



**ORZECZENIE**  
**GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH**  
**O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 20 listopada 2014 r.

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk (spr.)</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	<b>Wojciech Robaczyński</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Przemysław Szelerski</b>
Protokolant:		<b>Anna Jedlińska</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2014 r. odwołania **Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych** od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 13 czerwca 2014 r., sygn. akt: RKO/7101/31/14, którym uniewinniono Obwinionego (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu Stadionu w (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na zaniechaniu w (...) w 2012 r., w przetargu nieograniczonym nr (...) na realizację zadania pn. „Realizacja kampanii promocyjnej terenów inwestycyjnych (...)”, dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu, pomimo zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego,

co naruszać miało art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.),

ze względu na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zarzucanym czynie),

oraz orzeczono, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa,

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

**Pouczenie:**

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

**Uzasadnienie**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach (dalej - RKO) orzeczeniem z dnia 13 czerwca 2014 r., sygn. akt: RKO/7101/31/14, uniewinniła Obwinionego (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu Stadionu w (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) – zwanej dalej ustawą, ze względu na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zarzucanym czynie. W uzasadnieniu RKO podała, że zgodnie z wnioskiem o ukaranie Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach (dalej - Rzecznik) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Realizacja kampanii promocyjnej terenów inwestycyjnych (...)” doszło do zmiany ogłoszenia o zamówieniu z dnia 2 stycznia 2012 r. w jego punkcie III.3.2a oraz w punkcie 5.2a specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszących się do opisu sposobu spełnienia warunku udziału w tym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego, co naruszać miało art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. zm.) – zwanej dalej Pzp i jednocześnie wyczerpywało znamiona czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym stanowi art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy. Powyższa zmiana nastąpiła w dniu 10 stycznia 2012 r., albowiem zamawiający w odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców wyjaśnił, że zrealizowana w minionym okresie kampania informacyjno-promocyjna o wartości porównywalnej z przedmiotem zamówienia wymagana w tym warunku, nie musi dotyczyć wyłącznie projektów dofinansowanych z funduszy UE. Zdaniem Rzecznika treść wyjaśnienia wskazuje, że w sposób istotny zmieniony został opis sposobu oceny spełniania warunku podmiotowego, co powinno skutkować stosowną zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu, albowiem zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp, zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu wymaga zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Zmiany zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej – BZP), jeżeli wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W omawianym przypadku przy wartości szacunkowej zamówienia wynoszącej 145.138,82 euro zamawiający nie spełnił wymogu ustawowego, poprzez co naruszony został wymieniony wyżej przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp. Zdaniem Rzecznika, powyższy czyn wypełnia przesłankę naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określoną w obowiązującym obecnie art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy, zgodnie z którym – w zakresie niniejszej sprawy - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych zarówno niezamieszczenie w BZP ogłoszenia o zamówieniu, jak również ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Zdaniem Rzecznika, opisany stan faktyczny wypełnia również znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, który obowiązywał w styczniu 2012 r., tj. w czasie, gdy dokonano zmiany opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem obowiązującego wówczas przepisu, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych było udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych w zakresie obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Rzecznika poprzednie i obecne przepisy w zakresie kwalifikacji prawnej czynu są tożsame.

RKO nie podzieliła poglądu Rzecznika, albowiem jej zdaniem, czyny zabronione wymienione w art. 17 ust. 1 pkt 5 obecnie obowiązującej ustawy i w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy obowiązującej w styczniu 2012 r. nie są tożsame. Przepis poprzednio obowiązujący stanowił, bowiem o naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych polegającym na braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Biuletynie Zamówień Publicznych. RKO w szczególności podała, że w myśl obecnie obowiązującego przepisu naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych jest niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Porównanie obydwu przepisów wskazuje, że istnieje zasadnicza różnica w zakresie publikacji informacji dotyczących udzielanego zamówienia, którego wartość szacunkowa jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu to dodatkowy obowiązek zamawiającego, wynikający z nowelizacji Pzp. W momencie prowadzenia postępowania o udzielenie analizowanego zamówienia publicznego niezamieszczenie ogłoszenia o zmianie opisu sposobu oceny spełnienia warunku podmiotowego nie stanowiło naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl obowiązującego wówczas przepisu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy. W związku z tym, w ocenie RKO, ma tutaj zastosowanie art. 24 ust. 1 ustawy w myśl, którego w czasie orzekania stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Z uwagi na powyższe RKO, w oparciu o art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy, w związku z art. 24 ust. 1 ustawy, postanowiła uniewinnić Obwinionego ze względu na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zarzucanym czynie.

13 czerwca 2014 r. Rzecznik wniósł odwołanie od orzeczenia RKO na niekorzyść Obwinionego (...). Zdaniem Rzecznika Komisja Orzekająca I instancji bezpodstawnie uniewinniła Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy (w aktualnie obowiązującym brzmieniu) związanego z brakiem dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Realizacja kampanii promocyjnej terenów inwestycyjnych (...)” W uzasadnieniu Rzecznik, przytaczając okoliczności z wniosku o ukaranie i z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia podkreślił, że skutkiem zmiany pkt III.3.21. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 2 stycznia 2012 r. oraz pkt 5.2a specyfikacji, była rezygnacja zamawiającego z wymogu wykazania przez wykonawców

wykonania zamówienia, które były dofinansowane ze środków UE. Powyższa zmiana opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinna spowodować dokonanie stosownej zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślił również, że zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Opis warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 41 pkt 7 Pzp, jest jednym z obligatoryjnych elementów ogłoszenia o zamówieniu, a wartość szacunkowa zamówienia ustalona w protokole postępowania w kwocie 583.400,00 zł tj. 145.138.82 euro kwalifikowała przedmiotowe postępowanie do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP, jak również dokonywania zmian tych ogłoszeń w tym Biuletynie. Obwiniony potwierdził, że zamawiający nie dokonał zmiany treści ogłoszenia o przetargu pomimo zmiany opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu. Rzecznik podkreślił także, że powyższy stan faktyczny narusza art. 38 ust. 4a pkt 1. Pzp, a czyn wypełnia przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w przepisie art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy w jego aktualnym brzmieniu. W ocenie Rzecznika opisany stan faktyczny wypełnia także znamiona art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy w brzmieniu obowiązującym w chwili popełnienia czyny, tj. w styczniu 2012 r. Zgodnie z brzmieniem powołanego art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając powyższe na uwadze Rzecznik wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego orzeczenia oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO.

**Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w aktualnym jej brzmieniu publikowanym w Dz. U z 2013 r. poz. 907 ze zm. (dalej - ustawa Pzp), przewiduje odpowiednio obowiązek publikacji w Dzienniku Urzędowym UE lub zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, publikację lub odpowiednio

zamieszczanie ogłoszeń o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Analogiczne uregulowania obowiązywały w dacie 10 stycznia 2012 r. Pzp przewidywała, w art. 11 ust. 4, w odniesieniu do ogłoszenia zamieszczanego w BZP, możliwość jego zmiany z obowiązkiem zamieszczenia tej zmiany również w BZP. Także zgodnie z obowiązującym w dacie 10 stycznia 2012 r. przepisem art. 38 ust. 4a Pzp, jeżeli zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający obowiązany był do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w BZP. GKO zwraca uwagę, że w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r. Nr 1481), wydanym na podstawie art. 11 ust. 6 Pzp, obok ogłoszenia o zamówieniu, którego wzór określono w załączniku nr 1 do tego rozporządzenia, niezależnie wymienia się ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, stanowiące załącznik nr 7 do tego rozporządzenia. Art. 17 ust. 1 pkt 2b ustawy, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w dacie 10 stycznia 2012 r. uznawał udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast ustawą zmieniającą ustawę o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, która weszła w życie z dniem 11 lutego 2012 r., wprowadzono przepis art. 17 w nowym brzmieniu i zgodnie z ust. 1 pkt 5 tego artykułu, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych - w zakresie rozstrzyganym przez GKO - jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w BZP ogłoszenia o zamówieniu, jak również ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. GKO stwierdza również, że przepis art. 24 ustawy, w przypadku zmiany ustawy po popełnieniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, przyznaje priorytet ustawie nowej, obowiązującej w dacie orzekania, tylko wówczas, gdy ustawa obowiązująca w dacie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy danego naruszenia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, GKO podzieliła pogląd Komisji Orzekającej I instancji, że czyny zabronione, określone w art. 17 ust. 1 pkt 5 obecnie obowiązującej ustawy i w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy obowiązującej w styczniu 2012 r., nie są tożsame. Przepis poprzednio obowiązujący sankcjonował zachowanie polegające na braku zamieszczenia

ogłoszenia o zamówieniu publicznym w BZP. Z kolei w myśl obecnie obowiązującego przepisu naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezamieszczenie w BZP ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Porównanie wskazanych przepisów jednoznacznie wskazuje na zasadniczą różnicę w zakresie zachowań sankcjonowanych związanych z publikacją informacji dotyczących udzielanego zamówienia. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu to dodatkowy, niezależny od ogłoszenia o zamówieniu, obowiązek zamawiającego, wynikający z Pzp. Tym samym nie można uznać, że w dacie dokonania zmiany, w dniu 10 stycznia 2012 r., niezamieszczenie ogłoszenia o zmianie opisu sposobu oceny spełnienia warunku podmiotowego stanowiło naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl obowiązującego wówczas przepisu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy.

W konkluzji GKO stwierdza, że w niniejszej sprawie zgodnie z dyrektywą z art. 24 ust. 1 ustawy, należało stosować przepisy obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia, albowiem obowiązujący w dacie popełnienia zarzucanego naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy był względniejszy dla Obwinionego. Zarzucany mu czyn nie wypełniał wówczas znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a więc stosownie do art. 19 ust. 1 ustawy nie można Obwinionemu przypisać odpowiedzialności za ten czyn.

Mając powyższe na względzie, GKO orzekła, jak w sentencji.