



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Przewodniczący GKO:</i>	<i>Mariusz Jerzy Golecki</i>
Członkowie:	<i>Zastępca Przewodniczącego GKO:</i>	<i>Mariusz Haładyj (spr.)</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Leszek Bielecki</i>
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...) (zam. (...)) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 6 czerwca 2017 r. sygn. akt: RIO.XII.53-13/2017, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...)winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.), zwanej uondfp polegającego na tym, że naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o szacunkowej wartości netto 415.308,27 zł, tj.:

Sygn. akt BDF1.4800.80.2017

- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), poprzez zaniechanie do dnia 15 grudnia 2014 r., wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. niewezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów doświadczenia w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób oraz niewezwanie do uzupełniania wykazu osób o brakujące informacje o podstawie dysponowania wskazanymi osobami,

oraz

- art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), poprzez zaniechanie do dnia 15 grudnia 2014 r., wezwania do wyjaśnienia zakresu uprawnień, do kierowania robotami budowlanymi, posiadanych przez osoby wskazane w wykazie, który to zakres powinien zostać ustalony przez zawiadamiającego,

co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wybrano ofertę wykonawcy, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu i nie dawał gwarancji należytego wykonania zamówienia i wobec tego powinien być zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), wykluczony, a mimo to w dniu 16 grudnia 2014 r. reprezentujący Gminę (...) Burmistrz zawarł umowę z (...) Sp. z o.o., której przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami w miejscowości (...);

Regionalna Komisja Orzekająca wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

orzeka:

- 1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 a uoandfp w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 uoandfp uchyła orzeczenie Komisji I instancji w całości i umarza postępowanie w sprawie Pana (...),**
- 2) na podstawie art. 167 ust. 2 uoandfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

Pouczenie:

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

UZASADNIENIE

W 2014 r. w Mieście (...) przeprowadzono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami w miejscowości (...)”.

W dniu 7 października 2014 r. Obwiniony, działający jako Burmistrz Miasta (...) i tym samym kierownik zamawiającego, zatwierdził Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dla przedmiotowego zamówienia publicznego. W rozdz. IV SIWZ w warunkach udziału w postępowaniu i opisie sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków wskazano, że wykonawcy muszą m.in. wykazać, na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej lub tłocznej o wartości nie mniejszej niż 500 tys. zł brutto. Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wymagał także od wykonawców wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobą posiadającą aktualne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz osobą posiadającą aktualne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Dla potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.

Szacunkowa wartość zamówienia została określona na 415.308,27 zł (co stanowiło równowartość 98.300,14 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających – 138.436,09 zł (co stanowiło równowartość 32.766,71 euro). Zamówienie publiczne było finansowane ze środków własnych Zamawiającego oraz ze środków Unii Europejskiej w ramach (...)”.

W dniu 2 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował, że wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę (...)sp. z o.o. z siedzibą w (...). Wykonawca ten, spośród złożonych 9 ofert, podał w swojej ofercie najniższą cenę: 237.930,29 zł. Najwyższa z cen podanych w ofertach wynosiła natomiast 546.120,00 zł.

Wybrany wykonawca dla wykazania spełnienia warunków posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami do realizacji zamówienia wraz z ofertą przedłożył „Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat robót budowlanych”, w którym została zamieszczona informacja o robocie budowlanej pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i tłocznej w miejscowościach (...)” wykonanej na rzecz Zakładu Gospodarki Komunalnej w (...)sp. z o.o. przez (...)prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...). Do oferty załączono także oświadczenie (...)z 24 listopada 2014 r., z którego wynikało, że jako osoba trzecia – jednoosobowy przedsiębiorca zobowiązuje się udostępnić spółce (...)sp. z o.o. z siedzibą w (...)swoją wiedzę i doświadczenie na cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia, na zasadzie know-how (poprzez przekazanie fachowej wiedzy oraz doświadczenia w zakresie technologii procesu).

Dla wykazania spełnienia warunków dysponowania osobami do realizacji zamówienia Wybrany wykonawca wraz z ofertą przedłożył natomiast „Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie”, z którego wynikało, że:

- 1) (...)będzie kierownikiem robót budowlanych i posiada uprawnienia o nr (...)w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;
- 2) (...)będzie kierownikiem robót instalacyjnych i posiada uprawnienia o nr (...)w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.

Ponadto z SIWZ i postanowień umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej 16 grudnia 2014 r. wynikało, że roboty budowlane mogły być powierzone podwykonawcom, o ile wykonawca wskazał w ofercie przetargowej, że będzie wykonywał zamówienie przy pomocy podwykonawców. Wykonawca takiego wskazania nie dokonał.

Po wykonaniu zamówienia, na podstawie kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP), nie stwierdzono uchybień w wykonaniu i terminowości realizacji zamówienia. Niemniej pismem z 6 grudnia 2016 r. (...)– dyrektor Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej (...)zawiadomiła o stwierdzonym naruszeniu przepisów postępowania przy udzieleniu zamówienia. Wskutek tego zawiadomienia Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie

dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie wszczął wobec Obwinionego postępowanie wyjaśniające w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 10 stycznia 2017 r. Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych złożył wniosek o ukaranie Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp oraz wniósł o wymierzenie Obwinionemu kary nagany przewidzianej w art. 31 ust. 1 pkt 2 tej ustawy. Zastępca Rzecznika uznał zarzuty sformułowane w zawiadomieniu UZP za uzasadnione.

W dniu 6 czerwca 2017 r., po przeprowadzeniu rozprawy, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie uznała Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp i wymierzyła mu karę upomnienia oraz obciążyła go kosztami postępowania.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji rozważyła kwestię zmian przepisów, jakie miały miejsce w okresie ocenianego przez Komisję zachowania Obwinionego a datą orzekania pod kątem zastosowania przepisów względniejszych dla Obwinionego i uznała, że należy stosować przepisy w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że Obwiniony ponosi odpowiedzialność za udzielenie zamówienia wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, będące wynikiem zaniechania wezwania przez Obwinionego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także zaniechania wezwania do wyjaśnienia zakresu uprawnień, do kierowania robotami budowlanymi, posiadanych przez osoby wskazane przez wykonawcę w dokumentach załączonych do oferty.

Ustalenia stanu faktycznego dokonane przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie, na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz wyjaśnień złożonych przez Obwinionego w toku postępowania przed Zastępcą Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, a następnie podtrzymanych na rozprawie przez obrońcę Obwinionego, należy uznać za wiarygodne.

Bezsporne jest, że ocena zachowania Obwinionego za zarzucany czyn dokonywana jest stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 2 uoondfp, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Zgodnie zaś z art. 18 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) kierownik jednostki odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wymierzając karę Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała, że „Obwiniony zawierając umowę z (...)Sp. z o.o. nie miał zamiaru naruszenia dyscypliny finansów publicznych”. Co więcej, „Obwiniony wybierając ofertę złożoną przez (...)Sp. z o.o. poza ceną kierował się jakością, rzetelnością wykonania usługi”. Zamówienie zaś zostało wykonane w terminie i prawidłowo. Za okoliczność obciążającą uznano natomiast wcześniejszą karalność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Od ww. orzeczenia obrońca Obwinionego złożył odwołanie na jego korzyść, zaskarżając orzeczenie w całości i wniósł o uniewinnienie Obwinionego od zarzucanych czynów.

Obrońca Obwinionego zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 22a ust. 2 PZP „poprzez jego błędną interpretację i w konsekwencji nieuzasadnione przyjęcie, że zaniechano wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. niewezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów doświadczenia w wystracającym do należytego wykonania zamówienia [w – *dodane przez GKO*] zakresie i w wystarczający sposób oraz niewezwanie do uzupełnienia wykazu osób o brakujące informacje o podstawie dysponowania wykazanymi (...) osobami, a także zaniechano wezwania do wyjaśnienia zakresu uprawnień, do kierowania robotami budowlanymi, posiadanych przez osoby wskazane w wykazie, który to zakres powinien być ustalony przez zamawiającego”.

Mając na uwadze powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (GKO) zważyła, co następuje.

Odnosząc się do rozważań co do przepisów prawa mających zastosowanie w niniejszej sprawie GKO wskazuje, że Komisja Orzekająca I instancji nieprawidłowo uznała, że należy stosować przepisy w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania.

Jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Przepis powyższy ma zastosowanie nie tylko do ustawy będącej podstawą wydawania orzeczenia przez organy orzekające (tj. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), ale również do wszystkich szczególnych przepisów prawa, mających znaczenie dla rozpoznania postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W dacie przygotowania, w tym także sporządzania SIWZ, i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązywała reguła, zgodnie z którą wykonawca

może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, jednakże w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (art. 26 ust. 2b PZP w brzmieniu obowiązującym w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. 2014 r.). Art. 26 ust. 2b PZP został uchylony na mocy przepisów nowelizacji PZP z 22 czerwca 2016 r. i w tym zakresie zastąpiły go przepisy art. 22a ust. 1 i 4 PZP, którym nadano brzmienie:

„Art. 22a. 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

(...)

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane [podkreślenie GKO]”.

Za rozpoznaniem sprawy na podstawie ustawy w kształcie obowiązującym w chwili naruszenia przemawia zasada stosowania ustawy obowiązującej poprzednio jako ustawy względniejszej – wynikająca z art. 24 ust. 1 uondfp, ze względu na to, że nowelizacja PZP z 2016 r. miała m.in. na celu zdecydowane wzmocnienie reguły dotyczącej osobistego udziału w zamówieniu podmiotu udzielającego swoich zdolności wykonawcy. Przepisy obowiązujące w okresie, w którym miało miejsce zarzucane zachowanie Obwinionego, nie nakładały na wykonawców obowiązku angażowania innych podmiotów do bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawców. Ratio tej zmiany było właśnie takie, żeby udostępnianie zasobów nie miało charakteru pozornego. W przeciwnym razie nie byłaby potrzebna jego nowelizacja.

Względniejsze dla Obwinionego są zatem przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego naruszenia, w szczególności w kontekście brzmienia art. 26 ust. 2b PZP, i w związku z tym ocena zachowania Obwinionego powinna być dokonana w odniesieniu do stanu prawnego obowiązującego w tym okresie.

W konsekwencji nieprawidłowego ustalenia stanu prawnego, jaki należy uwzględnić

w niniejszej sprawie, doszło do nieuzasadnionego uznania Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp, za jeden z zarzucanych mu czynów mających stanowić uchybienie przepisów PZP.

Mimo, że zarzut obrońcy Obwinionego nieuzasadnionego przyjęcia, że Obwiniony był obowiązany do wezwania wykonawcy nie został w pełni prawidłowo sformułowany, to słusznie obrońca Obwinionego podnosi brak zasadności odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w tym zakresie.

Naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, jak przyjęła Komisja Orzekająca I instancji, miało polegać na tym, że Obwiniony nie wezwał wykonawcy do wykazania, że podmiot trzeci, na którego wiedzy i doświadczeniu miał polegać przy realizacji zamówienia będzie brał aktywny udział w realizacji zamówienia, w szczególności w charakterze podwykonawcy, a tym samym nie wykazał, że gwarantuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji podlegał wykluczeniu z przetargu.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja Orzekająca I instancji przywołała również szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), z których wynika, że realizacja zamówienia przez wykonawcę nieposiadającego własnej wiedzy i doświadczenia nie może nastąpić bez praktycznego udziału podmiotu trzeciego, posiadającego odpowiednią wiedzę i doświadczenie. W jednym z przywołanych przez Komisję Orzekającą I instancji wyroków KIO (sygn. akt KIO/KD 55/14) przedstawiono nawet radykalny w stosunku do obowiązujących wówczas przepisów podgląd, że „wykonawca nieposiadający własnej wiedzy i doświadczenia nie może wykonywać przedmiotu zamówienia samodzielnie, z pominięciem podwykonawstwa”.

Analiza orzeczeń KIO prowadzi jednak do wniosku, że przed 2014 r. KIO nie zajmowała tak rygorystycznego stanowiska i - powołując się na brzmienie art. 26 ust. 2b PZP – uznawała, że poleganie przez wykonawcę na cudzym doświadczeniu może być wykazane niezależnie od rodzaju stosunku prawnego jaki łączy wykonawcę z „użyczającym” swojego potencjału w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także, że z treści tego przepisu nie wynikał obowiązek dla podmiotu trzeciego osobistego wykonania całości albo części zamówienia na rzecz wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Potwierdza to orzecznictwo KIO (sprawy o sygn. akt KIO 1541/10, KIO 346/12 lub KIO 356/11).

Dopiero zmiany wprowadzone nowelizacją PZP z 22 czerwca 2016 r. miały na celu uregulować tę kwestię odmiennie. Przepisy zostały uzupełnione o warunek udziału w zamówieniu podmiotu udzielającego swoich zdolności. Do czasu nowelizacji z 2016 r. nie było wymogu, aby udzielający referencji uczestniczył w realizacji zamówienia. Zamawiający mógł żądać, aby udzielający swoich zdolności uczestniczył w zamówieniu, ale nie był do tego zobowiązany. Z tego powodu nie można Obwinionemu stawiać zarzutu, że nie zażądał

podwykonawstwa, tym bardziej, że jak sama Komisja Orzekająca I instancji oceniła, zamówienie zostało wykonane prawidłowo. Nie ma więc podstawy, żeby temu zachowaniu zarzucać naruszenie przepisów.

Sytuacja zmieniła się po nowelizacji PZP z 2016 r. Obecnie art. 22 a ust. 4 wprost nakazuje udział w zamówieniu podmiotu udzielającego referencji innych niż finansowe lub ekonomiczne.

Nie zasługuje zatem na aprobatę stanowisko Komisji Orzekającej I instancji, że w niniejszej sprawie osoba trzecia, która „użyczyła” wykonawcy swojego potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia, powinna brać udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Z oświadczenia jakie złożył (...)prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...)wynikało, że zobowiązał się on do udostępnienia wykonawcy własnej wiedzy i doświadczenia przedsiębiorcy na cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia, na zasadzie know-how (poprzez przekazanie fachowej wiedzy oraz doświadczenia w zakresie technologii procesu).

Umowa know-how należy do umów nienazwanych, zawieranych w myśl zasady swobody umów, o której mowa w art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny (KC). Nie wymaga zachowania żadnej szczególnej formy prawnej dla jej zawarcia (może to być umowa zawarta ustnie a nawet w sposób dorozumiany – *per facta concludentia*). Nie ma kodeksowej definicji know-how. Przydatna może jednak być definicja ujęta w § 3 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień dotyczących transferu technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, zgodnie z którą know-how to nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia o ochronie konkurencji i konsumentów, które są istotne z punktu widzenia wytwarzania towarów objętych porozumieniem i które zostały opisane w sposób pozwalający na weryfikację kryterium niejawności i istotności.

Ponadto osoby – kierownicy robót, których Wykonawca wskazał jako osoby mające brać udział w realizacji zamówienia gwarantując jego fachowe wykonanie, były kierownikami robót wykonanych przez pana (...)– jednoosobowego przedsiębiorcę przedstawionej w ofercie złożonej przez spółkę dla wykazania spełnienia warunku wykonania w okresie ostatnich 5 lat co najmniej jednej roboty budowlanej w zakresie sieci kanalizacyjnych o wartości minimum 500 tys. zł.

Oświadczenie osoby trzeciej o zobowiązaniu się o przekazania wiedzy i doświadczenia było sformułowane według wzoru przygotowanego przez zamawiającego (dokumentów postępowania). Ponadto jego treść nawiązywała do literalnego brzmienia przepisu 26 ust. 2b PZP obowiązującego w dacie przeprowadzenia postępowania. Zamawiający nie wymagał w

SIWZ podwykonawstwa w przypadku jaki miał miejsce w niniejszej sprawie. Zaangażowanie podwykonawców było fakultatywne dla Wykonawcy.

Ocena treści tego oświadczenia nie powinna wzbudzać wątpliwości co do jego zakresu i wiarygodności, w tym także zgodności z przepisami PZP.

W związku z tym Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień bądź uzupełniania oferty w tym zakresie.

W kwestii ustalenia zakresu uprawnień kierowników budów wskazanych w wykazie załączonym do oferty (bez ograniczeń/z ograniczeniami), należy przede wszystkim przypomnieć, że przypisanie odpowiedzialności za naruszenie art. 17 ust. 1c uoondfp wymaga wykazania, że doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b tego artykułu, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [podkreślenie GKO], chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Wyżej wskazane osoby były kierownikami budów sieci kanalizacyjnych i wodociągowych o zbliżonej bądź wyższej wartości zamówienia publicznego, którego dotyczy sprawa. Zostały dopuszczone na podstawie pozwoleń na budowę i pełniły funkcję kierowników budów podczas realizacji zamówienia.

Gdyby Obwiniony wezwał do uzupełniania oferty w tym zakresie, to wykonawca mógłby - wykonując wezwanie - wyjaśnić/uzupełnić. Oznacza, to że pomimo, że Obwiniony rzeczywiście nie wezwał wykonawcy, oceniając dokumenty ofertowe przez niego złożone, do wyjaśnienia zakresu uprawnień jakie posiadają osoby mające być kierownikami budów, czy też potwierdzenia ich aktualności, nie wpłynęło to w żaden sposób na wynik postępowania i wybór oferty Wykonawcy. Potwierdza to fakt, że roboty budowlane, które wykonywane były przecież w reżimie odpowiednich przepisów, zostały wykonane – co także zauważyła Komisja orzekająca I instancji - w sposób prawidłowy oraz nadesłane z (...) Izby Inżynierów Budownictwa zaświadczenia i decyzje administracyjne, z których wynika, że osoby wskazane w ofercie wykonawcy spełniały wszystkie wymogi w zakresie powierzenia im funkcji kierowników budów, jakie określił w SIWZ Zamawiający. Samo zaś oświadczenie Wykonawcy złożone w tym zakresie nie budziło wątpliwości co do jego wiarygodności. Oprócz imienia i nazwiska osoby, która ma pełnić określoną funkcję w procesie budowlanym, podano także numer uprawnień i specjalizację odpowiadającą określonym przez zamawiającego wymaganiom.

Tylko stwierdzenie, że osoby te nie spełniały warunków ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ, pozwoliłoby na przyjęcie, że brak wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę i przedłożenia przez niego dokumentu, z którego wynikałby zakres posiadanych przez kierowników budowy uprawnień, skutkowałby przypisaniem Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uoondfp.

Taki sam pogląd wyraziła GKO w orzeczeniu z 29 września 2016 r. (BDF1.4800.41.2016), przyjmując, że „[u]stalenie, że naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w ustalonym stanie faktycznym mogło mieć wpływ na wynik postępowania jest niewystarczające - w świetle wymogów określonych w art. 17 ust. 1c uoondfp - do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przytoczony przepis ustawy wymaga bowiem jednoznacznego stwierdzenia, że naruszenie przepisów PZP ustawy - Prawo zamówień publicznych, miało wpływ na wynik postępowania [podkreślenie GKO]”.

Komisja orzekająca I instancji skoncentrowała się na badaniu wyłącznie uchybienia formalnego w zachowaniu Obwinionego, pomijając całkowicie konieczność powiązania zarzucanego uchybienia w zachowaniu ze skutkiem o charakterze materialnym jakim jest konieczność udowodnienia Obwinionemu, że w wyniku jego zachowania doszło do wyboru Wykonawcy, który nie byłby wybrany i nie mógłby realizować zamówienia publicznego, gdyby Obwiniony dopełnił wszystkich formalności.

Należy ponadto podkreślić, że Komisja Orzekająca I instancji sama powinna była zweryfikować zakres i aktualność uprawnień wskazanych w dokumentach osób. Dzięki temu uniknięto by zbędnego przedłużania postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wystarczyło, aby Komisja Orzekająca I instancji wystąpiła do Izby Inżynierów Budownictwa o potwierdzenie uprawnień wskazanych przez wykonawcę. Wtedy okazałoby się, że uchybienia nie miały wpływ na wynik postępowania. A taki warunek wymagany jest przez art. 17 ust 1 lit. c uoondfp aby można było przypisać odpowiedzialność.

Podsumowując, analiza stanu faktycznego oraz prawnego nie daje podstaw do uznania, że zachowanie Obwinionego nosiło znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe GKO orzekła jak w sentencji.