



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 11 czerwca 2012 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Kasica (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Władysław Budzeń
	<i>Członek GKO:</i>	Teresa Warszawska
Protokolant:		Danuta Gzyra

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Jacka Krawczyka,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego przez obwinionego (...), zam. (...) - pełniącego w czasie przypisanego mu czynu funkcję Sekretarza Miasta (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 6 lutego 2012 r., sygn. akt: NDB-5000/Ł/64/2011, w zakresie uznania go odpowiedzialnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienia czynu wypełniającego dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą, (cyt. z sentencji orzeczenia): „zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, poprzez udzielenie w imieniu Miasta (...) zamówień publicznych, których przedmiot stanowiła termomodernizacja budynków 4 szkół na terenie Miasta (...), na podstawie następujących umów:

– nr RI.342/6/2009 z dnia 15 kwietnia 2009 r., na mocy której zamawiający zlecił na rzecz Zakładu Usługowego (...), wykonanie zadania pn. „Termomodernizacja budynków szkolnych w (...) z zakresem rzeczowym Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 2 w (...)”, za wynagrodzeniem wykonawcy w kwocie 500.856,37 zł brutto,

Sygn. akt BDF1/4900/46/45/12/1122

- nr RI.342/14/2009 z dnia 22 kwietnia 2009 r., na mocy której zamawiający zlecił na rzecz Zakładu Usługowego (...), wykonanie zadania pn. „Termomodernizacja budynków szkolnych w (...) z zakresem rzeczowym Termomodernizacja budynku Zespołu Szkół Zawodowych nr 2 w (...)”, za wynagrodzeniem wykonawcy w kwocie 654.091,63 zł brutto,
- nr RI.342/17/2009 z dnia 20 kwietnia 2009 r., na mocy której zamawiający zlecił na rzecz Zakładu Ogólnobudowlanego (...), wykonanie zadania pn. „Termomodernizacja budynków szkolnych w (...) z zakresem rzeczowym Termomodernizacja budynku Gimnazjum nr 1”, za wynagrodzeniem wykonawcy w kwocie 1.478.545,13 zł brutto,
- nr RI.342/31/2009 z dnia 4 czerwca 2009 r., na mocy której zamawiający zlecił na rzecz Zakładu Ogólnobudowlanego Spółka Jawna (...), wykonanie zadania pn. „Termomodernizacja budynków szkolnych w (...) z zakresem rzeczowym Termomodernizacja budynku Zespołu Sportowych Szkół Ogólnokształcących”, za wynagrodzeniem wykonawcy w kwocie 1.032.385,25 zł brutto,

po przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w których przedmiot zamówienia opisano poprzez wskazanie nazw produktów i producentów, z naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych”,

za które to czyny Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 282,27 zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy uchyla orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji w zaskarżonym zakresie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania.

Pouczenie:

Na niniejsze orzeczenie środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

30 listopada 2011 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi przekazał Przewodniczącemu tej Komisji wniosek o ukaranie karą upomnienia obwinionego (...) za popełnione z winy nieumyślnej czyny polegające na:

1. udzieleniu w imieniu Miasta (...) zamówień publicznych, których przedmiot stanowiły prace projektowe dla termomodernizacji budynków 4 szkół na terenie Miasta (...) na podstawie czterech umów o numerach i wartości netto:

Sygn. akt BDF1/4900/46/45/12/1122

Nr RI.341/55/2008 z 5.11.2008 r. kwota 16.200 zł,

Nr RI. 341/57/2008 z 10.11.2008 r. kwota 32.600 zł,

Nr RI. 341/58/2008 z 10.11.2008 r. kwota 20.000 zł,

Nr RI. 341/60/2008 z 28.11.2008 r. kwota 19.500 zł

z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych mimo, że łączna wartość zamówienia wynosiła netto 88.300 zł i przekraczała progową kwotę 14 tys. euro, tj. z naruszeniem art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust.3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co, zdaniem Rzecznika, wypełniło dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

2. udzieleniu w imieniu Miasta (...) zamówień publicznych, których przedmiot stanowiła termomodernizacja budynków 4 szkół na terenie Miasta (...), na podstawie czterech umów o numerach i wartości brutto:

RI.342/6/2009 z 15.04.2009 r. kwota 500.856,37 zł,

RI.342/14/2009 z 22 04.2009 r. kwota 654.091,63 zł,

RI.342/17/2009 z 20.04.2009 r. kwota 1.478.545,13 zł,

RI.342/31/2009 z 04.06.2009 r. kwota 1.032.385,25 zł.

Zamówień tych dokonano po przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w których przedmiot zamówienia opisano poprzez wskazanie nazw produktów i producentów, z naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy PZP, co, zdaniem Rzecznika, wypełniło dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Podstawą przeprowadzenia postępowania przez Rzecznika i przesłania przedmiotowego wniosku do RKO było zawiadomienie z dnia 27 czerwca 2011 r. Dyrektora (...) Urzędu (...) w (...), działającego z upoważnienia Marszałka (...), o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...) wraz z kserokopiami informacji pokontrolnej oraz wydanych na jej podstawie zaleceń pokontrolnych.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 6 lutego 2012 r. Regionalna Komisja Orzekająca wydała orzeczenie, w którym uznała obwinionego (...) odpowiedzialnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienia czynu

Sygn. akt BDF1/4900/46/45/12/1122

wypełniającego dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, poprzez udzielenie w imieniu Miasta (...) zamówień publicznych, których przedmiot stanowiła termomodernizacja budynków 4 szkół na terenie Miasta (...).

Za powyższe naruszenie, RKO wymierzyła obwinionemu karę upomnienia i obciążyła kosztami postępowania w kwocie 282,27 zł.

Mając na względzie przepis art. 78 ust. 1 pkt 1 w związku z przepisem art. 78 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, RKO uniewinniła Pana (...) od zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów określonego w art.17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu do orzeczenia, Komisja I instancji ustaliła, co następuje.

Miasto (...), w związku z projektem dotyczącym termomodernizacji budynków szkolnych, przeprowadziło cztery postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, wszczęte na podstawie ogłoszeń o zamówieniu, zamieszczonych odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych. W wyniku tych postępowań zawarto następujące umowy:

- umowę RI.342/6/2009 z dnia 15.04.2009 r. z zakładem Usługowym (...) na termomodernizację budynku szkolnego Szkoły Podstawowej Nr2 w (...) za wynagrodzeniem w kwocie brutto 500.856,37 zł,
- umowę RI.342/14/2009 z dnia 22.04.2009 r. z Zakładem Usługowym (...) na termomodernizację budynku Zespołu Szkół Zawodowych nr 2 w (...) za wynagrodzeniem w kwocie brutto 654.091,63 zł,
- umowę RI.342/17/2009 r. z dnia 20.04.2009 r. z Zakładem Ogólnobudowlanym (...) na termomodernizację budynku Gimnazjum nr 1 w (...) za wynagrodzeniem brutto 1.478.545,13 zł,
- umowę RI.342/31/2009 z dnia 04.06.2009 r. z Zakładem Ogólnobudowlanym Spółka jawna (...) na termomodernizację budynku Zespołu Sportowych Szkół Ogólnokształcących za wynagrodzeniem 1.032.385,25 zł.

Przedmiotem zamówienia we wszystkich przypadkach były roboty budowlane obejmujące termomodernizację obiektów szkolnych. Szczegółowy zakres robót określała –

Sygn. akt BDF1/4900/46/45/12/1122

stanowiąca załącznik do SIWZ – dokumentacja projektowa, przedmiary robót i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych. Z dokumentów tych wynikało między innymi, co następuje.

Opis techniczny pkt 7- roboty budowlane przewidziane do wykonania:

– struktura oraz paleta kolorystyczna wg projektu kolorystyki, paleta barw firmy (...), alternatywnie wg wytycznych i zaleceń inwestora oraz upodobań własnych użytkownika obiektu,

– docieplenie stropodachu wentylowanego metodą wdmuchiwania granulatu (...) firmy (...),

pkt.8- technologia wykonania izolacji:

– przygotowanie podłoża zapisano: „podłoże na którym będzie mocowany system (...)” oraz „podłoże problematyczne należy przygotować do przyklejenia izolacji najpierw przez oczyszczenie mechaniczne i zmycie, a następnie przez zagruntowanie emulsją (...)”,

– przyklejenie płyt styropianowych zapisano: „ styropian należy przykleić do podłoża przy pomocy kleju (...) lub (...)”

– wykonywanie warstwy zbrojonej zapisano: „warstwa zbrojona na powierzchni styropianu wykonywana jest jako minimum 3 mm grubości gładź z kleju (...),

– wykonywanie podkładu tynkarskiego (...),

– nakładanie tynku szlachetnego (...).

W dokumentacji tej zawarto informacje, że „technologia wykonania prac termoizolacyjnych pobrana została ze strony internetowej firmy (...)”

Z treści „specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót” w zakresie docieplenia stropodachu, w pkt 5 - wykonanie robót, ppkt 5.5.- „zasady wykonania robót izolacyjnych”, wskazano m. in., co następuje:

w zakresie ocieplenia stropodachu- technologia zakłada wykonanie docieplenia i pokrycia dachu wg następującej kolejności;

- wykonanie podkładu gruntującego np. (...),
- przyklejenie płyt styropianowych dachowych gr. 15 cm paskami kleju bitumicznego np. (...),
- wykonanie pokrycia z papy samoprzylepnej np. (...),
- wykonanie pokrycia z papy termozgrzewalnej nawierzchniowej np. (...),
- Rynny i rury spustowe z PCV typu np. (...).

Dołączona do dokumentacji projektowej część rysunkowa obejmująca, m. in.: rozwiązanie styku ocieplenia z dachem płaskim, dylatacji ściany, dylatacji ściany w narożniku wewnętrznym, dylatacji w narożniku zewnętrznym, ocieplenia nadproża okiennego z wykorzystaniem siatki, zawiera logo firmy (...) oraz sporządzona została z wykorzystaniem wyłącznie produktów wskazanej firmy.

Na podstawie powyższego stanu faktycznego, Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że sporządzony opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 3 ustawy Pzp - w brzmieniu obowiązującym od dnia 25 maja 2009 r. – zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

RKO stwierdziła, na podstawie stanu faktycznego sprawy, iż tylko w odniesieniu do palety kolorystycznej, określono paletę barw firmy (...) zgodnie z wymogami art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, tj. użyciem słowa „alternatywnie”, w pozostałym zakresie nie dano oferentom wyboru, gdyż wskazano konkretne nazwy własne produktów i nazwy ich producentów. Komisja I instancji uznała więc, że zamawiający udzielił zamówień publicznych z naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wykazanie produktów i znaków towarowych firmy (...) i firmy (...), co wypełniło znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym naruszeniem jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem RKO, odpowiedzialność z tytułu opisanego naruszenia ponosi Pan (...) - Sekretarz Miasta (...), który udzielił przedmiotowych zamówień publicznych z upoważnienia Prezydenta miasta (...) stosownie do pisma z dnia 24 września 2007 r. OG.0113-210/07. Odpowiedzialność tę obwiniony ponosi na mocy art. 4 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jako pracownik jednostki sektora finansów publicznych, któremu powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej.

RKO orzekła, że obwiniony w swoim działaniu nie zachował wymaganej od niego ostrożności i nie zweryfikował specyfikacji pod względem jej zgodności z prawem. Komisja I instancji wskazała także, że nie znalazła okoliczności, które uzasadniałyby wnioskowane przez obwinionego odstąpienie od wymierzenia kary. Powoływanie się obwinionego na długoletnie doświadczenie w prowadzeniu spraw zamówień publicznych nie uzasadnia, zdaniem RKO, odstąpienia od wymierzenia kary, a wręcz odwrotnie, Komisja uznała, że w takim przypadku od

osoby doświadczonej należy wymagać większej znajomości i staranności w postępowaniu i wymierzyła obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła kosztami postępowania.

Od niniejszego orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 6 lutego 2012 r., pismem z dnia 12.marca 2012 r., obwiniony Pan (...) wniósł odwołanie, w którym wniósł o:

1. uniewinnienie od zarzutów naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 ze względu na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zarzucanych czynach,

lub ewentualnie o
2. odstąpienie od wymierzenia kary na podstawie art. 36 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ze względu na działanie obwinionego w szczególnych warunkach oraz wyróżnianie się obwinionego przed popełnieniem naruszenia wzorowym spełnianiem obowiązków służbowych.

Uzasadniając odwołanie, obwiniony wskazał, że w rozpatrywanych Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający nie posługiwał się nazwami własnymi produktów, ani nazwami producentów. Nazwy własne użyte zostały tylko w szczegółowej specyfikacji technicznej w części docieplenia stropodachu przy zasadach wykonywania robót izolacyjnych. Przy czym, jak twierdzi obwiniony „(...) w każdym przypadku zamawiający zaznaczył, w sposób jasny i zrozumiały dla oferentów, że jest to jedynie przykładowy produkt lub producent, poprzez użycie słów: alternatywnie, na przykład” i dalej: „(...) opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń nie było możliwe, głównie ze względu na brak wiedzy specjalistycznej pracowników (...) z zakresu materiałów budowlanych (w szczególności parametrów technicznych i składów mieszanek)”. Te argumenty uznał obwiniony za wystarczające do spełnienia przesłanki zastosowania w przedmiotowych zamówieniach wyjątku przewidzianego w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy obwiniony uznał, że przedmiotowe naruszenie, ze względu na okoliczności jego popełnienia, nie uzasadniają orzeczonego wymiaru kary.

Obwiniony zarzucił także Komisji I instancji, że nie odniosła się w sposób wymagany ustawą do wszystkich okoliczności uzasadniających taki, a nie inny wymiar kary oraz do przyczyn przesądzających o braku możliwości zastosowania wobec obwinionego instytucji odstąpienia od wymierzenia kary. Zdaniem odwołującego się, RKO uwzględniła jedynie okoliczności przemawiające na niekorzyść obwinionego, pomijając okoliczności łagodzące, tym samym zarzucił Komisji I instancji, iż ta nie rozważyła całokształtu materiału

dowodowego. Powołując się na orzeczenie GKO z 27 kwietnia 2007 r. sygn. DF/GKO-4900-103/124/06/3542 wskazał, że Komisja Orzekająca powinna w uzasadnieniu orzeczenia wskazać, dlaczego nie skorzystała z instytucji odstąpienia od wymierzenia kary, nie wyjaśniając przy tym, dlaczego nie uwzględniła podnoszonej na rozprawie okoliczności w postaci braku wiedzy specjalistycznej pracowników Urzędu z zakresu materiałów budowlanych, która skutkowałą koniecznością posłużenia się nazwami własnymi produktów. Zdaniem strony skarżącej, mając na uwadze podniesione w odwołaniu argumenty, zasadne stało się wniesienie przedmiotowego odwołania.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych rozpoznała wniesione odwołanie na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 r. Rozprawa została przeprowadzona bez udziału obwinionego i jego obrońcy, którzy nie stawili się na rozprawę (prawidłowo powiadomieni).

Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że 11 lutego 2012 r. weszła w życie ustawa z 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r. Nr 240, poz. 1429). Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy, GKO zobowiązana jest rozważyć, czy ustawa obowiązująca przed wejściem w życie tej nowelizacji była „względniejsza” dla sprawcy w niniejszym postępowaniu.

Dokona przez GKO, przy udziale Z-cy Głównego Rzecznika obecnego na rozprawie, analiza przepisów art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przed wejściem jej nowelizacji i po wejściu w życie ustawy o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw wykazała, co następuje.

- Przepis art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy obowiązującej do 10 lutego 2012 r. brzmiał: „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego – którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji”. Po nowelizacji, odpowiadający będącemu przedmiotem niniejszego postępowania naruszeniu jest przepis art. 17 ust. 1 pkt. 1 w brzmieniu: „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych – opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, którym mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, w sytuacji gdy udzielono zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1a pkt 2).
- W świetle powyższego, wg nowej ustawy, naruszeniem jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (pod warunkiem, że dojdzie do udzielenia zamówienia).

Z przepisu tego wynika, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych można przypisać nie tylko osobie, która udzieliła zamówienia – podpisała umowę, (co było warunkiem w „starej” ustawie – art. 17 ust. 1 pkt 3), ale także osobie, która opisała przedmiot zamówienia publicznego w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, a do udzielenia zamówienia publicznego doszło.

- Teoretycznie więc, odpowiedzialność w myśl „nowej ustawy” może być przypisana osobie – która niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych opisała przedmiot zamówienia, ale nie była osobą udzielającą zamówienia, lub osobie, która jednocześnie niezgodnie z przepisami o zamówieniach opisała przedmiot zamówienia i udzieliła zamówienia.

W niniejszej sprawie, w oparciu o dokonaną analizę obowiązujących przepisów prawa, GKO uznała, że przepisy ustawy obowiązujące poprzednio nie są względniejsze dla sprawcy, zatem sprawa winna być rozpoznana na podstawie ustawy obowiązującej w dniu orzekania.

GKO, rozpatrując sprawę stwierdziła, że w trakcie postępowania o zamówienia publiczne prowadzone w Mieście (...) doszło do naruszenia przepisów art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Wynika to zarówno z postępowania przed Komisją I instancji jak i potwierdził to obwiniony w swoim odwołaniu, przytaczając zarówno cytaty z literatury przedmiotu jak i z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych oraz Głównej Komisji Orzekającej, w świetle których przyznaje, że nastąpiło naruszenie zasad określonych w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w opisie przy wskazaniu produktów i ich producentów należało zawrzeć wyrazy „alternatywnie” czy „przykładowo”, czego nie uczyniono.

Główna Komisja Orzekająca uznała za bezspornie, że do naruszenia przepisów w przedmiotowym postępowaniu doszło, zarówno pod rządami ustawy obowiązującej w czasie popełnienia naruszenia jak i ustawy obowiązującej w dniu orzekania przez GKO.

Obecny na rozprawie Zastępca Głównego Rzecznika potwierdził, że znamiona czynów opisanych w art. 17 ust. 1 pkt 3 starej ustawy i art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy obowiązującej w dniu orzekania, jakkolwiek inaczej opisane, bo w czasie naruszenia momentem jego popełnienia było udzielenie zamówienia, ale zważywszy na fakt, że ustawodawca w czasie orzekania wiąże zaistnienie tego naruszenia ze spełnieniem warunku udzielenia zamówienia pozwala sądzić, że opisany czyn wypełnił znamiona zarówno naruszenia opisanego wg stanu prawnego w dniu popełnienia naruszenia jak i w dniu orzekania. Wątpliwością jest jednak to, czy obwinionemu z całą pewnością można postawić zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem GKO, w tej

konkretnie sprawie mamy do czynienia ze zmianą kwalifikacji prawnej czynu. Mając na uwadze dwuinstancyjność postępowania oraz to, że umowy o zamówienie publiczne zostały podpisane, a naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp jest udowodnione, to zmiany kwalifikacji prawnej czynu może dokonać jedynie Komisja I instancji w oparciu o nowe brzmienie art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Mając powyższe na uwadze, GKO, podzielając wniosek Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych uchyliła orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej przy RIO w Łodzi w zaskarżonym zakresie i przekazała sprawę do ponownego rozpatrzenia ze wskazaniem zastosowania właściwej kwalifikacji prawnej wynikającej z nowego brzmienia art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania zauważa, że ze zgromadzonych w sprawie materiałów nie wynika, kto dokonał opisu szczegółowego zakresu robót stanowiących załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w którym naruszono przepisy art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Na podstawie zgromadzonych w sprawie materiałów, zdaniem GKO, brak jest wystarczających dowodów na przypisanie obwinionemu odpowiedzialności wg obowiązujących w czasie orzekania przez GKO, tj. dowodów potwierdzających popełnienie przez obwinionego czynu opisanego w art. 17 ust. 1 pkt 1 przepisów za „opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję”.

Z materiału dowodowego (str.3 SIWZ) wynika, że opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dokonano w „Dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych” stanowiących załącznik do SIWZ. Ze zgromadzonej dokumentacji nie wynika, kto dokonywał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję poprzez wskazania produktów i znaków towarowych firmy (...) i firmy (...) i co za tym idzie, był niezgodny z przepisami art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. W tym zakresie, zdaniem GKO, postępowanie wymaga uzupełnienia w kierunku ustalenia, czy obwiniony był osobą, której można przypisać odpowiedzialność za opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję. Dopiero po uzupełnieniu materiału dowodowego w powyższym zakresie możliwe będzie ustalenie odpowiedzialności obwinionego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.