



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 25 listopada 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Leszek Bielecki
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2019 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 7 maja 2019 r. sygn. akt NDB-50/Ł/7/2019, w zakresie, w którym Komisja Orzekająca wymierzyła karę pieniężną w wysokości 5.000,00 zł, uznając (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynów określonych w:

a) art.15 ust.1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych, **poprzez** zawarcie przez Gminę (...):

– w dniu 24 września 2015r. umowy pożyczki z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej na kwotę 849.480,00 zł,

– w dniu 28 grudnia 2017r. umowy kredytu z Bankiem Spółdzielczym (...) na kwotę 500.000,00 zł, mimo braku uzyskania opinii Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi co do możliwości spłaty zobowiązań w wymienionych kwotach, z naruszeniem art.91 ust.2 ustawy o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2017r., poz.2077 ze zm.);

b) art.17 ust.1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust.1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego lub zawarcia umowy ramowej, **poprzez** dokonanie w dniu 18 sierpnia 2016r. wyboru oferty Banku Spółdzielczego (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usług „Udzielenie kredytu bankowego długoterminowego w wysokości 1.700.000,00 zł dla Gminy (...) na sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”, w sytuacji w której wykonawca nie potwierdził w terminie wyznaczonym przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z naruszeniem art.24 ust.1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017r., poz.1579 ze zm.¹). Zamówienia publicznego udzielono w dniu 15 września 2016r.;

c) art.17 ust.5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, **poprzez** niewyłączenie Wójta Gminy (...) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Udzielenie kredytu bankowego długoterminowego w wysokości 1.700.000,00 zł dla Gminy (...) na sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”, z naruszeniem art.17 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamówienia publicznego udzielono w dniu 15 września 2016r.;

d) art.17 ust.1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia

¹ Według aktualnie obowiązującego stanu prawnego.

publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, **poprzez** opisanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na zadanie pn. „*Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)*”, sygn. BD.272.2.2016, z naruszeniem art.7 ust.1 w zw. z art.29 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych², wskutek tego, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W rezultacie przedmiot zamówienia opisano z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (czas popełnienia naruszenia – 20 stycznia 2016r.³, data udzielenia zamówienia – 1 marca 2016r.);

e) art.17 ust.1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust.1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, **poprzez** dokonanie przez Gminę (...), w dniu 17 lutego 2016r.⁴, wyboru oferty nr 4 złożonej przez Zakład Robót Budowlanych (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)*”, sygn. BD.272.2.2016, która to oferta o cenie równej 2.921.434,93 zł nie odpowiadała treści SIWZ, a więc podlegała odrzuceniu, z naruszeniem art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych⁵. Dodatkowo wybrany wykonawca nie potwierdził w terminie wyznaczonym przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło przesłankę jego wykluczenia na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 ww. ustawy;

f) art.17 ust.1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust.1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, **poprzez** udzielenie w dniu 1 marca 2016r. (czas popełnienia naruszenia) zamówienia publicznego (umowa nr 9/2016) na zadanie o sygn. BD.272.2.2016, po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, na rzecz

² Według aktualnie obowiązującego stanu prawnego.

³ Data wszczęcia postępowania i udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającej opis przedmiotu zamówienia.

⁴ W dacie 17 lutego 2016 roku sporządzono ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty podpisane przez (...). Z kolei w dacie 23 lutego 2016 roku sporządzono dokument pn. „Sprostowanie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” podpisany również przez Wójta Gminy (...).

⁵ Według aktualnie obowiązującego stanu prawnego.

wykonawcy, który złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy w nieprawidłowej formie, z naruszeniem art.94 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych;

g) art.17 ust.1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, **poprzez** podpisanie w dniu 1 grudnia 2017r. ANEKSU (brak numeru) do umowy nr 9/2016, przewidującego wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 177.999,54 zł, który został podpisany z naruszeniem art.19 ust.3 pkt 2 lit.b ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r., poz.1020 ze zm.), a także niezgodnie z art.10 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art.7 ust.3 tej ustawy;

h) art.11 ust.1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków, **poprzez** dokonanie przez jednostkę wydatków majątkowych przekraczających granicę określoną w planie finansowym w dziale 750 - administracja publiczna, rozdziale 75095 – pozostała działalność, § 6050, w okresie:

– od dnia 14 czerwca 2017r. o kwotę 16.523,02 zł,

– od dnia 16 czerwca 2017r. o kwotę 17.523,02 zł,

– od dnia 21 czerwca 2017r. o kwotę 18.850,96 zł,

oraz **wskutek** dokonania przez jednostkę wydatków majątkowych przekraczających granicę określoną w planie finansowym Gminy w dziale 750 - administracja publiczna, rozdziale 75095 – pozostała działalność, § 6059, w okresie:

– od dnia 25 maja 2017r. o kwotę 50.857,94 zł

z naruszeniem art.254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych;

Przypisując odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja Orzekająca I instancji obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 327,81 zł.

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440) uchyla

orzeczenie Komisji I instancji w zaskarżonej części i 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

Odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej zostało wniesione przez Obwinionego (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (RKO) z dnia 7 maja 2019 roku wydanego w sprawie o numerze rej. NDB-50/Ł/7/2019. Tym orzeczeniem RKO na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (uondfp) uznała obwinionego cyt.: (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynów określonych w:

1) art. 15 ust. 1 uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych, poprzez zawarcie przez Gminę (...):

- w dniu 24 września 2015r. umowy pożyczki z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej na kwotę 849.480,00 zł,
 - w dniu 28 grudnia 2017r. umowy kredytu z Bankiem Spółdzielczym (...) na kwotę 500.000,00 zł,
- mimo braku uzyskania opinii Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi co do możliwości spłaty zobowiązań w wymienionych kwotach, z naruszeniem art.91 ust.2 ustawy o finansach publicznych (...);

2) art. 17 ust. 1c uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego lub zawarcia umowy ramowej, poprzez dokonanie w dniu 18 sierpnia 2016 r. wyboru oferty Banku Spółdzielczego Ziemi (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Udzielenie kredytu bankowego długoterminowego w wysokości 1.700.000,00 zł dla Gminy (...) na

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”, w sytuacji w której wykonawca nie potwierdził w terminie wyznaczonym przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp).

3) art. 17 ust.5 uoofp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, poprzez niewyłączenie Wójta Gminy (...) (...) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Udzielenie kredytu bankowego długoterminowego w wysokości 1.700.000,00 zł dla Gminy (...) na sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”, z naruszeniem art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

4) art. 17 ust. 1 pkt 1 uoofp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na zadanie pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)” , sygn. BD.272.2.2016, z naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskutek tego, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W rezultacie przedmiot zamówienia opisano z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (czas popełnienia naruszenia 20 stycznia 2016 r.

5) art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez dokonanie przez Gminę (...), w dniu 17 lutego 2016 r. wyboru oferty nr 4 złożonej przez Zakład Robót Budowlanych (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)” , sygn. BD.272.2.2016, która to oferta o cenie równej 2.921.434,93 zł nie odpowiadała treści SIWZ, a więc podlegała odrzuceniu, z naruszeniem art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo wybrany wykonawca nie potwierdził w terminie wyznaczonym

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło przesłankę jego wykluczenia na podstawie art.24 ust. 1 pkt 12 ww. ustawy;

6) art. 17 ust. 1c uoofp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez udzielenie w dniu 1 marca 2016 r. (czas popełnienia naruszenia) zamówienia publicznego (umowa nr 9/2016) na zadanie o sygn. BD.272.2.2016, po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, na rzecz wykonawcy, który złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy w nieprawidłowej formie, z naruszeniem art.94 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych;

7) art. 17 ust. 1b pkt 1 uoofp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, poprzez podpisanie w dniu 1 grudnia 2017 r. ANEKSU (brak numeru) do umowy nr 9/2016, przewidującego wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 177.999,54 zł, który został podpisany z naruszeniem art. 19 ust.3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r., poz. 1020 ze zm.), a także niezgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 7 ust.3 tej ustawy;

8) art. 11 ust. 1 uoofp z naruszeniem art.254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków, poprzez dokonanie przez jednostkę wydatków majątkowych przekraczających granicę określoną w planie finansowym w dziale 750 - administracja publiczna, rozdziale 75095 — pozostała działalność, § 6050, w okresie:

- od dnia 14 czerwca 2017 r. o kwotę 16.523,02 zł,

- od dnia 16 czerwca 2017 r. o kwotę 17.523,02 zł,

- od dnia 21 czerwca 2017 r. o kwotę 18.850,96 zł,

oraz skutek dokonania przez jednostkę wydatków majątkowych przekraczających granicę określoną w planie finansowym Gminy w dziale 750 - administracja publiczna, rozdziale 75095 - pozostała działalność, § 6059, w okresie:

- od dnia 25 maja 2017 r. o kwotę 50.857,94 zł.

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

RKO mając na względzie art. 31 ust. 1 pkt 3, art. 33 ust. 1 i 2, art. 34a oraz art. 37 uoondfp wymierzyła Obwinionemu za powyższe czyny karę pieniężną w wysokości 5.000,00 zł. Także na podstawie art. 167 ust. 1 uoondfp obciążyła Obwinionego na rzecz Skarbu Państwa kosztami postępowania w wysokości 327,81 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO podała, co następuje.

W dniu 7 maja 2019 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi, na skutek wniosku Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 8 stycznia 2019 r. rozpoznała sprawę (...), pełniącego w chwili popełnienia zarzuczanych czynów funkcję Wójta Gminy (...), w zakresie naruszeń dyscypliny finansów publicznych dotyczących:

(1) art. 15 ust. 1 uoondfp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2 ustawy o finansach publicznych związanych z zawarciem przez Gminę (...): (a) w dniu 24 września 2015 r. umowy pożyczki z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej na kwotę 849.480,00 zł, oraz (b) w dniu 28 grudnia 2017 r. umowy kredytu z Bankiem Spółdzielczym (...) na kwotę 500.000,00 zł - pomimo braku uzyskania opinii Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi co do możliwości spłaty zobowiązań w wymienionych kwotach;

(2) art. 17 ust. 1c uoondfp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z uwagi na dokonanie w dniu 18 sierpnia 2016 r. wyboru oferty Banku Spółdzielczego (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Udzielenie kredytu bankowego długoterminowego w wysokości 1.700.000,00 zł dla Gminy (...) na sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”;

(3) art. 17 ust.5 uoondfp w związku z naruszeniem art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewyłączenie Wójta Gminy (...) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Udzielenie kredytu bankowego długoterminowego w wysokości 1.700.000,00 zł dla Gminy (...) na sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”;

(4) art. 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art.29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na zadanie pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)”;

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

(5) art. 17 ust. 1c uoondfp w związku z naruszeniem art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie przez Gminę (...), w dniu 17 lutego 2016 r. wyboru oferty nr 4 złożonej przez Zakład Robót Budowlanych (...)jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)”. Dodatkowo wybrany wykonawca nie potwierdził w terminie wyznaczonym przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło przesłankę jego wykluczenia na podstawie art.24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;

(6) art. 17 ust. 1c uoondfp w związku z naruszeniem art.94 ust.3 ustawy Pzp z uwagi na udzielenie w dniu 1 marca 2016 r. (czas popełnienia naruszenia) zamówienia publicznego (umowa nr 9/2016) na zadanie o sygn. BD.272.2.2016, po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, na rzecz wykonawcy, który złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy w nieprawidłowej formie;

(7) art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp w związku z naruszeniem art. 19 ust.3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r., poz. 1020 ze zm.), a także niezgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust.3 tej ustawy, z uwagi na podpisanie w dniu 1 grudnia 2017 r. ANEKSU (brak numeru) do umowy nr 9/2016, przewidującego wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 177.999,54 zł;

(8) art. 11 ust. 1 uoondfp w związku z naruszeniem art. 254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych, z uwagi na dokonanie przez jednostkę wydatków majątkowych przekraczających granicę określoną w planie finansowym w dziale 750 - administracja publiczna, rozdziale 75095 - pozostała działalność, § 6050, w okresie: od dnia 14 czerwca 2017 r. o kwotę 16.523,02 zł, od dnia 16 czerwca 2017 r. o kwotę 17.523,02 zł, od dnia 21 czerwca 2017 r. o kwotę 18.850,96 zł, oraz skutek dokonania przez jednostkę wydatków majątkowych przekraczających granicę określoną w planie finansowym Gminy w dziale 750 - administracja publiczna, rozdziale 75095 - pozostała działalność, § 6059, w okresie: od dnia 25 maja 2017 r. o kwotę 50.857,94 zł.

Komisja Orzekająca, zgodnie z art. 24 ust. 1 uoondfp, dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania. Zgodnie z 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 tego naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Dokonując analizy prawno-porównawczej Komisja Orzekająca ustaliła, że stan prawny w czasie popełnienia

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

czynu w porównaniu ze stanem prawnym obowiązującym w czasie orzekania wprowadzić uległ zmianie, jednakże nie jest on względniejszy dla Obwinionego, zaś same zmiany nie mają charakteru zmian istotnych i nie wpływają na sytuację prawną Obwinionego. Z uwagi na to Komisja postanowiła orzec zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym w chwili orzekania.

RKO wskazała, że wniosek Rzecznika został wystosowany w oparciu o zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych złożone przez Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi. Na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie oraz wyjaśnień Obwinionego złożonych w toku postępowania wyjaśniającego przed Rzecznikiem oraz na rozprawie Komisja Orzekająca ustaliła, co następuje:

W zakresie czynu w pkt 1) dotyczącego naruszenia art. 15 ust. 1 uondfp.

Gmina (...)w dniu 24 września 2015r. zawarła umowę z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, której przedmiotem było udzielenie pożyczki w kwocie 849.480,00 zł na dofinansowanie realizacji przedsięwzięcia pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)”. Jak wynika z akt sprawy, Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi wydała opinię o możliwości spłaty pożyczki w dniu 14 września 2016 r. W dniu 28 grudnia 2017 r. Gmina (...)zawarła umowę z Bankiem Spółdzielczym (...) nr KR- 17-00501, której przedmiotem było udzielenie kredytu długoterminowego w wysokości 500.000,00 zł, z przeznaczeniem na pokrycie deficytu budżetu Gminy (...) i spłatę wcześniej zaciągniętych kredytów i pożyczek. Regionalna Izba Obrachunkowa wydała opinię o możliwości spłaty ww. kredytu w dniu 29 grudnia 2017 r.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, w przypadku ubiegania się przez jednostkę samorządu terytorialnego o kredyt lub pożyczkę na cel, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i art. 90, a także w przypadku zamiaru emisji przez jednostkę samorządu terytorialnego papierów wartościowych na cel, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i art. 90, zarząd tej jednostki jest obowiązany uzyskać opinię regionalnej izby obrachunkowej o możliwości spłaty kredytu lub pożyczki lub wykupu papierów wartościowych. Opinię tę należało uzyskać przez zawarcie umowy pożyczki z dnia 24 września 2015 r. oraz przed zawarciem umowy kredytu z dnia 28 grudnia 2017 r. Zawarcie umowy z dnia 24 września 2015 r., na mocy której zaciągnięto zobowiązanie z tytułu pożyczki oraz umowy z dnia 28 grudnia 2017 r., na mocy której zaciągnięto zobowiązanie z tytułu kredytu, bez wymaganej opinii regionalnej izby obrachunkowej dotyczącej zaciągniętego zobowiązania wypełniało, zdaniem Rzecznika, znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art.

15 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w zakresie w jakim ten przepis uznaje za czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych zaciągnięcie zobowiązania z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

Obwiniony na etapie postępowania przed Rzecznikiem w piśmie z dnia 5 października 2018 r. złożył wyjaśnienia następującej treści: „O pozytywnym rozpatrzeniu wniosków o dofinansowanie w formie pożyczki przedsięwzięcia pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)” poinformowano nas pismami z dnia 24.08.2015 r., po tej dacie rozpoczęły się negocjacje w sprawie przystąpienia do podpisania umowy. W załączeniu pismo w jakim okresie musieliśmy podpisać umowę z NFOŚiGW w Warszawie. W dniu 21 września 2015 r. odbyła się nadzwyczajna sesja Rady Gminy (...), na której podjęto uchwałę nr XV/42/15 w sprawie zaciągnięcia pożyczki z NFOŚiGW, a na dzień 24 września 2015 r. byliśmy umówieni na podpisanie umowy, datę podpisania umowy nie mogliśmy zmienić. W tak krótkim okresie między Sesją a podpisaniem umowy nie mogliśmy otrzymać opinii z RIO w Łodzi o możliwości spłaty pożyczki. Po podpisaniu umowy skontaktowaliśmy się z RIO w Łodzi, telefonicznie i posługując się faktami przedłożyliśmy sprawę, że ze względu na bardzo krótki okres czasu dzielący podjęcie uchwały w sprawie zaciągnięcia pożyczki a podpisaniem umowy nie mieliśmy fizycznej możliwości uzyskania opinii i czy możemy składać dokumenty aby takową opinię otrzymać, usłyszeliśmy, że w tej sytuacji RIO w Łodzi opinii nam nie wyda. W wyniku, najprawdopodobniej, weryfikacji uchwał jakie wpłynęły do RIO w Łodzi, dotyczących zaciągnięcia kredytów i pożyczek i wydanych do nich opinii, skierowano telefonicznie z RIO z Łodzi zapytanie, dlaczego do uchwały nr XV/42/15 o zaciągnięciu pożyczki nie mamy opinii, odpowiedzieliśmy, że po podpisaniu umowy odmówiono nam wydania opinii. Po tej rozmowie telefonicznej zwróciliśmy się z prośbą o wydanie opinii i w dniu 14 września 2016r. RIO w Łodzi wydała opinię o możliwości spłaty pożyczki”.

Rzecznik odnosząc się do powyższego stwierdził, że z pisma wynika, że korespondencja w sprawie zawarcia umowy o dofinansowanie była prowadzona już od dłuższego czasu, a zatem, zdaniem Rzecznika, Gmina miała wiedzę o uchwale NFOŚiGW w sprawie udzielenia dofinansowania w formie dotacji i pożyczki na przedsięwzięcie pod nazwą: „Budowa Budynku Użyteczności Publicznej w (...)”, a po drugie jedyną formalną przesłanką uzyskania wymaganej opinii RIO jest złożenie wniosku o jej wydanie. Przedmiotowy wniosek został, jak stwierdza Rzecznik, złożony dopiero w następnym roku, z tego powodu Rzecznik nie uwzględnił argumentacji podniesionej przez Obwinionego.

W zakresie czynu w pkt 2) dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 1c uondfp.

W dniu 20 lipca 2016 r. Gmina (...) wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Udzielenie i obsługa długoterminowego kredytu bankowego w łącznej wysokości do 1.700.000,00 zł dla Gminy (...) na sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”. W dniu 18 sierpnia 2016 r. poinformowano podmioty biorące udział w postępowaniu o najkorzystniejszej ofercie Banku Spółdzielczego (...) z ceną ofertową 343.231,27 zł. Umowa na realizację zamówienia została zawarta w dniu 15 września 2016 roku. Wykonawca, który został wybrany do realizacji zamówienia nie wykazał, zdaniem Rzecznika, spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał wykazania realizacji przynajmniej dwóch usług polegających na udzieleniu kredytu, z czego co najmniej jedna usługa miała polegać na udzieleniu kredytu bankowego w wysokości min. 500.000,00 zł. Ocena spełnienia wskazanego warunku miała nastąpić na podstawie złożonego przez wykonawcę wykazu głównych usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz na podstawie załączonych dowodów, że usługi te zostały lub są wykonywane należycie. Bank Spółdzielczy Ziemi (...)w ofercie wykazał realizację jedynie jednej usługi (kredyt o wartości 1.500.000,00 zł udzielony Gminie (...)). Dodatkowo, jak stwierdził Rzecznik, do oferty nie załączono dowodów, że wskazana usługa została wykonana należycie. W chwili popełnienia czynu, w ówczesnym brzmieniu, skreślony obecnie art. 24 ust. 2 pkt 4 nakazywał z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczyć tych wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 z dnia 13.07.2016 r.), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. kwestię tą obecnie reguluje art. 24 ust. 12, nakazujący z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczyć tego wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wkluczenia.

W zakresie potwierdzenia niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wymagał m.in. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne

przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Bank Spółdzielczy (...) do oferty załączył odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wg. stanu na dzień 14 lipca 2014 roku. W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania — należało wykazać, że wykonawca posiada zezwolenie na prowadzenie działalności bankowej na terenie Polski, a także realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. Ocena spełnienia wskazanego warunku miała nastąpić na podstawie złożonego przez wykonawcę zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na podjęcie działalności w zakresie objętym zamówieniem, o którym mowa w art. 36 ust. 1 ustawy Prawo bankowe lub innego dokumentu, na podstawie którego prowadzona jest działalność w zakresie przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisami Prawa bankowego. Oferta złożona przez Bank Spółdzielczy (...) nie zawierała, jak zauważył we wniosku o ukaranie Rzecznik, dokumentu potwierdzającego takie uprawnienia Banku.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ponadto, na podstawie art. 26 ust. 4 powołanej ustawy, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, który przed nowelizacją, w chwili popełnienia czynu stanowił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, natomiast nowelizacją dodano sformułowanie „lub kryteria selekcji” Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych). Z uwagi na

zaniechanie zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wybrana została jako najkorzystniejsza oferta, co do której wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem aktualna była, zdaniem Rzecznika, w stosunku do niego przesłanka wykluczenia z postępowania. Zdaniem Komisji w rozpatrywanym przypadku na zamawiającym, zarówno przed jak i po ww. nowelizacji, ciążył obowiązek wykluczenia wykonawcy, czego zamawiający zaniechał. Naruszenie powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wypełniało jednocześnie znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO wskazała, że Obwiniony potwierdził fakt zaistnienia naruszenia i wskazał okoliczności w jakich do niego doszło stwierdzając: „W wyniku natłoku prac do wykonania w miesiącu sierpniu 2016 roku nie wezwano oferenta do uzupełnienia dokumentów przetargowych”.

W zakresie czynu w pkt 3) dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 5 uondfp.

W dniu 20 lipca 2016 r. Gmina (...) wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Udzielenie i obsługa długoterminowego kredytu bankowego w łącznej wysokości do 1.700.000,00 zł dla Gminy (...)na sfinansowanie deficytu budżetu w roku 2016 związanego z realizacją zadania inwestycyjnego w kwocie 1.700.000,00 zł”. W dniu 18 sierpnia 2016 r. poinformowano podmioty biorące udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty - Banku Spółdzielczego (...) z ceną ofertową 343.231,27 zł. Umowa na realizację zamówienia została zawarta w dniu 15 września 2016 roku. W ofercie powyższego banku jako przedstawiciela wykonawcy uprawnionego do kontaktów wskazano Panią (...), która figurowała również w załączonej do oferty informacji z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 14 lipca 2014r. jako pełnomocnik. Wójt Gminy (...)poinformował kontrolujących, że wyżej wymieniona jest jego małżonką. (...) jako kierownik zamawiającego w dniu 20 lipca 2016r. złożył pisemne oświadczenie o braku okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na względzie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazujący, iż osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób -Wójt Gminy (...) powinien wyłączyć się z powyższego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wg wyjaśnień złożonych przez Obwinionego zarzut nieprzestrzegania przepisów art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest

niezasadny bowiem: „Ofertę przy realizacji ww. przetargu złożył Bank Spółdzielczy (...). Oferta zgodnie z uprawnieniami ujawnionymi w odpisie Krajowego Rejestru Sądowego została podpisana przez członków Zarządu. Zarząd Banku Spółdzielczego (...) jest i był na etapie prowadzenia przetargu jedynym organem decyzyjnym. Pani (...) jest pracownikiem Oddziału Banku w (...) i zgodnie z pełnomocnictwem ujawnionym w odpisie Krajowego Rejestru Sądowego jest uprawniona po uprzedniej akceptacji Zarządu do sporządzania dokumentów na obszarze działania Oddziału Banku. W prowadzonym postępowaniu przetargowym Pani (...) nie podejmowała jakichkolwiek decyzji mających wpływ na prowadzone postępowanie. Do wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby wykonującej czynności w postępowaniu nie wystarcza sam fakt zaistnienia stosunku faktycznego lub prawnego. W przypadku art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp. należy się kierować rzeczywistymi relacjami zachodzącymi między osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą i wpływ tych relacji na sytuację prawną innych wykonawców w postępowaniu, a także wynik postępowania. Z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp wynika, że nie wystarczą same wątpliwości co do bezstronności osób wykonujących czynności w postępowaniu oraz wykonawcy muszą one być uzasadnione. W prowadzonym postępowaniu Pani (...) nie podejmowała żadnych decyzji mających wpływ na wynik postępowania i wobec powyższych wywodów stwierdzenie, że Wójt Gminy (...) powinien podlegać wyłączeniu na mocy art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest bezzasadne i wynika z błędnej interpretacji prawa. Rzecznik odnosząc się do powyższego zauważył, że po pierwsze opisane naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 uoondfp zostało ujęte w protokole pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi (pismo z dnia 19 lipca 2018 r. sygn. WK -602/29/2018). Od wniosku pokontrolnego o treści: „Zapewnić wyłączenie osób występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego z postępowania, w sytuacji zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych” jednostka złożyła zastrzeżenia. Uchwałą nr 29/ 114/2018 z dnia 12 września 2018r. Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi oddaliło zastrzeżenia Wójta Gminy (...) uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie. Kolegium stwierdziło w szczególności, że więź faktyczna pomiędzy kierownikiem zamawiającego, a wykonawcą w przedmiotowej sprawie miała szczególny charakter i w konsekwencji budziła uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Po drugie, w kontekście wyrażonej w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp zasady obiektywizmu i bezstronności obowiązkiem osób zaangażowanych w przygotowanie lub prowadzenie postępowania po stronie zamawiającego jest działanie niezależnie od własnych

opinii, odczuć, preferencji lub interesów. Przepisy ustawy Pzp wymagają by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie brały udziału osoby pozostające w określonych relacjach z wykonawcą. Przepisy te mają gwarantować, że czynności po stronie zamawiającego, wykonywać będą osoby, które w toku postępowania nie będą kierować się względami osobistymi, co może mieć kluczowe znaczenie dla jego wyniku. Naruszenie tej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływałoby negatywnie na zachowanie zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle przepisów ustawy Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą wykonywać wyłącznie osoby, których uczestnictwo w procedurze udzielenia zamówienia nie powoduje powstawania konfliktu interesów. Pojęcie to zdefiniowane zostało w art. 24 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/ UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W myśl tego przepisu, pod pojęciem konfliktu interesów należy rozumieć każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień, działającego w imieniu instytucji zamawiającej, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Zdaniem Rzecznika, w przedmiotowym postępowaniu konflikt interesów zaistniał, a zatem Obwiniony (...) powinien wyłączyć się od udziału w tymże postępowaniu. Obwiniony składając wyjaśnienia podczas rozprawy potwierdził, że w powyższej sytuacji mogło dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie czynu w pkt 4) dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp.

W dniu 20 stycznia 2016 r. wszczęto drugie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)”, sygn. BD.272.2.2016. Przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, co naruszało art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Dodatkowo opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 2 ww. ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który

mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W rozdziale 2 SIWZ przewidziano m.in. roboty rozbiórkowe istniejącego obiektu [...] Zamawiający zaleca, aby Wykonawca dokonał wizji lokalnej w miejscach realizacji zamówienia w celu ujęcia w kosztorysie ofertowym niezbędnego do wykonania zakresu prac [...]” W dalszej części pkt 3 rozdziału 2, zamawiający wskazał: „Zamawiający w ramach zamówienia przewiduje rozbiórkę istniejącego budynku; koszty z tym związane oferent uwzględnia w dopisanej przez siebie pozycji na końcu kosztorysów dotyczących robót budowlanych parteru pod nazwą „roboty dodatkowe rozbiórkowe”. W pkt 2.1. projektu budowlanego wykonawczego załączonego do SIWZ stwierdzono, że: działka o nr 147/3 jest zabudowana jednokondygnacyjnym budynkiem dla potrzeb OSP przeznaczonym do rozbiórki oraz działka nr 147/4 jest zabudowana jednokondygnacyjnym budynkiem obecnej biblioteki i USC przeznaczonym do rozbiórki. Dokumentacja projektowa nie zawierała szczegółowej, ani nawet ogólnej, charakterystyki dwóch budynków przeznaczonych do rozbiórki (brak takiej dokumentacji potwierdził pośrednio sam zamawiający w odpowiedziach na wystąpienia wykonawców). Dodatkowo zamawiający nie załączył do SIWZ kosztorysu nakładczego dotyczącego rozbiórki istniejących budynków, na miejscu których miała zostać zrealizowana inwestycja. W rozdziale 2 pkt 3 SIWZ przypisano kosztorysom nakładczym status dokumentu opisującego przedmiot zamówienia, tj. szczegółowy zakres robót (choć w wyjaśnieniach udzielanych w trybie art. 38 ustawy Pzp, zamawiający wskazywał m.in. podstawą do wyceny i wykonania robót jest dokumentacja projektowa. Prace objęte przedmiotem zamówienia muszą być realizowane zgodnie z projektem. Cena, jaką będzie oferował wykonawca będzie ceną ryczałtową ...). Powyższe prowadziło do wniosku, że formalnie zamawiający „zalecał” wizję, jednak faktycznie wykonawca musiał jej dokonać, aby uzyskać jakąkolwiek wiedzę dla ustalenia ceny (nie było innego sposobu, aby ustalić jaką konstrukcję i wielkość mają budynki podlegające rozbiórce). Dodatkowo wykonawcy zgłaszali zamawiającemu uzasadnione zastrzeżenia dotyczące braku dokumentacji oraz kosztorysu dotyczącego robót rozbiórkowych, już na etapie pierwszego unieważnionego postępowania. Faktyczne żądanie przez zamawiającego dokonania wizji lokalnej w zestawieniu z minimalnym terminem składania ofert było niedopuszczalne, gdyż zmuszało wykonawców posiadających siedzibę w znacznej odległości od lokalizacji inwestycji do poniesienia większych wydatków niż wykonawców których siedziba/ przedstawicielstwo zlokalizowana była w niedalekiej odległości. W konsekwencji zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Istotne, zdaniem Rzecznika, w tym konkretnym postępowaniu było przyjęcie wynagrodzenia

ryczałtowego, które co do zasady przenosiło ryzyko prawidłowej wyceny na wykonawców. Wobec powyższego wykonawcy mieli prawo oczekiwać od zamawiającego jednoznacznie i wyczerpująco opisanego przedmiotu zamówienia. Tymczasem w zakresie rozbiórki dwóch budynków zamawiający de facto usiłował częściowo przerzucić na wykonawców obowiązek określenia elementu opisu przedmiotu zamówienia (obowiązek zastrzeżony w ustawie Prawo zamówień publicznych na rzecz zamawiającego). Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w połączeniu z ceną ryczałtową najczęściej skutkuje istotnym zwiększeniem cen ofertowych i większymi wydatkami po stronie zamawiającego. Każdy bowiem przedsiębiorca, który działa racjonalnie, powinien zastosować określone narzuty w stosunku do niejednoznacznie określonych elementów przedmiotu zamówienia, aby nie stracić podczas realizacji umowy. Mając na względzie przyjęty opis przedmiotu zamówienia uzasadniony jest wniosek, że zamawiający nie wypełnił dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i w rezultacie naruszył art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 tej ustawy. Wypełnione zostały zatem znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony złożył Rzecznikowi wyjaśnienia o następującej treści: „Nie zgadzam się z uchybieniem w zakresie napuszenia art. 29 ust. 1 ustawy pzp tj. opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenia oferty,

- roboty rozbiórkowe stanowiły element dodatkowy zamówienia, marginalną jego część, zapisy SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedstawiały przedmiot Zamówienia, to że Zamawiający wymagał wyceny dodatkowych elementów nie objętych kosztorysami nakładczymi czy przedmiarami (stanowiących materiał pogładowy) nie pozostaje w sprzeczności z ustawą PZP.” Odnosząc się do powyższego Rzecznik uznał, że Obwiniony potwierdził zaistnienie naruszenia jednocześnie podnosząc argument „marginalności” robót rozbiórkowych w zakresie przedmiotu zamówienia. Jednakże, w ocenie Rzecznika, podniesiona okoliczność nie ma znaczenia dla zaistnienia naruszenia z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Również ten zarzut RKO uznała za zasadny, a zgromadzony materiał dowodowy oceniła jako wystarczający aby stwierdzić, że popełnienie czynu zabronionego przez Obwinionego nastąpiło. Zdaniem Komisji przedmiot zamówienia powinien być w rozpatrywanym przypadku dokonany przez zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym zamawiający powinien dokładnie opisać zakres robót rozbiórkowych.

W zakresie czynu w pkt 5) dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 1c uoondfp.

W drugim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)”, sygn. BD.272.2.2016, wszczętym w dniu 20 stycznia 2016r., przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe. Dodatkowo jednak zamawiający wymagał złożenia kosztorysów ofertowych wskazując, m.in., w rozdziale 17 ust.2 SIWZ: „Kosztorysy, których złożenia wymaga zamawiający wraz z ofertą mają jedynie charakter poglądowy jednakże ich złożenie jest obowiązkowe. Brak złożenia kosztorysów skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy.” Z postanowień SIWZ oraz z wyjaśnień udzielanych w trybie art. 38 wynikało, że zamawiający wymagał złożenia kosztorysów ofertowych, z których tylko fragmenty dotyczące okien i drzwi zewnętrznych, paneli fotowoltaicznych oraz centrali wentylacyjnych miały stanowić treść oferty, w której wykonawca wskazywał skonkretyzowany oferowany produkt (typ i producenta). Zamawiający wymagał, aby w kosztorysie ofertowym wskazać typ i producenta m.in. okien i drzwi zewnętrznych, w przypadku których istotne dla zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności były:

- wymiary odpowiadające wymiarom w projekcie budowlanym, - współczynnik przenikania ciepła U dla okien zewnętrznych nie większy niż 0,6 W/m²xK, dla nasłonecznienia zewnętrznych nie większy niż 1,3 W/m²xK; potwierdzone na etapie składania ofert oświadczeniem producenta, - współczynnik przenikania ciepła U dla drzwi zewnętrznych nie większy niż 1 W/m²xK, potwierdzone na etapie składania ofert oświadczeniem producenta. Zgodnie z wyjaśnieniem w trybie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Stolarkę okienną i drzwiową należy wycenić w oparciu o rzuty piętra i parteru”. Wykonawca miał więc obowiązek wskazać typ/ model i nazwę producenta oferowanych okien i drzwi, które musiały spełniać ww. minimalne parametry. Dodatkowo zamawiający wymagał potwierdzeń ww. parametrów poprzez złożenie dokumentów podmiotowych, tj. oświadczeń producenta.

W dniu 17 lutego 2016 r. sporządzono ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty podpisane przez (...). Z kolei w dniu 23 lutego 2016 r. sporządzono dokument pn. „Sprostowanie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” podpisany przez (...). Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę nr 4 złożoną przez wykonawcę (...), cena brutto oferty 2.921.434,93 zł (waga 95%). Cytowane w protokole kontroli pozycje kosztorysów wskazują, że wykonawca oferował okna i drzwi spełniające współczynnik przenikania ciepła U dla okien zewnętrznych równy 0,6 W/m²xK, dla nasłonecznienia zewnętrznych

równy 1,3 W/m²xK, dla drzwi zewnętrznych równy 1 W/m²xK. Wykonawca wskazał producentów okien i drzwi, jednak nigdzie nie określił wymaganych typów (modeli) oferowanych okien i drzwi. Powyższe przy uwzględnieniu rygorów SIWZ stosowanych w niniejszym postępowaniu wobec innych wykonawców oznaczało, że oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tylko łączne określenie producenta i typu (modelu) okien i drzwi umożliwiło zamawiającemu weryfikację, czy oferowane produkty faktycznie spełniają oczekiwania projektu - wymagane parametry. Dodatkowo tylko jednoznaczne i łączne określenie producenta i typu oferowanych okien i drzwi oraz konkretnych wymiarów (O1, O2 itp.) spełniałoby zapisy SIWZ i pozwoliłoby zamawiającemu na ewentualne skorzystanie z trybu przewidzianego w art. 87 ww. ustawy w zestawieniu z oświadczeniami producenta dotyczącymi danego typu okien i drzwi. W zakresie drzwi zewnętrznych oznaczonych na rzucie parteru jako d9 (1 sztuka o wymiarach: 100/230), d 10 (dwie sztuki o wymiarach: 120/230), d 11 (1 sztuka o wymiarach: 100/210), Z1 (1 sztuka o wymiarach: 130/234), Z2 (1 sztuka o wymiarach: 234/130), kosztorysy ofertowe nie tylko nie wskazywały typu drzwi, ale dodatkowo wskazywały nieprawidłowy obmiar. Nieprawidłowy obmiar wystąpił również w zakresie okien zewnętrznych wskazanych w kosztorysach ofertowych. W zakresie okien zewnętrznych oznaczonych na rzucie parteru jako: a) O1, wykonawca winien zaoferować 8 sztuk okien o wymiarach 140/234 i jedno okno o wymiarach 140/205, łączny obmiar 29 078; b) O3 wykonawca winien zaoferować 2 okna o wymiarach 275/160, łączny obmiar 8 80. Tymczasem wykonawca w ofercie w ramach zaoferowanej stolarki okiennej i drzwiowej parteru w poz. 64 zaoferował okna O1 i O2 (okna o tym symbolu nie były projektowane na parterze), o łącznym obmiarze 32 760 m². Z kolei okna o symbolu O3 wykonawca wycenił raz w robotach pozostałych obmiar 5 740 m² (wg rzutu parteru i piętra obmiar łączny winien 17 60). W zakresie okien zewnętrznych oznaczonych na rzucie piętra jako: a) O2, wykonawca winien zaoferować 19 sztuk okien o wymiarach 140/205, łączny obmiar 54 53 b) O3 wykonawca winien zaoferować 2 okna o wymiarach 275/ 160, łączny obmiar 8 80. Tymczasem wykonawca w ofercie w ramach zaoferowanej stolarki okiennej i drzwiowej piętra w poz. 61 zaoferował okna O1 (okna o tym symbolu nie były projektowane na piętrze) i O2 o łącznym obmiarze 58,968 m². Wykonawca w zakresie dokumentów załączonych do oferty nie złożył:

1. Oświadczenia producenta (...), że oferowane okna o wymiarach O1 (140/234 wg rzutu parteru), O2 (140/205 wg rzutu piętra), O3 (275/ 160 wg rzutu parteru), O4 (80/50 wg zestawienia stolarki), mają współczynnik U dla całego okna — 0,6 w/m²K (wg kosztorysów).

Wykonawca na stronie 42 oferty złożył dokument/ oświadczenie producenta (...)dotyczące okien typu (...), w którym wskazano: „Wyliczone wartości mają charakter poglądowy. W obliczeniach współczynnika stolarki zastosowano szybę o wartości Ug 0,3 W/m²K wg normy EN-673. Stosowanie elementów ozdobnych między szybami zmiana właściwości termiczne zespolenia.” W oświadczeniu wskazano okna o wymiarach 1230/ 1480 (nie wskazano jednostki miary, tj. cm, mm), współczynnika U 0,59, szyba Ug 0,3 z kryptonem. Biorąc pod uwagę ww. treść, należy zauważyć, że niezależnie jaką jednostkę miary miał na myśli producent, oświadczenie nie dotyczyło, żadnego z oferowanych okien o projektowanych wymiarach, tj. O1, O2, O3, O4, ponieważ oferowane okna miały, a przynajmniej winny mieć inne rozmiary. Dodatkowo oferowane okna wg wykonawcy charakteryzowały się współczynnikiem U 0,6 W/m²K (wykonawca nie deklarował, że współczynnik U będzie nie mniejszy itp.), a typ okna wskazany w oświadczeniu producenta miał U - 0,59. W przypadku okien energooszczędnych, lub pasywnych okna mają istotne znaczenie, ponieważ co do zasady szyby mają lepsze parametry izolacyjne niż rama. Przy takim założeniu im większa powierzchnia szyb w całkowitej powierzchni okna tym wskaźnik U dla całego okna będzie niższy, tj. lepszy. I odpowiednio okno o mniejszej powierzchni szyb (czyli większym udziale powierzchni ram w całkowitej powierzchni okna) będzie miało ten parametr wyższy, czyli gorszy. Na stronie producenta (...): <https> (...), zamieszczono informacje dotyczące okien wskazanych w oświadczeniu (...) (s. 42 oferty), w których producent wskazuje na współczynnik przenikania ciepła na poziomie W/ ale wiąże ten współczynnik z konkretnym wymiarem okna **Dla okna o wymiarach 1230x1480 mm wg (...).

2. Oświadczenia producenta (...), że oferowane świetliki (naświetla) i klapy dymowe o wynikających dokumentacji projektowej mają współczynnik U 1,3 W/m²K (wskazany jednoznacznie w kosztorysach ofertowych). Powyższe wskazuje, że zamawiający nie wypełnił dyspozycji wynikającej z art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń producenta potwierdzających współczynnik U dla okien (ww. pkt 1 i 2) oferowanych, o wymiarach wynikających z dokumentacji projektowej (jedyne oświadczenie dotyczyło wymiaru 1230/1480).

3. Oświadczenia producenta (...), że oferowane drzwi zewnętrzne oznaczone na rzucie parteru jako d9 (1 sztuka o wymiarach: 100/230), d10 (dwie sztuki o wymiarach: 120/230), d 11 (1 sztuka o wymiarach: 100/210), Z1 (jedna sztuka o wymiarach: 234/ 130), Z2 (jedna sztuka o wymiarach: 234/ 130) mają współczynnik U 1,0 W/m²K (wskazany jednoznacznie w kosztorysach ofertowych). Wykonawca załączył do oferty na stronach: 43-44 oświadczenia producenta, jednak trudno na ich podstawie przesądzić, że typy drzwi w nich wskazanych

dotyczą typów drzwi oferowanych w kosztorysach ofertowych, ponieważ: a) w kosztorysach wykonawca nie określił typów drzwi, b) oświadczenia wskazywały współczynnik przenikania ciepła konstrukcji $U\ 0,9\ W/m^2K$ (wykonawca oferował drzwi o współczynniku $U\ 1\ W/m^2K$), c) oświadczenia producenta dotyczyły drzwi o innych niż d9, d 10, d11, Z 1 i Z2.

Zamawiający, zdaniem Rzecznika, nie wypełnił dyspozycji wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń producenta potwierdzających współczynnik U dla drzwi oferowanych o wymiarach wynikających z dokumentacji projektowej.

W podsumowaniu Rzecznik stwierdził, że złożona przez wykonawcę oferta podlegała odrzuceniu, z uwagi na okoliczność, że jej treść była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). To oznacza z kolei, zdaniem Rzecznika, że wskazane naruszenie prawa miało wpływ na wynik postępowania, oferta wykonawcy, mając na względzie jej treść, nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jak również nie mogła być zastosowana żadna procedura, w celu zmiany treści oferty w omawianym zakresie. Ponadto, w przypadku ww. wykonawcy ustalenia przeprowadzonej kontroli wskazują, że nie wykazał on warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z rozdziałem 11 ust. 3 i 4 SIWZ, zamawiający wymagał złożenia: 1) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz odpowiedzialnych za kierowane robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych (uprawnień), doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz należało sporządzić zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ; 2) oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, certyfikaty oraz że pracownicy przewidziani do realizacji zadania posiadali aktualne zaświadczenie o przebytych szkoleniach okresowych bhp i ppoż. Wzór oświadczenia stanowił załącznik nr 9 do SIWZ. Przedmiotowe dokumenty miały wypełniać opis sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dysponowania potencjałem osobowym (rozdział 10 pkt 2. 2) SIWZ), m.in. w zakresie eksperta 1 - kierownika budowy: a) co najmniej 3 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, b) uprawnienia do kierowania robotami specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. W przypadku zaferowanego kierownika budowy, wykonawca nie określił jednoznacznie, czy posiadał on minimum 3 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy. Wskazany staż pracy mógł dotyczyć różnych stanowisk. Zamawiający nie wezwał wykonawcy w trybie art. 26 ust.

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. W dniu 1 marca 2016 r. Gmina (...), reprezentowana przez (...) (przy kontrasygnacie Skarbnika Gminy - (...)), zawarła umowę nr 9/2016 z wykonawcą Zakład Remontowo Budowlany (...). Zamawiający w ww. postępowaniu nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie odrzucił oferty nr 4, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo, stwierdzono przypadki, w których zamawiający zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i uznał za prawidłową ofertę, w której nie wykazano spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i wybrał ofertę, która była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a więc winna zostać odrzucona, a dodatkowo wykonawca podlegał wykluczeniu, ponieważ nie potwierdził w ofercie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Naruszenie powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wypełniało jednocześnie znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uoondfp. W odniesieniu do opisanego zarzutu Obwiniony złożył wyjaśnienia następującej treści: „Zamawiający żądał zgodnie z SIWZ złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ. Nie żądano przy tym żadnych innych dokumentów potwierdzających min posiadanie wymaganych uprawnień, czy doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Zatem samo wpisanie przez Oferenta wymaganych ekspertów w załączniku nr 9 stanowiło oświadczenie oferenta i potwierdzało fakt posiadania przez te osoby wymaganych uprawnień i doświadczenia, w tym 3-letniego na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający nie miał zatem powodu do wezwania oferenta do uzupełnienia oferty w tym zakresie”. Obwiniony w wyjaśnieniach nie odniósł się do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z SIWZ. W ocenie Rzecznika poczynione przez kontrolujących ustalenia w sposób bezsporny wskazują na zaistnienie przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wybór oferty podlegającej odrzuceniu wypełnia znamiona czynu z art. 17 ust. 1c uoondfp. Komisja Orzekająca uznała, że Zamawiający chcąc postąpić w rozpatrywanym przypadku zgodnie z prawem, powinien odrzucić przedmiotową ofertę.

W zakresie czynu w pkt 6) dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 1c uoondfp.

W dniu 1 marca 2016 r. Gmina (...), reprezentowana przez (...) (przy kontrasygnacie Skarbnika Gminy - (...)), zawarła umowę nr 9/2016 z Zakładem Remontowo Budowlanym (...)dotyczącą realizacji zadania pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej w (...)”. Zgodnie z zapisami SIWZ, zamawiający wymagał wniesienia przez wykonawcę,

zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny podanej w ofercie. W § 7 ust. 6 wzoru umowy (tj. § 7 ust. 5 umowy podpisanej nr 9/2016) zamawiający przewidział wprost, że zabezpieczenie może zostać wykorzystane na: a) zastępcze wykonanie umowy w przypadkach, w których umowa dopuszcza takie wykonanie; b) pokrycie należności z tytułu kar umownych i odszkodowań; c) pokrycie innych szkód wyrządzonych zamawiającemu przez wykonawcę bądź osoby za które wykonawca ponosi odpowiedzialność; d) należności z tytułu rękojmi. Z kolei w § 7 ust. 9 wzoru umowy (tj. § 7 ust.8 umowy podpisanej nr 9/2016) stwierdzono, że brak odpowiedniego zabezpieczenia stanowi podstawę do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Wykonawca złożył, a zamawiający zaakceptował gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu nr 998A 568519 z dnia 26 lutego 2016 roku. W ocenie RIO w Łodzi, złożone zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie zabezpieczało w należyтым stopniu interesów zamawiającego. Forma gwarancji miała bowiem charakter warunkowy, ściśle wiązała wypłatę zabezpieczenia z zapłatą kar umownych. Treść złożonej gwarancji wskazuje, iż zabezpieczenie miało zastępować kary umowne, co jednocześnie uniemożliwiało wypłatę sumy gwarancyjnej w sposób bezsporny ponad kwotę ewentualnych kar z tytułu innych potencjalnych roszczeń np.: na pokrycie ceny wykonania zastępczego, na pokrycie szkód wyrządzonych środowisku naturalnemu i innych roszczeń, w szczególności wymienionych w § 7 ust. 5 podpisanej umowy nr 9/2016. Potencjalnie zamawiający mógł nie uzyskać jakiegokolwiek kwoty z powołanej gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu, jeżeli wykonawca zakwestionowałby prawidłowość ewentualnych kar umownych. Kara umowna jest bowiem świadczeniem spornym i wykonawca może wykazać, że do zwłoki w realizacji przedmiotu umowy przyczyniły się działania, lub zaniechania zamawiającego (co podważa wymagalność kar). Ustawa Pzp w art. 147 ust. 2 określa cel jaki pełni zabezpieczenie należytego wykonania umowy, tj. zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie pełni zatem funkcję kaucji umożliwiającej zamawiającemu pokrycie roszczeń z kwoty zabezpieczenia bez konieczności wykorzystywania procedur sądowych. Gwarancja ma być bezwarunkowa, tj. gwarant nie może wymagać spełnienia dodatkowych warunków ze strony beneficjenta, aby doszło do wypłaty z gwarancji - gwarancja ma stanowić substytut pieniądza. Mając na względzie treść złożonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zapisy SIWZ, oraz ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadniony jest wniosek, że zamawiający winien zakwestionować zapisy gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr 998A 568519 z dnia 26 lutego 2016 r., ponieważ ograniczała się ona wyłącznie do zastępowania wymagalnych kar

umownych. Zdaniem Rzecznika, zamawiający powinien przed podpisaniem umowy wyegzekwować wniesienie prawidłowego zabezpieczenia (tzn. nieograniczonego do kar umownych). Stosownie do treści art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp (treść powtórzona w rozdziale 19 pkt 6 SIWZ). Z kolei art. 46 ust. 5 pkt 2 ww. ustawy obliguje zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wybrany wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zdaniem Rzecznika, uzasadniony jest wniosek, że wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zawarcie umowy nr 9/2016 naruszało art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Omówione naruszenie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych miało wpływ na wynik postępowania. Wypełnione zostały, w ocenie Rzecznika, znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 17 ust. 1c uoofp.

W postępowaniu przed Rzecznikiem Obwiniony złożył wyjaśnienia o następującej treści: „Istotą instytucji zabezpieczenia jest zagwarantowanie zamawiającemu podpisującemu umowę z wykonawcą, że w razie nienależytego wykonania lub niewykonania umowy będzie on mógł zaspokoić swoje roszczenia w tym zakresie. Ustawowe określenie celu zabezpieczenia wskazuje, że zabezpiecza ono wszelkiego rodzaju roszczenie służące zamawiającemu w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę, Z punktu widzenia przepisu art. 147 Pzp obojętne jest, czy roszczenie to przysługuje zamawiającemu z mocy ustawy czy jedynie z mocy kontraktu. Przepisy Pzp nie regulują kwestii związanych z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, odsyłając w tym zakresie stosownie do dyspozycji art. 139 ust. 2 ustawy pzp, do przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Skutkiem zachowania się dłużnika niezgodnego z treścią zobowiązania jest więc jego odpowiedzialność odszkodowawcza wiążąca się jednocześnie z roszczeniem wierzyciela do naprawienia szkody. Wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany właściciel (...) złożył gwarancję ubezpieczeniową tytułem należytego wykonania kontraktu nr. 998A568519 z dnia 26.02.2016

r. Złożona gwarancja zabezpieczała roszczenia zamawiającego z tytułu kar umownych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.” W ocenie Rzecznika - w tym ostatnim zdaniu przytoczonych wyjaśnień Obwiniony potwierdził zasadność postawionego zarzutu, stwierdzając, że zakres roszczeń zabezpieczonych gwarancją był ograniczony do kar umownych. Odnośnie tego zarzutu RKO uznała, że Zamawiający przed podpisaniem umowy powinien wyegzekwować od wykonawcy wniesienie prawidłowego, bezwarunkowego zabezpieczenia.

W zakresie czynu w pkt 7) dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 1b pkt 1 uoandfp.

W dniu 1 grudnia 2017 r. Gmina(...), podpisała z wykonawcą ZRB (...) (bez numeru) do umowy nr 9/2016. Strony jako „przedmiot zamówienia powtarzalnego” wskazały wykonanie robót budowlanych związanych z projektem pn. „Utworzenie domu dziennego pobytu wraz z salą rehabilitacyjną w budynku użyteczności publicznej w Gminie (...)”, w ramach RPO WŁ na lata 2014-2020. Załączono „kosztorys na roboty dodatkowe” o wartości netto 144.715,07 zł, jednak nie określono daty jego opracowania. ANEKS z dnia 1 grudnia 2017 r. do umowy nr 9/2016 przewidywał wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 177.999, 54 zł (144.715,07 zł netto), rozpoczęcie robót budowlanych - z dniem zawarcia aneksu, zakończenie robót budowlanych - maksymalnie do dnia 20 grudnia 2017 r. Według zamawiającego ANEKS z dnia 1 grudnia 2017 r. został podpisany na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 r., poz. 1020 ze zm.), zgodnie z którym: „Dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden z następujących warunków: [...] b) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. ANEKS z dnia 1 grudnia 2017 r. miał charakter kompleksowy i w istocie stanowił odzwierciedlenie umowy w

sprawie zamówienia uzupełniającego uregulowanego w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - w brzmieniu obowiązującym na dzień podpisania umowy podstawowej nr 9/2016. Tym samym aneks podpisany w dniu 1 grudnia 2017 r. realizował intencję ustawodawcy, który wprowadzając przepis intertemporalny, tzn. art. 19 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, miał na celu zmienić sposób udzielania zamówienia dodatkowego i uzupełniającego w przypadkach, gdy umowa dotycząca zamówienia podstawowego została zawarta przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej.

Podpisanie aneksu z dnia 1 grudnia 2017 r. podobnie jak wcześniej obowiązujące zamówienia uzupełniające udzielane w trybie z wolnej ręki, stanowiło odstępstwo od zasady prymatu trybów przetargowych wyrażonej w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, co wymagało uprzedniego precyzyjnego spełnienia rygorów ustawowych, tj. kumulatywnego zaistnienia okoliczności enumeratywnie przewidzianych w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (wcześniej art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych). Jedną z takich okoliczności było przewidzenie zamówień uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, które miały być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 20 stycznia 2016 r, w BZP pod nr 13362-2016 oraz analogiczne ogłoszenie zamieszczone na stronie internetowej Gminy (...)wskazywało, że zamawiający nie przewidywał zamówień uzupełniających, tzn. nie zaznaczono „okienka/kratki” w sekcji II.1.5): *przewiduje się udzielenie zamówień uzupełniających. Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówień uzupełniających*”. Nie wystąpiły zmiany ogłoszenia o zamówieniu w trybie art. 12a w związku z art. 38 ust.4a ustawy Prawo zamówień publicznych. O fakcie nieprzewidywania udzielania zamówień uzupełniających przesądza także okoliczność, że nie uwzględniono wartości zamówień uzupełniających w ramach wartości całego zamówienia. Zamawiający zamieścił odmienną informację w rozdziale 2 pkt 6 SIWZ, gdzie przewidział zamówienia uzupełniające: „Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa do udzielania z wolnej ręki zamówienia uzupełniającego do 50% wartości zamówienia podstawowego, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli w trakcie realizacji zamówienia lub po jego wykonaniu, powstanie konieczność wykonania robót objętych zamówieniem, w ilościach większych niż przewidziano w przedmiarach.”.

Rzecznik stwierdził, że biorąc pod uwagę powyższe rozbieżności w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp prawodawca wyraźnie wskazał na zamieszczenie informacji w ogłoszeniu o zamówieniu

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

(podobnie w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy zmieniającej), a nie w SIWZ, która nie jest nawet załącznikiem ogłoszenia. Wobec powyższego Rzecznik przyjął, że ANEKS z dnia 1 grudnia 2017r. do umowy nr 9/2016 został podpisany z naruszeniem art. 19 ust.3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, ponieważ w ogłoszeniach o zamówieniu nie przewidziano zamówień uzupełniających - nie zawarto informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Zamawiający mógł podpisać umowę kontynuującą roboty budowlane w budynku użyteczności publicznej na zasadach ogólnych, zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. ANEKS z dnia 1 grudnia 2017 r. do umowy nr 9/2016, na łączną kwotę 177.999,54 brutto zł, podpisano natomiast z naruszeniem art. 10 ust. 1 ww. ustawy, który wskazuje, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a także art. 7 ust. 3 ww. ustawy, stosownie do którego - zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe, zdaniem Rzecznika, wypełniało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp. Obwiniony złożył wyjaśnienia o następującej treści: „Podnoszę fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 20 stycznia 2016 roku w BZP pod numerem 13362 - 2016 roku omyłkowo nie zaznaczono okienka/ kratki w sekcji II. 1.6 - „przewiduje się udzielenie zamówień uzupełniających”, pomimo iż to wynikało z rozdziału 2 pkt 6 SIWZ. Moim zdaniem był to zwykły błąd pisarski, a nie zamierzone celowe działanie zamawiającego”. Zdaniem Rzecznika powyższe wyjaśnienie potwierdza opisany stan faktyczny, wypełniający znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem Komisji Orzekającej, Obwiniony powinien w ogłoszeniu o zamówieniu przewidzieć zamówienia uzupełniające, których udzielił wykonawcy.

W zakresie czynu w pkt 8) dotyczącego naruszenia art. 11 ust. 1 uoondfp.

Analiza planu wydatków budżetu, faktur, a także ewidencji księgowej wykazała przypadki przekroczenia upoważnienia do dokonywania wydatków, z naruszeniem art. 254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym - w toku wykonywania budżetu jednostki samorządu terytorialnego obowiązują następujące zasady gospodarki finansowej: dokonywanie wydatków następuje w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowanym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów:

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

1) Suma wydatków poniesionych od początku 2017 r. do dnia 13 czerwca 2017 r. w dziale 750, rozdziale 75095, § 6050 wyniosła 581.133,49 zł. W okresie od 18 maja 2017 r. do dnia 27 czerwca 2017 r. w dziale 750, rozdziale 75095, § 6050 zabezpieczono środki w wysokości 603.000,00 zł (uchwała nr XXXVI/ 144/ 17 z dnia 18 maja 2017r. w sprawie zmian w budżecie gminy na rok 2017). W dniu 14 czerwca 2017 r. Gmina zapłaciła w ramach ww. § 6050: 1.845,00 zł - faktura nr 70/2017, - 3.690,00 zł - faktura 68/2017, 32.854,53 zł - faktura 608/2017. Tym samym do dnia 14 czerwca 2017 r. przekroczone plan wydatków o 16.523,02 zł. W dniu 16 czerwca 2017 roku Gmina zapłaciła fakturę nr 8/KS/2017 na kwotę 1.000,00 zł. Od dnia 16 czerwca 2017 roku przekroczenie zaplanowanych wydatków w dziale 750, rozdziale 75095 § 6050 wynosiło 17.523,02 zł. W dniu 21 czerwca 2017 r. Gmina zapłaciła w ramach ww. § 6050: 128,69 zł - faktura nr 393/2017/FK, 1.199,25 zł - faktura nr 203/2017. Od dnia 21 czerwca do dnia 27 czerwca 2017r. przekroczenie zaplanowanych wydatków w dziale 750, rozdziale 75095, § 6050 18.850,96 zł. W dniu 28 czerwca 2017r. uchwałą nr XXXVII/ 149/ 17 zwiększono zabezpieczone środki w dziale 750, rozdziale 75095, § 6050 do kwoty 677.355,00 zł.

2) Zgodnie z wydrukiem ewidencji księgowej, suma wydatków poniesionych od początku 2017 roku do dnia 25 maja 2017 r. w dziale 750, rozdziale 75095, § 6059 wyniosła 359.233,40 zł (kwota z jednej faktury nr 4/IV/2017 i została zapłacona w dniu 25 maja 2017 r. 23). W okresie od dnia 18 maja 2017r. do dnia 27 czerwca 2017 r. w dziale 750, rozdziale 75095, § 6059 zabezpieczono środki jedynie w wysokości 308.375,46 zł (uchwała XXXVI/144/17 z dnia 18 maja 2017r.), a więc przekroczone plan o 50.857,94 zł. Dopiero w dniu 28 czerwca 2017r. uchwałą nr XXXVII/149/ 17 zwiększono zabezpieczone środki w dziale 750, rozdziale 75095, § 6059 do kwoty 359.233,46 zł (zwiększenie o 50.858,46 zł).

Powyższe, zdaniem Rzecznika, wypełniało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 11 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony złożył wyjaśnienia o następującej treści: „Ustalając plan na zadanie pn. „Budowa budynku użyteczności publicznej przy ul. Stefana Starzyńskiego w (...)” w uchwale nr XXXVII/ 144/17 z dnia 18 maja 2017 r. mieliśmy takie informacje, że plan wydatków na inwestycje będzie wynosił kwotę całościowo 1.130.925,46 PLN z rozbiem 96050 - 603.000,00, 96057 - 219.550, 00, 6059 - 308.375,46. Inwestycja była finansowana z różnych źródeł pożyczka NFOŚiGW w Warszawie, pożyczka WFOŚiGW w Łodzi, środki PFRON, środki pochodzące z budżetu UE, po rozpisaniu faktury nr 4/JY/2017 okazało się, że środkami stanowiącymi wkład własny w projekt musi być sfinansowana kwota 359.233,40 złotych, czyli wyższa niż zaplanowano w § 6059 ale nie wyższa niż całościowo

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

planowana na inwestycję, Kwotę 18.850,96 złotych przekroczenia w § 6050 wydatkowano w okresie od 14 czerwca 2017r. do dnia 21 czerwca 2018 r. czyli w okresie bezpośrednio przed planowanym posiedzeniem komisji Rady Gminy (...), która odbyła się 20 czerwca 2017 r. i Radni podczas posiedzenia komisji zatwierdzili projekt zmian w budżecie i przyjęli go uchwałą nr XXXVI/ 149/17 w dniu 28 czerwca 2018r., w której to ogólna kwota wydatków na inwestycje nie została zmieniona, przesunięto plan między klasyfikacjami budżetowymi. W momencie wydatkowania środków na, które nie było planu na poszczególnych 9 klasyfikacji budżetowej zdecydowano, że nie będzie zwoływana Nadzwyczajna Sesja Rady Gminy, gdyż plan całościowy pokrywał poniesione wydatki inwestycyjne przeznaczone na zadanie oraz to, że nie będzie zwoływana ze względu na dodatkowe koszty związane z wypłatą diet Radnym. W załączeniu wydruki całego planu inwestycji, który był nie zmieniany w okresie między 18 maja 2018r. a 28 czerwca 2018 r.” Rzecznik odnosząc się do tych wyjaśnień stwierdził, że w zasadzie potwierdzają one ustalony przez niego stan faktyczny, wskazując jednocześnie na okoliczności w jakich doszło do ww. naruszeń. Argument, że nie zwołano sesji rady gminy, żeby nie wypłacać diet radnym nie zasługiwał, zdaniem Rzecznika, na uwzględnienie. Komisja Orzekająca uznała, że Obwiniony powinien dokonywać wydatków bez przekroczenia upoważnienia do ich dokonywania.

RKO w konkluzji uzasadnienia do (zaskarżonego) orzeczenia podała: *„Reasumując, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Komisja Orzekająca całkowicie podzieliła pogląd wyrażony przez Rzecznika i uznała, że wszystkie czyny wskazane we wniosku o ukaranie wypełniające znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 11 ust. 1, art. 15 ust. 1, art. 17 ust. 1 pkt 1, art. 17 ust. 1b pkt 1, art. 17 ust. 1c, art. 17 ust.5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zostały przez Obwinionego popełnione w sposób zawiniony. Do popełnienia czynów opisanych we wniosku o ukaranie doszło wskutek niedołożenia staranności wymaganej od Pana (...), odpowiedzialnego za wykonanie obowiązków, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego należało uznać, że Obwinionemu można przypisać winę w czasie popełnienia naruszeń dyscypliny finansów publicznych, gdyż przy dołożeniu staranności wymaganej od osób sprawujących funkcje kierownicze w jednostce sektora finansów publicznych, naruszenia można było uniknąć.”* RKO podała także, że *„Oceniając podmiotową podstawę odpowiedzialności należy stwierdzić, że wina zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut*

ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Postępowanie wbrew treści normy prawnej mimo, że Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucane czyny. Obwinionemu można przypisać winę, ponieważ we wszystkich powyżej rozpatrywanych przypadkach Obwiniony popełnił czyny zabronione, tj.: udzielił zamówienia zamiast odrzucić wykonawców, nie wyłączył się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym udział wzięła osoba w stosunku do niego bliska oraz dopuścił się przekroczenia upoważnienia do dokonywania wydatków. Zasadność wszystkich stawianych Obwinionemu zarzutów należało uznać za w pełni potwierdzone na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego. Obwiniony zarówno na etapie postępowania przed Rzecznikiem, jak i na rozprawie w dniu 7 maja 2019r. przed Komisją Orzekającą nie zaprzeczał zarzutom, a nawet potwierdzał częściowo ich zasadność”. Ponadto „Komisja Orzekająca uznała, że liczba czynów i ich stopień szkodliwości dla ładu finansów publicznych uzasadnia wnioskowaną przez Rzecznika karę pieniężną. Podstawą odpowiedzialności obwinionego jest art. 4 ust. 1 pkt 2 uoondfp i jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych, objęty jest zakresem podmiotowym tejże ustawy. Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji”.

W odwołaniu, które zostało wniesione (na korzyść Obwinionego) w części co do rodzaju orzeczonej kary oraz jej wysokości, Obwiniony zarzucił naruszenie:

1. art. 137 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 33 uoondfp, z uwagi na zaniechanie wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary- jej rodzaju oraz wysokości,
2. art. 34 a uoondfp, z uwagi na brak istnienia przesłanek umożliwiających wymierzenie obwinionemu kary pieniężnej,
3. rażąco niewspółmiernie surowość orzeczonej kary (rodzaj oraz wysokość), gdy tymczasem stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego uzasadniają orzeczenie wobec Obwinionego kary upomnienie albo nagany.

W zawiązku z powyższym wniósł o:

1. uchylenie orzeczenie w zaskarżonej części i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez zmianę orzeczonej kary na karę upomnienia albo nagany, ewentualnie uchylenie

zaskarżonego orzeczenie w części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

2. Zwolnienie Obwinionego od kosztów w postępowaniu odwoławczym,
W uzasadnieniu wskazał, co następuje:

RKO zaskarżonym orzeczeniem (...) uznała obwinionego (...) pełniącego funkcję Wójta Gminy (...) za winnego popełnienia zarzucanych czynów a określonych w art. 15 ust 1, art. 17 ust.1c, art. 17 ust. 5, art. 17 ust. 1 pkt 1, art. 17 ust 1b pkt 1, oraz art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wymierzyła obwinionemu karę pieniężną w wysokości 5.000 zł. W ocenie obwinionego wymierzona kara jest rażąco surowa, nie znajduje podstawy prawnej do jej zastosowania w przedmiotowej sprawie, a jej rodzaj i wysokość nie zostały umotywowane w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z art. 137 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 33 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych „uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia”. W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia komisja orzekająca wskazała jedynie (str. 36 uzasadnienia), że karę pieniężną wnioskowaną przez Rzecznika w wysokości 5.000 zł uzasadnia liczba czynów i ich stopień szkodliwości dla ładu finansów publicznych. Brak jest natomiast wskazanie jaki stopień szkodliwości został uznany przez komisję orzekającą w przedmiotowej sprawie. Nie pozwala to tym samym na dokonanie kontroli instancyjnej trafności orzeczenia w zaskarżonej części. Zważyć bowiem należy, iż zgodnie z art. 34 a ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych karę pieniężną można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny. W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia brak jest wskazania czy komisja uznała ww. stopień szkodliwości za co najmniej znaczny i na jakiej podstawie doszła do takich wniosków. Nadmienić należy, iż okoliczności wskazane w dalszej części przepisu art. 34a ustawy, które obligują komisje do orzeczenia kary pieniężnej, to jest:

- 1) nie została wpłacona lub zwrócona należność Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych w znacznej wysokości,
- 2) bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia zaciągnięto zobowiązanie lub dokonano wydatku w znacznej wysokości,

3) zapłacono ze środków publicznych odsetki, kary lub opłaty albo oprocentowanie w znacznej wysokości,

4) udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

- nie zostały wykazane wobec obwinionego. W ocenie obwinionego żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona w przedmiotowej sprawie i brak jest tym samym jakikolwiek podstaw do orzeczenie wobec obwinionego kary pieniężnej, w szczególności w tak wysokim wymiarze.

Główna Komisja Orzekająca rozpoznając odwołanie uznała, że orzeczenie powinno zostać uchylone w zaskarżonej części i sprawa - w tym zakresie – zostanie ponownie rozpoznana przez RKO.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza w pierwszej kolejności, że Obwiniony nie kwestionując ustaleń faktycznych, co do okoliczności i dowodów, które skład orzekający RKO uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - wnosił alternatywnie o uchylenie orzeczenia (...) w zaskarżonej części i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez zmianę orzeczonej kary na karę upomnienia albo nagany, ewentualnie uchylenie zaskarżonego orzeczenie w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

GKO także nie dostrzegła wad, co do ustaleń faktycznych i prawnych, skutkujących przypisaniem Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie wskazanych w orzeczeniu czynów w punkcie a - h (opisanych w niniejszym uzasadnieniu w pkt 1 – 8). Odwołanie zatem sprowadza się do zakwestionowania przez Obwinionego kary wymierzonej orzeczeniem pierwszej instancji z uwagi na zaniechanie wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary, w tym w szczególności braku wskazania okoliczności, które RKO uwzględniła przy wymiarze kary (jej rodzaju oraz wysokości), braku istnienia przesłanek umożliwiających wymierzenie Obwinionemu kary pieniężnej oraz rażącej niewspółmiernie surowości orzeczonej kary (co do rodzaju oraz jej wysokości), gdy tymczasem stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do

ukaranego uzasadniają orzeczenie wobec Obwinionego kary upomnienia albo nagany. Obwiniony także wniósł o zwolnienie od kosztów w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej uzasadnienie orzeczenia pierwszej instancji w zakresie zaskarżonym nie spełnia wymagań stawianych przez wskazane w odwołaniu przepisy, a mianowicie art. 137 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 33 uondfp oraz art. 34a tej ustawy. RKO bowiem wymierzając karę pieniężną w uzasadnieniu stanowiska wskazała: *„Komisja Orzekająca uznała, że liczba czynów i ich stopień szkodliwości dla ładu finansów publicznych uzasadnia wnioskowaną przez Rzecznika karę pieniężną”*.

Niewątpliwie zgodnie z art. 37 uondfp sprawcy, który dopuścił się kilku czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a sprawa o te czyny jest objęta jednym postępowaniem, wymierza się jedną karę za wszystkie czyny. Powyższy przepis nakazuje zatem uwzględniać wielość czynów objętych jednym postępowaniem i przypisanych obwinionemu jako „całościową” podstawę uwzględniania okoliczności wpływających na wymiar kary. Tym samym popełnienie, zdaniem GKO, wielu czynów, nawet jeżeli jednostkowo nie są one szczególnie istotne finansowo, musi być oceniane inaczej niż popełnienie jednego naruszenia (nawet jeżeli jego wymiar finansowy jest większy). Jednym bowiem z kluczowych celów postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest zapobieganie naruszeniom zasad dysponowania środkami publicznymi. Wielokrotne ich naruszanie (nawet jeżeli dotyczy stosunkowo niewielkich kwot) może bowiem świadczyć o lekceważącym stosunku do obowiązujących w tym zakresie norm. Oczywiście szkodliwość czynu jest pojęciem szerszym, i obok aspektu szkody w rozumieniu materialnym, bierze się w szczególności pod uwagę wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia. Naruszenie niektórych przepisów, przykładowo ze sfery zamówień publicznych, narusza ład finansów publicznych, nawet gdy nie powoduje skutków finansowych. Jednakże liczba czynów (z których każdy jest kwalifikowany jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych) nie może stanowić samodzielnej przesłanki do zastosowania jednej z najsurowszych kar jaką niewątpliwie (co do zasady) jest kara pieniężna.

Zgodnie z art. 137 ust.2 pkt 4 uondfp: *„2. Uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać: (...) 4. przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia”*.

Ponadto zgodnie z art. 34a uodfnp podstawowym czynnikiem, który należy uwzględnić przy wymierzaniu kary pieniężnej (także i kary nagany) jest stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Możliwość wymierzenia jednej z tych kar pojawia się wtedy, gdy szkodliwość dla finansów publicznych osiągnie znaczny poziom, jednak nie została do tego ograniczona. W przypadku obowiązku wymierzenia kary pieniężnej ustawodawca w przepisie tym wskazał cztery przesłanki powodujące powstanie obowiązku wymierzenia tej kary. W myśl bowiem art. 34a uodfnp: *„Karę pieniężną lub karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny, z tym że jeżeli wskutek naruszenia: 1) nie została wpłacona lub zwrócona należność Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych w znacznej wysokości, 2) bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia zaciągnięto zobowiązanie lub dokonano wydatku w znacznej wysokości, 3) zapłacono ze środków publicznych odsetki, kary lub opłaty albo oprocentowanie w znacznej wysokości, 4) udzielono zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców - wymierza się karę pieniężną”*.

Z kolei w myśl art. 33 uomdfp: *„1. Organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego.*

1a. Wymierzając karę za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wywołujące skutki finansowe, organ orzekający bierze pod uwagę również relację wysokości skutku finansowego do:

1) wysokości kwoty wydatków albo kosztów określonej w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych lub

2) wysokości kwoty środków publicznych przekazanych do wykorzystania lub dysponowania w roku budżetowym podmiotowi niezaliczanemu do sektora finansów publicznych.

2. Wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

3. Okoliczności wpływające na wymiar kary uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą”.

Wymiar kary jest istotnym elementem rozstrzygnięcia przypisującego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie ze wskazanym art. 137 ust. 2 pkt 4 uodnfp – za orzecznictwem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego – należy stwierdzić, że organ orzekający powinien w sposób kompleksowy ocenić wszystkie okoliczności towarzyszące popełnieniu zarzucanych obwinionemu czynów naruszenia dyscypliny finansów publicznych i prawidłowo w uzasadnieniu podjętego rozstrzygnięcia wskazać motywy zastosowania ewentualnych kar wynikających z przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie sądów administracyjnych brak należytego uzasadnienia wymiaru kary skutkuje naruszeniem art. 137 ust. 2 pkt 4 uodnfp, z którego wywodzi się obowiązującą w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych zasadę podmiotowości, czyli zasadę uwzględniania wszystkich okoliczności naruszenia i oceny motywów działania konkretnego sprawcy czynu (zob. wyrok NSA z 7.04.2016 r., sygn. II GSK 2477/14). Według Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie natomiast, nie odniesienie się do wymienionych w art. 36 ust. 1 i 2 pkt 2 uodnfp okoliczności uzasadniających łagodniejszy wymiar kary skutkuje niemożnością oceny zarzutu naruszenia tego przepisu w toku postępowania odwoławczego (zob. wyrok WSA z dnia 10.02.2015 r., sygn. V SA/Wa 1667/14).

GKO w podsumowaniu stwierdza, że w sytuacji gdy brak jest wskazania (w odniesieniu do każdego z czynów) jaki stopień szkodliwości został uznany przez komisję orzekającą w przedmiotowej sprawie - podanie w uzasadnieniu przez RKO, że za wymierzeniem kary pieniężnej przemawia liczba czynów - nie odpowiada wymaganom z art. 137 uodnfp, co tym samym nie pozwala – jak słusznie podnosił Obwiniony - na dokonanie kontroli instancyjnej trafności orzeczenia w zaskarżonej części. GKO ponownie zwraca uwagę, że zgodnie z powołanym art. 34a uodnfp karę pieniężną można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny. W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia RKO wskazując na liczbę czynów zawarła ogólnikowe stwierdzenie co do ich stopnia szkodliwości dla ładu finansów publicznych i z tego stwierdzenia nie wynika, że RKO wymierzając karę pieniężną w kwocie 5.000 zł w odniesieniu do każdego z czynów zastosowała wytyczną z pierwszej części przepisu i uznała stopień szkodliwości za co najmniej znaczny (nie podając jednocześnie na

jakiej podstawie doszła do takich wniosków), czy też posłużyła się wytycznymi z drugiej części przepisu. GKO zwraca uwagę, że czyny według orzeczenia dotyczą głównie (punkt 2 do 7) naruszeń ze sfery zamówień publicznych z art. 17 uodnfp i dotyczą zamówień udzielonych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (art. 17 ust. 1c w związku z art.24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, (3) art. 17 ust.5 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 w zw. z art.29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1c w związku z art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1c w związku z art.94 ust.3 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1b pkt 1 w związku z art. 19 ust.3 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oraz z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp i jej art. 7 ust. 3). Pozostałe (pkt 1 i 8) dotyczą naruszenia art. 15 ust. 1 uodnfp w związku z naruszeniem art. 91 ust.2 ustawy o finansach publicznych oraz art. 11 ust.1 w związku z naruszeniem art. 254 pkt 3 ustawy o finansach publicznych. RKO zatem ponownie rozpatrując sprawę w zaskarżonym zakresie, stosownie do wymagań art. 34a uodnfp:

- 1) w odniesieniu do naruszeń ze sfery zamówień publicznych (udzielonych zamówień), wymierzając karę pieniężną i mając na uwadze dyspozycje z drugiej części przepisu powinna (w odniesieniu do każdego z przypisanych czynów) wskazać na czym polegało istotne naruszenie zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.
- 2) w przypadku naruszeń ze sfery finansów publicznych - zobowiązana będzie wskazać, że bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia zaciągnięto zobowiązanie lub dokonano wydatku w znacznej wysokości, powodujące, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych w odniesieniu do każdego z naruszeń jest znaczny.

Ponadto przy wymiarze kary organ orzekający niewątpliwie jest zobowiązany uwzględnić motywy i sposób działania Obwinionego, okoliczności jego działania lub zaniechania, oraz właściwości i warunki osobiste sprawcy, jego doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, przykładowo podjęte działania organizacyjne pozwalające w przyszłości na uniknięcie naruszeń.

Odnośnie wniosku Obwinionego o zwolnienie od kosztów w postępowaniu odwoławczym GKO wskazuje na art. 167 uodnfp. Stosownie do jego postanowień koszty postępowania ponosi obwiniony uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, przy czym ryczałtowe koszty nie są zwiększane o koszty postępowania

Sygn. akt BDF1.4800.55.2019

odwoławczego. Przepisy uondfp nie przewidują możliwości zwolnienia ukaranego od zapłaty kosztów, niezależne od jego sytuacji majątkowej.

Uwzględniając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.