

Dokumenty wskazane w pkt. 2 i 3 przedłożono na okoliczność zobrazowania, w jaki sposób zmianie uległ sposób opisywania przedmiotu zamówienia w Urzędzie Miasta (...).

W dokumentach dotyczących zamówienia: Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta (...) w sezonie 2021/2022, wymieniono 17 pozycji usług, przykładowo: Pługopiaskarka lub solarka z pługiem Posypywanie [1km] Rość 850, Koparko-spycharka [1 R-g] Rość 20, Wywóz śniegu [1m³] Rość 74. Z kolei w dokumentach dotyczących zamówienia: Bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2023 r. ujęto 59 pozycji usług z określeniem szacunkowej ilości w ramach poszczególnych jednostek miary, mających zastosowanie przy danej usłudze. Przykładowo: - Rozłożenie dostarczonego przez zleceniobiorcę destruktu lub kruszywa na grubość do 10 cm i jego uwałowanie - drogi nieulepszone 1 m², - Karczowanie krzaków w poboczach drogi na szerokości do 2 m wraz z koszeniem trawy i wywozem pozostałości roślinnych 1 m²-. Zatem dokumenty wskazane w pkt 3 stanowią zdaniem RKO potwierdzenie wyjaśnień Obwinionych, że nastąpiło w Urzędzie Miasta (...) ulepszenie w zakresie opisywania przedmiotu zamówień.

Mając na względzie opisany stan faktyczny sprawy, przy uwzględnieniu wyjaśnień Obwinionych, RKO doszła do wniosku, że w istocie nie popełniono naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ponieważ w przeanalizowanych okolicznościach sprawy nie byłoby

właściwe (i sprawiedliwe) przypisanie Obwinionym winy, która stanowi niezbędny warunek odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO uznała, że Obwinieni działali w szczególnych warunkach, tj. w sytuacji, gdy podmiot dotychczas świadczący usługi komunalne w Mieście (...) stał się niezdolny do kontynuowania swych usług, dodatkowo generował problemy faktyczne i prawne zarządzającym Miastem (...). Wobec powyższego Obwinieni zobligowani byli zapewnić świadczenie usług komunalnych przez inny podmiot, co wiązało się z przeprowadzeniem postępowań w sprawie zamówienia publicznego i wyłonieniem nowych wykonawców. Nie bez znaczenia pozostają również okoliczności związane ze specyfiką Miasta (...), scharakteryzowane szczegółowo w wyjaśnieniach, a mogące istotnie skutkować, w niektórych przypadkach, trudnościami w sformułowaniu zakresu robót. Sposób opisanie przedmiotu zamówień, w ocenie RKO nie budził wątpliwości potencjalnych oferentów, bowiem nie wpływały zapytania w trakcie postępowań, zaś wyłoniony wykonawca nie zgłaszał zastrzeżeń co do sposobu realizacji zadań umownych. Dodatkowo Obwinionym nie zgłaszało uwag w kwestii opisu przedmiotu zamówienia profesjonalne biuro prawne obsługujące Urząd Miasta (...). Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że dokumentacja przetargowa obejmowała nośniki elektroniczne zawierające fotografie terenów, co uzupełniało zapisy SIWZ. RKO wzięła także pod uwagę fakt ulepszania sposobu formułowania przedmiotu zamówienia w kolejnych postępowaniach, wynikającego z nabytych doświadczeń. Ponadto zarządzający Miastem (...) z inicjatywy własnej, przedsięwzięli różne projekty, opisane wcześniej, które w istocie nakierowane są na generowanie oszczędności dla jednostki samorządu terytorialnego i wykonywanie niektórych zadań komunalnych w zakresie własnym. W opinii RKO w ustalonym stanie faktycznym, nie można karać Obwinionych za podejmowanie działań, które były ukierunkowane na zapewnienie mieszkańcom Miasta (...) świadczeń w zakresie usług komunalnych. RKO zauważyła także, że opisanie przedmiotu zamówienia publicznego bywa ocenne. W opinii kontrolerów RIO w Łodzi i Zastępcy Rzecznika w rozpoznawanych przypadkach naruszono przepisy określające opis przedmiotu zamówienia. Jednak zdaniem RKO treść opisów przedmiotu zamówienia była wystarczająca dla efektywnego wykonania zamówienia. Zgodnie z art.78 ust. 1 pkt 2 uondfp nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, z zastrzeżeniem ust. 3, gdy w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Na podstawie zaś art. 78 ust. 3 uondfp, jeżeli okoliczność, o której mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, stwierdzono po przeprowadzeniu postępowania

dowodowego przed organem orzekającym, wydaje się orzeczenie o uniewinnieniu. Mając powyższe na uwadze RKO uniewinniła Obwinionych od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uodfp. Z powołanym rozstrzygnięciem nie zgodził się Zastępca Rzecznika wnosząc odwołanie, na niekorzyść Obwinionych i domagając się uchylenia przedmiotowego orzeczenia w zakresie, w którym uniewinniono Obwinionych oraz o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Komisji I instancji. Orzeczeniu RKO zarzucono naruszenie art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz art. 19 ust. 2 uodfp, poprzez zastosowanie błędnej wykładni w zakresie stwierdzenia, że w danym stanie faktycznym nie wystąpiły znamiona podmiotowe zarzucanych czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a także błędną wykładnię art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 6 Pzp z 2004 - w zakresie stwierdzenia, że w danym stanie faktycznym nie wystąpiły znamiona przedmiotowe naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W złożonym wniosku o ukaranie Zastępca Rzecznika stwierdził - w odniesieniu do zamówienia publicznego na usługę Bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 roku – że roboty objęte przedmiotem zamówienia zestawiono w załączniku nr 1 do projektów umów, stanowiących integralną część SIWZ. Z SIWZ nie wynikały jednak informacje dotyczące zakresu i wielkości zamówienia, ograniczono się tylko do wskazania rodzaju wykonywanych prac, np. w poz. 1 wykazu, ujęto usługę - „Równanie równiarką dróg nieulepszonych z profilowaniem nawierzchni dostosowanym do istniejącego terenu (spadek daszkowy lub jednostronny o nachyleniu 3%-6% wraz z zagęszczeniem)", w poz. 28 - „Udrożnienie i czyszczenie przepustów rurowych", w poz. 59 - „Sprzątanie ciągów chodnikowych" (lub 67 - II postępowanie), bez wskazania zakładanych: obszaru, powierzchni czy długości dróg jakie miały zostać objęte świadczoną usługą. Zamawiający w zestawieniu robót, dla których należało podać wyłącznie ceny jednostkowe, ujął zarówno roboty remontowe na drogach nieulepszonych, jak i roboty na drogach o powierzchni asfaltowej, bez wskazania wagi tych robót, tj. jaki będą one stanowić procent zamówienia. Tymczasem, koszt robót wykonywanych na drogach gruntowych jest istotnie niższy, od kosztu robót na drogach asfaltowych, co wynikało chociażby z oferty wykonawcy, wg której wykonanie remontów cząstkowych nawierzchni asfaltowych to koszt 674,50 zł brutto za 1 tonę wbudowaną, natomiast utwardzenie destruktem asfaltowym albo kruszywem dróg nieulepszonych to koszt od 24,60 do 30,75 zł brutto za 1 m². Zważywszy przy tym, iż zamawiający nie określił rozmiaru poszczególnych robót, prowadzi to do wniosku,

iż korzystniejszą ofertę mógł złożyć podmiot, który posiadał wiedzę dotyczącą stanu dróg gminnych. Zaniechanie podania w opisie przedmiotu zamówienia informacji o wymaganym (przewidywanym) rozmiarze poszczególnych robót uniemożliwiało wykonawcom właściwą ocenę zakresu i rozmiaru usług przewidzianych do realizacji przez zamawiającego, a w konsekwencji określenie ceny adekwatnej do przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu uniemożliwiało ocenę składanych ofert, bowiem wg kryterium ceny, ocenie podlegała suma cen jednostkowych ze wszystkich rodzajów usług wymienionych w załączniku.

Powyższe ustalenia dotyczące wymagań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnajdują potwierdzenie w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2011 roku, sygn. akt: KIO 2649/11, w którym wskazano, że „...opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jakie usługi, dostawy, lub roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres lub rozmiar zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert”. Analogiczne nieprawidłowości ujawniono w zakresie udzielenia zamówienia publicznego na usługę Utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 roku. Stwierdzono, że zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób, który nie odzwierciedlał jego rzeczywistych potrzeb i wymagań, jak również w sposób, który mógł prowadzić do złożenia ofert, których nie można byłoby porównać w ramach kryterium ceny, wobec braku określenia zakładanego zakresu (wielkości) zamówienia, z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp z 2004. Według SIWZ przedmiotem zamówienia było utrzymanie, pielęgnacja i porządkowanie zieleni miejskiej, a szczegółową specyfikację rodzaju i zakresu usługi określał załącznik nr 1 do projektu umowy, stanowiącej integralną część specyfikacji. Według powyższych dokumentów, zamówienie obejmowało m.in., koszenie trawników wraz ze zgrabieniem, uprzątnięciem i wywozem trawy, koszenie poboczy, strzyżenie żywopłotów, obsadzanie rabat kwiatowych, nasadzenia drzew i krzewów, czyszczenie terenów kwater żołnierskich. Załącznik obejmował 33 pozycje, przy czym żadna z nich nie wskazywała wymagań zamawiającego dotyczących ich zakresu, a mianowicie nie opisano jaka powierzchnia trawników podlegała koszeniu, jaką powierzchnię rabat należało obsadzić kwiatami i jakiego rodzaju miały być to nasadzenia, nie określono ilości i wielkości donic do obsadzenia oraz rodzaju tych nasadzeń, powierzchni podlegającej podlewaniu, itp. Cenę oferty stanowiła suma cen jednostkowych dla wszystkich 33 pozycji (kryterium ceny

przypisano wagę 60%). Brak szczegółowej informacji o wymaganym (przewidywanym) rozmiarze poszczególnych robót uniemożliwiał wykonawcom dokonanie oceny zakresu i rozmiaru usług przewidzianych przez zamawiającego do realizacji i złożenie oferty z ceną adekwatną do przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu uniemożliwiał ocenę składanych ofert w zakresie kryterium ceny. W konsekwencji powyższego, w postępowaniu nr II, w którym brało udział dwóch wykonawców, cena wybranej oferty - wykonawcy, który z racji dotychczas wykonywanej usługi, będącej przedmiotem pierwszego postępowania, posiadał wiedzę i rozeznanie w omawianym zakresie, była o 169% niższa, od oferty drugiego podmiotu, który składał ofertę po raz pierwszy.

Powyższe uwagi znajdują zastosowanie również w przypadku zamówienia publicznego na usługę Zimowe utrzymanie dróg chodników, parkingów i placów na terenie Miasta (...) w sezonie 2019/2020. Zamawiający opisując kryterium oceny ofert - cena - ustalił je jako sumę cen jednostkowych za usługi według wyszczególnienia: praca pługopiaskarki lub solarki z pługiem - posypywanie za 1 km; praca pługopiaskarki lub solarki z pługiem - pługowanie za 1 km; pługowanie wraz z posypywaniem za 1 km; wyjazd interwencyjny z materiałem za 1 km; praca koparko-spycharki - 1 R-g, m² pracy równiarki; 1 Mg piasku; 1 Mg mieszanki 15%; 1 Mg mieszanki 30%; 1 Mg mieszanki 50%; 1 Mg soli drogowej; posypywanie piaskiem chodników za 1 m²; odśnieżanie chodnika za 1 m²; sprzątanie pasa jezdni ograniczonego krawężnikami za 1 m²; sprzątanie ciągów chodnikowych za 1 m²; wywóz śniegu za 1 m³. Powyższy sposób opisu przedmiotu zamówienia powiązany z kalkulacją ceny oferty jako sumy cen jednostkowych, uniemożliwiał przedstawienie oraz porównanie ofert. Wyszczególnione elementy zamówienia nie są porównywalne ze sobą, chociażby ze względu na przyjęte różnorodne jednostki (tj. km, m², Mg, R-g) oraz wobec braku wspólnej cechy, według której można byłoby uporządkować poszczególne elementy, a następnie porównać je według przyjętego kryterium. W opisanych stanach faktycznych doszło - zdaniem Zastępcy Rzecznika - do naruszenia art. 29 ust. 1-2 Pzp z 2004. Zaprezentowany opis przedmiotu zamówienia, wobec faktu, iż nie dawał możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowił w opinii odwołującego przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.6 starej Pzp.

Zastępca Rzecznika - odnosząc się do uzasadnienia orzeczenia - stwierdził, że zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych związany był z określeniem przedmiotu

zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, wskutek nieokreślenia zakresu (wielkości) zamówienia, co stanowiło przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający - zdaniem Zastępcy Rzecznika - naruszył przede wszystkim art. 29 ust. 1 i 2 Pzp z 2004 - stosownie do których to przepisów - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dodatkowo, ze wskazanymi wymogami korespondował przepis art. 41 pkt 4 ww. ustawy, zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu zawiera określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych. Podkreślono w odwołaniu, że określenie przedmiotu zamówienia, w tym jego wielkości i zakresu, jest jednym z podstawowych, o ile nie najważniejszym obowiązkiem Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunkuje ono bowiem prawidłowe ustalenie wartości zamówienia, a następnie - złożenie adekwatnych do ustalonego przedmiotu zamówienia i porównywalnych ofert. Otrzymanie porównywalnych ofert warunkuje z kolei możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej. W odniesieniu do zamówień publicznych objętych wnioskiem o ukaranie zamawiający naruszył obowiązki związane z określeniem przedmiotu zamówienia i jego wielkości (zakresu) ograniczając się do wyspecyfikowania w ramach poszczególnych postępowań wymaganych rodzajów prac (usług, robót budowlanych), w odniesieniu do których oferent miał podać cenę jednostkową. Natomiast każda z wyszczególnionych prac miała być wykonana nie w zakresie jednostkowym, ale wielokrotnionym - przy czym zamawiający tego zakresu prac już nie określił. Przykładowo, w postępowaniu na bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 roku wymienił jako pozycję prac wykonanie remontów częściowych nawierzchni asfaltowych - w którym to przypadku należało podać cenę za 1 tonę wbudowanej masy, jednak w opisie przedmiotu zamówienia nie było informacji o wielkości (zakresie) prac. Tak że wykonawca nie miał wiedzy ile materiału będzie musiał zużyć na wykonanie tej części zamówienia - tym samym nie miał żadnej możliwości podania

ceny w ofercie. Tym bardziej, że ten sam brak dotyczył wszystkich prac wyspecyfikowanych jako przedmiot zamówienia.

By zobrazować opisywane zaniechanie zamawiającego Zastępcą Rzecznika przywołał pewną uproszczoną symulację. Zamawiający planuje nabyć 150 długopisów, 40 gumek i 100 ołówków. W dokumentach zamówienia podaje jednak tylko, że przedmiotem dostawy są długopisy, gumki i ołówki, żądając podania wyłącznie ceny za 1 sztukę z poszczególnych kategorii przedmiotów, nie informując ile długopisów, ołówków gumek chce nabyć. Zatem oferent może podać cenę za 1 długopis, 1 gumkę i 1 ołówek, nie ma natomiast obiektywnej możliwości wycenić dostawy w zakresie 150 długopisów, 40 gumek i 100 ołówków. Idąc dalej, oferent A, który wyceniłby długopisy na 10 zł, gumki na 6,5 zł i ołówki na 1 zł z łączną sumą 17,5 zł złożyłby ofertę cenowo korzystniejszą od oferenta B, który zaproponowałby cenę 8 zł za długopis, 7 zł za gumkę i 3 zł za ołówek, przy czym wartość zamówienia byłaby wyższa w przypadku wyboru oferty A (wartość zamówienia przy wyborze oferty A wyniosłaby 1.860 zł, przy wyborze oferty B - 1.780 zł, jednak przetarg wygrałby wykonawca A). W taki właśnie sposób zamawiający określił przedmiot zamówienia i jego wielkość (zakres) we wszystkich objętych wnioskiem o ukaranie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowania nie byłyby przedmiotem zarzutów, gdyby zamawiający planował np. wbudowanie wyłącznie 1 tony masy asfaltowej albo utwardzenie kruszywem 1 m² dróg nieulepszonych (bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 roku). W przypadku udzielenia zamówienia publicznego na usługę Utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 roku (umowa nr 122/2020 z dnia 3 kwietnia 2020 roku, z wynagrodzeniem w wysokości 160.000,00 zł i umowa nr 231/2020 dnia 13 października 2020 roku z wynagrodzeniem w wysokości 50.000,00 zł) zamawiający wskazał łącznie 33 pozycje, przy żadnej z nich nie określając wielkości (zakresu) zamówienia, czyli nie podał np. jaka powierzchnia trawników podlegała koszeniu, a jaka rekultywacji; jaką powierzchnię rabat należało obsadzić kwiatami i jakiego rodzaju miały to być nasadzenia; jaka jest ilość donic do obsadzenia i jakimi rodzajami nasadzeń; jaka jest wielkość powierzchni utwardzonych podlegających myciu i sprzątaniu, itp. Cenę oferty stanowiła suma cen dla wszystkich 33 pozycji. Co istotne, załącznik nr 7 do SIWZ specyfikujący tereny zielone na obszarze Miasta (...) nie określał zakresu przedmiotu zamówienia tylko wskazywał na wielkość i położenie tychże terenów zielonych. Jak podkreślił Zastępcą Rzecznika, dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zamówienie

obejmowało również - wg umowy - montaż ławek, naprawę i malowanie ławek, elementów placów zabaw, wymianę piachu na placach zabaw, oczyszczanie trawników i chodników ze śmieci wraz z utylizacją śmieci, zwalczanie mchów i chwastów na terenach zielonych, przejściach i chodnikach, których zakresu i wielkości nie określono w opisie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji uzasadniona zdaniem odwołującego była konstatacja, że zaprezentowany opis przedmiotu zamówienia nie dawał możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty i z tego też względu stanowił przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp z 2004. Wobec zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ujawnione naruszenia miały wpływ na wynik postępowań, które nie mogły zakończyć się wyborem najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Podejmując rozstrzygnięcie o uniewinnieniu Obwinionych od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych RKO podniosła, że opisanie przedmiotu zamówienia bywa ocenne, a zdaniem RKO treść opisów przedmiotów zamówienia była wystarczająca dla efektywnego wykonania zamówienia. Odnosząc się do powyższych argumentów Zastępcy Rzecznika podkreślił, że określenie przedmiotu zamówienia podlega rygorom normatywnym wynikającym z przepisów o zamówieniach publicznych. Czynność ta nie jest pozostawiona swobodnej ocenie zamawiającego, w tym sensie zatem opisanie przedmiotu zamówienia nie jest - wbrew przekonaniu Komisji I instancji - ocenne. Ocenie podlega natomiast spełnienie wymogów sformułowanych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Warunkiem powyższego jest zdekodowanie norm prawnych wynikających z tych przepisów, odniesienie ich (jako wzorca) do badanego stanu faktycznego i ocena zachowania ww. norm. Jedyny wniosek Komisji I instancji w tym zakresie, wskazujący że treść opisów przedmiotów zamówienia była wystarczająca dla efektywnego wykonania zamówienia, jest dowodem na brak wymienionej powyżej oceny, poczynając od konieczności skonstruowania wzorca normatywnego, bowiem w żadnych przepisach ustawodawca nie związał opisu przedmiotu zamówienia z jego efektywnym wykonaniem. Byłoby to o tyle trudne, iż wykonanie zamówienia następuje na zupełnie innym etapie niż przygotowanie postępowania. Kryterium efektywnego wykonania zamówienia - niezależnie od okoliczności, co RKO rozumie pod tym pojęciem - nie zostało wskazane jako wzorzec prawny dla zamawiającego określającego przedmiot zamówienia, jego wielkość (zakres). W ocenie Zastępcy Rzecznika,

poza dosyć enigmatycznym odwołaniem się do efektywności wykonywania zamówienia, Komisja I instancji nie odniosła się w żadnym zakresie do wniosków Zastępcy Rzecznika, stanowiących podstawę sformułowania zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co istotnie utrudnia polemikę z rozstrzygnięciem RKO. Analizując argumentację Komisji I instancji dotyczącą okoliczności podmiotowych w odwołaniu podkreślono, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych opiera się na zasadzie zawinienia sprawcy. Jednakże zdaniem odwołującego trudno zaakceptować pogląd Komisji I instancji definiujący winę poprzez takie kryteria jak właściwość czy też sprawiedliwość. Zgodnie z art. 19 ust. 2 uondfp - odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych 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, dla przyjęcia braku winy kryteria sprawiedliwości, czy też właściwości przypisania winy nie są przydatne, bowiem według ustawodawcy o powyższym decyduje analiza wzorca staranności wymaganego od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku w odniesieniu do danego stanu faktycznego. Nadto powołana analiza musi zostać powiązana z naruszonym obowiązkiem. W kontekście przytoczonego uzasadnienia Komisji I instancji mogłoby się wydawać, że zarzut sformułowany we wniosku o ukaranie nie dotyczy sposobu określenia przedmiotu zamówienia, który to sposób (poprzez brak wskazania wielkości/zakresu zamówienia) uniemożliwiał złożenie porównywalnych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, lecz braku działań podejmowanych w celu zaspokojenia potrzeb mieszkańców miasta (...), czy też braku działań w celu realizacji zasady oszczędnego dokonywania wydatków. Tymczasem Zastępca Rzecznika w żadnym miejscu zarzutów takich nie formułuje, przeciwnie, postawione Obwinionym zarzuty są związane z precyzyjnie zidentyfikowanymi obowiązkami zamawiającego w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego, co więcej - obowiązkami o podstawowym znaczeniu. Niezależnie od powyższego, mając na względzie ustawowo wyjaśnioną przesłankę winy, Zastępca rzecznika podkreślił, że Komisja I instancji przyjęła brak zawinienia, abstrahując od regulacji zawartej w art. 19 ust. 2 uondfp, konstruując w dodatku - na potrzeby zaskarżonego orzeczenia - własną, niepowtarzalną definicję zawinienia opartą m.in. o zasadę ogólnie pojętej sprawiedliwości. Odwołujący w tym miejscu przywołał orzeczenie GKO z dnia 19 września

2019 r. BDF1.4800.56.2019, zgodnie z którym: „Aby przesłanki unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nastąpiły, łącznie muszą mieć miejsce trzy okoliczności: po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania), po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (a zatem nie może to być jakakolwiek wada, lecz wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy oraz pozostająca w związku przyczynowo-skutkowym z niemożnością zawarcia umowy), po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Brak wiedzy z zakresu zamówień publicznych nie jest przyczyną, dla której można uznać, że obwiniony nie naruszył ustawy - Prawo zamówień publicznych, czy dyscypliny finansów publicznych. Artykuł 23 ust. 1 ustawy z 17 grudnia 2004 r.

o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazuje co prawda, że nieświadomość tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona. Jednak za usprawiedliwioną nieświadomość nie można uznać tego, że obwiniony jako nowy w tamtym czasie wójt gminy nie znał się na zamówieniach publicznych, czy też nie znał przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Od czasów prawa rzymskiego istnieje bowiem zasada *ignorantia iuris nocet*. Obwiniony powinien więc mieć świadomość - w szczególności mając na uwadze, że jest kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych i oczekiwana świadomość prawa wobec jego osoby jest wyższa niż przeciętnie - że nieprawidłowo zastosował podstawy unieważnienia postępowania, zwłaszcza że - co należy podkreślić - w tym przypadku przepis jest jasny i prosty i wystarczyło kierować się wprost analizą przesłanek w nim zawartych. Wina stanowi podmiotową podstawę odpowiedzialności i zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Niedanie przez obwinionego posłuchu normie prawnej, mimo iż miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą, stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucany czyn”. Co do szczególnej sytuacji wskazanej przez Komisję I instancji zauważono w odwołaniu, że zamówień objętych wnioskiem o ukaranie udzielano w okresie od 5 listopada 2019 roku do 13 października 2020 roku - trudno zatem mówić o szczególnej sytuacji. Były to standardowe zamówienia, udzielane przez każdą jednostkę samorządu terytorialnego, dotyczące

usług/robót, które muszą być świadczone ciągle lub okresowo. Trudno też uznać za szczególną okoliczność - uniemożliwiającą prawidłowe wykonanie podstawowych obowiązków związanych z przygotowaniem postępowania - rezygnację z udzielania zamówień dotychczasowemu wykonawcy (zamówienia wewnętrzne). Ponadto, szczególna sytuacja zamawiającego została przewidziana w przesłankach udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki (zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia). W pozostałych przypadkach, w szczególności w trybach konkurencyjnych, ustawodawca założył, że zamawiający musi wykonać wszystkie obowiązki zarówno na etapie przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania. Zamówienia zostały udzielone przez Obwinionych: po upływie prawie roku od objęcia stanowiska w przypadku Obwinionej (objęcie stanowiska Burmistrza - 20 listopada 2018 roku, udzielenie pierwszego z objętych wnioskiem zamówień - 5 listopada 2019 roku) i po upływie ponad pół roku od objęcia stanowiska w przypadku Obwinionego (objęcie stanowiska - 1 października 2019 roku, udzielenie pierwszego z objętych wnioskiem zamówień - 17 sierpnia 2019 roku, przy długoletnim stażu pracy w jednostkach samorządu terytorialnego). Kończąc w odwołaniu uznano, że w aktualnym stanie prawnym wymogi co do obowiązków zamawiającego na etapie określania przedmiotu zamówienia są tożsame, a ich naruszenie uzasadnia unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 Pzp).

Zważywszy powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (zwana też „GKO”), po przeprowadzeniu rozprawy 12 lutego 2024 roku, ustaliła i zważyła, co następuje.

GKO podziela ustalenia faktyczne w zakresie dotyczącym treści dokumentów postępowania, w tym SIWZ dla poszczególnych zamówień oraz treści zawartych umów i przyjmuje je za własne. Natomiast w kwestii oceny prawnej okoliczności faktycznych GKO zasadniczo podziela zapatrywania odwołującego się Zastępcy Rzecznika, co legło u podstaw uchylenia orzeczenia w zaskarżonym zakresie i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia RKO. Komisja I instancji uniewinniając Obwinionych nie przedstawiła argumentów odnoszących się do aspektów przedmiotowych, nie wyjaśniła w istocie, dlaczego uważa, że opis

przedmiotu zamówienia w postępowaniach, których przedmiotem było w przypadku

Obwinionej:

- bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020 r. (czas popełnienia 4 lutego 2020 r., umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 21 lutego 2020 r.;
- utrzymanie zieleni miejskiej w 2020 r. (czas popełnienia naruszenia - 12 marca 2020 r., umowa w naruszenia na terenie Miasta (...) sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 3 kwietnia 2020 r.);
- zimowe utrzymanie dróg, chodników parkingów i placów na terenie Miasta (...) w sezonie 2019-2020 (czas popełnienia naruszenia 17 października 2019 r., umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 5 listopada 2019 r.),

a w przypadku Obwinionego:

- bieżące utrzymanie dróg i remonty nawierzchni ulic na terenie Miasta (...) w 2020r. (czas popełnienia naruszenia 11 Jak wyżej. 16 lipca 2020 r., umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 17 sierpnia 2020 r.);
- utrzymanie zieleni miejskiej na terenie Miasta (...) w 2020 r. (czas popełnienia naruszenia - 17 września 2020 r., umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 13 października 2020 r.)

i w konsekwencji dlaczego przyjęto, że Obwinieni nie naruszyli art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 6 Pzp z 2004 - w obecnym stanie prawnym art. 99 w związku z art. 255 pkt 6 Pzp.

RKO jedynie wskazała, że „w istocie nie popełniono naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ponieważ w przeanalizowanych okolicznościach sprawy nie byłoby właściwym (i sprawiedliwym) przypisanie Obwinionym winy, która stanowi *conditio sine qua non* odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO uznała, że Obwinieni działali w szczególnych warunkach, tj. w sytuacji, gdy podmiot dotychczas świadczący usługi komunalne w Mieście (...) stał się niezdolny do kontynuowania swych usług, dodatkowo generował problemy faktyczne i prawne zarządzającym Miastem (...). Wobec powyższego Obwinieni zobligowani byli zapewnić świadczenie usług komunalnych przez inny podmiot, co wiązało się z przeprowadzeniem postępowań w sprawie zamówienia publicznego i wyłonieniem nowych wykonawców. Nie bez znaczenia pozostają również okoliczności związane ze specyfiką Miasta (...), scharakteryzowane szczegółowo w wyjaśnieniach,

a mogące istotnie skutkować, w niektórych przypadkach, trudnościami w sformułowaniu zakresu robót. Sposób opisanie przedmiotu zamówień, w ocenie RKO nie budził wątpliwości potencjalnych oferentów, bowiem nie wpływały zapytania w trakcie postępowań, zaś wyłoniony wykonawca nie zgłaszał zastrzeżeń co do sposobu realizacji zadań umownych. Dodatkowo Obwinionym nie zgłaszało uwag w kwestii opisu przedmiotu zamówienia profesjonalne biuro prawne obsługujące Urząd Miasta (...). Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że dokumentacja przetargowa obejmowała nośniki elektroniczne zawierające fotografie terenów, co uzupełniało zapisy SIWZ. RKO wzięła także pod uwagę fakt ulepszania sposobu formułowania przedmiotu zamówienia w kolejnych postępowaniach, wynikającego z nabytych doświadczeń, co także zostało wykazane przed RKO. Ponadto zarządzający Miastem (...) z inicjatywy własnej, przedsięwzięli różne projekty, opisane wcześniej, które w istocie nakierowane są na generowanie oszczędności dla jednostki samorządu terytorialnego i wykonywanie niektórych zadań komunalnych w zakresie własnym. W opinii RKO w ustalonym stanie faktycznym, nie można karać Obwinionych za podejmowanie działań, które były ukierunkowane na zapewnienie mieszkańcom Miasta (...) świadczeń w zakresie usług komunalnych. Kończąc wywód RKO zauważyła także, że opisanie przedmiotu zamówienia publicznego bywa ocenne. W opinii kontrolerów RIO w Łodzi i Zastępcy Rzecznika w rozpoznawanych przypadkach naruszono określające opis przedmiotu zamówienia. Jednak zdaniem RKO treść opisów przedmiotu zamówienia była wystarczająca dla efektywnego wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, z zastrzeżeniem ust. 3, gdy w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Na podstawie zaś art. 78 ust. 3 uondfp, jeżeli okoliczność, o której mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, stwierdzono po przeprowadzeniu postępowania dowodowego przed organem orzekającym, wydaje się orzeczenie o uniewinnieniu. Mając powyższe na uwadze RKO uniewinniła Obwinionych od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uondfp". RKO nie wskazała, dlaczego uważa opis przedmiotu zamówień w poszczególnych sprawach za sporządzony zgodnie z art. 29 Pzp z 2004 (art. 99 Pzp), poza enigmatycznym wskazaniem, że opisanie przedmiotu zamówienia „bywa ocenne” oraz że załączono zdjęcia. Przypomnieć należy, że w myśl art. 99 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zaznaczenia wymaga, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić każdemu wykonawcy, niezależnie od tego, czy zna specyficzne uwarunkowania związane z zamówieniem (np. wynikające z tego, że realizował wcześniej już podobne zamówienia dla zamawiającego czy też działa na danym terenie i zna specyfikę miasta) wycenić i złożyć ofertę. Zatem opis przedmiotu zamówienia musi być wyczerpujący (jego elementem mogą być fotografie), kompleksowy i zawierać wszystkie informacje konieczne do sporządzenia oferty. Fakt, że żaden z wykonawców nie zadawał pytań w postępowaniu nie przesądza o prawidłowości sporządzenia dokumentacji postępowania. W przypadku zamówień na usługi tego rodzaju, jak objęte przedmiotowymi zamówieniami (tj. bieżące remonty, utrzymanie zieleni itp.) spotykane są w praktyce różne sposoby opisu przedmiotu zamówienia dostosowane do przyjętego w danej sprawie sposobu rozliczania (np. rozliczenie ryczałtowe miesięczne/ kosztorysowe/mieszane). W zależności od tego przyjmowane są także kryteria oceny ofert. W przypadku rozliczenia cenami jednostkowymi i płatnością za faktycznie wykonane prace (jak w realiach niniejszej sprawy), aby można było dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej należało albo wskazać szacunkowe ilości poszczególnych prac i przyjąć je do przeliczenia na potrzeby oceny ofert albo konieczne było przypisanie wag poszczególnym cenom jednostkowym. W przeciwnym razie, jak prawidłowo wskazał odwołujący, nie było możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym postępowania obarczone są wadą, która implikowała konieczność ich unieważnienia.

Podkreślenia także wymaga, niezależnie od powyższego, że nie znajdują oparcia w przepisach uondfp twierdzenia RKO sprowadzające się do przyjęcia, że względy sprawiedliwości (słuszności) mogą stanowić podstawę do nie przypisania winy na gruncie uondfp. Zaznaczyć należy, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych opiera się na zasadzie winy. Zgodnie z art. 19 ust. 2 uondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych 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 zgodzić należy się z odwołującym, że dla przyjęcia braku winy kryteria sprawiedliwości nie są przydatne, bowiem według ustawodawcy o powyższym decyduje analiza wzorca staranności wymaganego od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku w odniesieniu do danego stanu faktycznego. Nadto powołana

analiza musi zostać powiązana z naruszonym obowiązkiem. Ponownie rozpoznając sprawę organ orzekający I instancji powinien zatem dokonać weryfikacji strony podmiotowej w kontekście art. 19 uondfp, przy czym analiza stanu faktycznego sprawy nie wskazuje na żadne okoliczności uniemożliwiające Obwinionym prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia i przyjęcie postanowień dokumentacji postępowania pozwalającej na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w każdym z postępowań. Brak szczegółowej wiedzy nt. zamówień publicznych czy innych fundamentalnych dla finansów publicznych regulacji prawnych nie stanowi także przesłanki pozwalającej na zwolnienie z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Nie znajdują uzasadnienia w świetle stanu faktycznego sprawy twierdzenia o szczególnych okolicznościach, które miałyby uzasadniać zawarcie umów na podstawie nieprawidłowo przygotowanej dokumentacji postępowań przetargowych. Jak słusznie wskazał odwołujący zamówień objętych wnioskiem o ukaranie udzielano w okresie od 5 listopada 2019 roku do 13 października 2020 roku. Przedmiot zamówienia miał charakter standardowy, obejmujący usługi, które cyklicznie jednostka samorządu terytorialnego musi zlecać. Nie sposób uznać za szczególną okoliczność - uniemożliwiającą prawidłowe przygotowanie postępowania - rezygnację z udzielania zamówień dotychczasowemu wykonawcy (zamówienia wewnętrzne). Nawet przyjmując, że doszło w realiach sprawy do wyjątkowej sytuacji, niemożliwej do przewidzenia i nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (na co okoliczności sprawy nie wskazują), to na okres przejściowy, do czasu zawarcia umów w trybach przetargowych, można byłoby udzielić zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Na koniec zaznaczenia wymaga, że całokształt okoliczności towarzyszących przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań, w tym związanych z dotychczasową ich realizacją w ramach zamówienia wewnętrznego, czy „ulepszenie” dokumentacji przetargowej w kolejnych postępowaniach, powinny być wzięte pod uwagę przy wymiarze kary. Zważywszy powyższe orzeczono, jak w sentencji.