



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 12 grudnia 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczynski
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Kryczko (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Tomasz Słaboszowski
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Roberta Wydry**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2013 r. odwołania Obwinionej (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Gdańsku z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KO.0022-135-1-6/13, którym uznano Obwinioną (...), zam. (...), pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), (cytat z sentencji orzeczenia) „za odpowiedzialną popełnienia zawinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu w dniu 7 lipca 2010 r. przedsiębiorstwu Usługi Przewozowe (...) zamówień publicznych na uruchomienie oraz utrzymanie i obsługę trzech linii przewozu regularnego dzieci do szkół i innych osób w Gminie (...) o łącznej wartości szacunkowej 273.700 zł (umowy z dnia 7 lipca 2010 r. nr: 7.3/2010, 7.4/2010, 7.5/2010) z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na „Wybór partnera prywatnego w ramach umowy o partnerstwie - publiczno - prywatnym: uruchomienie linii przewozów regularnych dzieci do szkoły i innych osób w Gminie (...)” ww. wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków dotyczących posiadania uprawnień do wykonywania

określonej działalności, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia (co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania wobec braku wezwania do złożenia wymaganych dokumentów), czym wyczerpano znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych”.

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionej, natomiast obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

- 1. Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) - zwanej dalej ustawą, uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 uniewinnia Obwinioną od zarzucanego czynu.**
- 2. Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Wniosek o ukaranie Pani (...) – Wójta Gminy (...) – złożył do Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Gdańsku, pismem z 7 marca 2013 r., Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez tę Komisję. Rzecznik zarzucił Obwinionej popełnienie zawinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu 7 lipca 2010 r. przedsiębiorstwu Usługi Przewozowe (...) zamówień publicznych na uruchomienie oraz utrzymanie i obsługę 3 linii przewozu regularnego dzieci do szkół i innych osób w Gminie (...) o wartości szacunkowej 273.700 zł z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na

„Wybór partnera prywatnego w ramach umowy o partnerstwie - publiczno - prywatnym: uruchomienie linii przewozów regularnych dzieci do szkoły i innych osób w Gminie (...) ww. wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków dotyczących posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia (co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania wobec braku wezwania do złożenia wymaganych dokumentów), czym wyczerpano znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) - zwanej dalej ustawą.

Rozpatrując na rozprawie 21 maja 2013 r. wniosek o ukaranie, RKO przy RIO w Gdańsku ustaliła następujący stan faktyczny, który nie jest kwestionowany przez strony postępowania.

25 lutego 2010 r. Gmina (...) wszczęła, poprzez zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na tablicy informacyjnej w budynku Gminy (...) i na stronie internetowej BIP Gminy (...) ogłoszenia o dialogu konkurencyjnym, postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego na „Wybór partnera prywatnego w ramach umowy o partnerstwie publiczno - prywatnym: Uruchomienie linii przewozów regularnych dzieci do szkoły i innych osób w Gminie (...)”. Przedmiot zamówienia podzielono na sześć części. Łączną wartość szacunkową zamówienia na ww. usługi określono na 714.000 zł. Powyższe ogłoszenie zostało następnie zmienione 2 marca 2010 r. i tego samego dnia zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na tablicy informacyjnej w budynku Gminy (...) i na stronie internetowej BIP Gminy (...). Pracownica wywieszająca ogłoszenie w nowej wersji nie zdjęła z tablicy informacyjnej poprzedniej wersji ogłoszenia. Treść ogłoszenia w obu wersjach przed jego publikacją była konsultowana z Wójtem Gminy (...) i przygotowywała je pracownica zazwyczaj biorąca udział w posiedzeniach komisji przetargowych w Urzędzie Gminy (...). Po opublikowaniu zmienionego ogłoszenia pracownica ta przebywała na urlopie macierzyńskim i nie brała udziału w kolejnych etapach postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W ogłoszeniu o zamówieniu w brzmieniu po zmianach zamawiający wymagał, między innymi, spełnienia przez wykonawcę następujących, częściowo zmodyfikowanych w stosunku do poprzedniej wersji ogłoszenia, warunków udziału w postępowaniu i dokumentów na potwierdzenie ich spełniania:

a) w pkt III.3.1: warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, który będzie spełniony, jeżeli wykonawca posiada aktualną licencję na krajowy transport drogowy osób (wymogu posiadania licencji nie postawiono w poprzedniej wersji ogłoszenia, żądano tam ogólnie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania oraz złożenie oświadczenia, że wobec wykonawcy nie ogłoszono likwidacji lub upadłości,

b) w pkt III.3.3:

- wykonawca powinien posiadać odpowiedni, do złożonej ofert, tabor transportowy, tj. na każdą część zamówienia należy zapewnić jeden autobus posiadający odpowiednią ilość miejsc siedzących na danej linii (analogiczny wymóg był w poprzedniej wersji ogłoszenia),

- wykonawca winien dysponować osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia - kierowcą posiadającym uprawnienia do prowadzenia autokaru oraz wymagane świadectwo kwalifikacji (w poprzedniej wersji ogłoszenia żądano ogólnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia),

c) w pkt III.6 ogłoszenia określono inne dokumenty niewymienione w pkt III.4 albo pkt III.5, jakie należało przedłożyć w celu potwierdzenia spełniania warunków, tj. między innymi:

- oświadczenie o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia - kierowcą posiadającym uprawnienia do prowadzenia autokaru oraz wymagane świadectwo kwalifikacji (w poprzedniej wersji ogłoszenia żądano ogólnie oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia),

- oświadczenie stwierdzające, iż wykonawca dysponuje odpowiednim do złożenia oferty taborom autobusowym, zawierające w swojej treści wykaz autobusów oraz niezbędne informacje w zakresie ich marki, typu, roku produkcji oraz ilości posiadanych miejsc siedzących (w poprzedniej wersji ogłoszenia żądano oświadczenia, że wykonawca posiada odpowiedni do złożonej oferty tabor transportowy - Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - Wykaz autobusów, przy czym w ogłoszeniu opublikowanym w portalu Urzędu Zamówień Publicznych nie żądano wcześniej wykazu autobusów),

- aktualną licencję na krajowy transport drogowy osób (w poprzedniej wersji ogłoszenia nie żądano licencji a jedynie ogólnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z art. 22 PZP).

W odpowiedzi na ww. ogłoszenie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 4 wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z postępowania. Zostali oni zaproszeni do dialogu konkurencyjnego i złożenia ofert. Po rozpatrzeniu ofert na poszczególne części zamówienia z wyłonionymi dwoma wykonawcami zawarto umowy 7 lipca 2010 r. z przedsiębiorstwem Usługi Przewozowe (...) z siedzibą w (...) - zawarto trzy umowy na uruchomienie oraz utrzymanie i obsługę trzech linii (linie nr: 3, 4 i 5) przewozu regularnego dzieci do szkół i innych osób w Gminie (...) o łącznej wartości szacunkowej 273.700 zł, na trasach:

- (...) (umowa nr 7.5/2010 na część V przedmiotu zamówienia),
- (...) (umowa nr 7.4/2010 na część IV przedmiotu zamówienia),
- (...) (umowa nr 7.3/2010 na część III przedmiotu zamówienia).

Powyższe umowy z przedsiębiorstwem Usługi Przewozowe (...) w imieniu Gminy (...) podpisał Wójt Gminy (...) - Pani (...). Pani (...) podpisała umowy po przeczytaniu protokołów z postępowania z załącznikami, bez sprawdzania dokumentów źródłowych złożonych przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które jej przedłożył członek komisji przetargowej. Dowóz osób na podstawie zawartych umów był realizowany.

Do wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożonych przez przedsiębiorstwo Usługi Przewozowe (...) na III, IV i V część przedmiotu zamówienia nie załączono następujących dokumentów wymaganych w pkt III.6 ww. ogłoszenia o zamówieniu po zmianach:

- oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia - kierowcą posiadającym uprawnienia do prowadzenia autokaru oraz wymagane świadectwo kwalifikacji ani pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia,
- oświadczenia stwierdzającego, iż wykonawca dysponuje odpowiednim do złożenia oferty taborem autobusowym, zawierającego w swojej treści wykaz autobusów oraz informacje co do roku ich produkcji (do wniosków załączono wykazy autobusów firmy RAMZES ze wskazaniem liczby miejsc siedzących bez wskazania lat ich produkcji,
- aktualnej licencji na krajowy transport drogowy osób.

Wykonawca ten nie został wezwany przed wyborem jego oferty do uzupełnienia brakujących dokumentów, natomiast złożył w toku postępowania ogólne oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania oraz że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Członkowie komisji przetargowej sprawdzali spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu porównując przedłożone przez wykonawcę dokumenty z wymogami ogłoszenia w wersji z dnia 25 lutego 2010 r., którego dodatkowy egzemplarz znajdował się w aktach postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia na część III, IV i V. W protokołach postępowania o udzielenie zamówienia na część III, IV, V przedmiotu zamówienia wskazano, że wszyscy składający oferty spełniali wymagane warunki udziału w postępowaniu.

Po dokonaniu w okresie od 29 maja do 28 sierpnia 2012 r. kontroli w Urzędzie Gminy (...), przez Najwyższą Izbę Kontroli Delegaturę w (...) do ofert przetargowych 28 sierpnia 2012 r. dołączono licencję z 30 stycznia 2007 r. na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób wydanej dla firmy Usługi Przewozowe (...), informację o roku produkcji autobusów tej firmy oraz wykaz jej kierowców.

Mając na względzie powyższy stan faktyczny, Komisja uznała Obwinioną (...) za odpowiedzialną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy w Urzędzie Gminy (...).

Komisja uznała, że na chwilę zawarcia przedmiotowych umów o udzieleniu zamówienia publicznego Firma (...) nie wykazała spełnienia warunków dotyczących posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia. W konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu a także zawarcie z nim umowy na udzielenie zamówienia publicznego stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. W ocenie Komisji, zaniechanie to miało wpływ na wynik postępowania, albowiem umowę zawarto z podmiotem podlegającym wykluczeniu. Komisja podkreśliła, że podstawą wykluczenia jest sam brak „wykazania” okoliczności spełniania warunków udziału, niezależnie od tego, że wykonawca w rzeczywistości posiadał licencję, czy też potencjalnie mógłby złożyć oświadczenie określonej treści. Zatem w stanie faktycznym znanym

zamawiającemu na podstawie dokumentacji przedłożonej przez wykonawcę, zamawiający nie powinien był zawrzeć umowy z firmą (...).

Odnosząc się do kwestii możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Komisja zauważyła, że faktycznie czynność wezwania nie nastąpiła i nie doprowadzono do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę przed zawarciem umowy a w sprawie przed Komisją można badać tylko okoliczności, które rzeczywiście miały miejsce. Zatem, skoro ocenie pod względem zgodności z prawem podlegało zachowanie, które nastąpiło w konkretnych okolicznościach faktycznych (czyli zawarcie umowy w okolicznościach wykluczających możliwość jej zawarcia), to i wpływ na wynik postępowania oceniano w konkretnych rzeczywiście zaistniałych okolicznościach (skoro wykonawca do chwili zawarcia umowy nie przedłożył dokumentów powinien być wykluczony).

Zdaniem Komisji, zawarcie ww. umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego naruszyło przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych i miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem wyczerpało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, innych niż określone w ust. 1 i 1b (tego artykułu), jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Odpowiedzialność za powyższy czyn ponosi Obwiniona Pani (...) i odpowiedzialności tej nie wyłącza w szczególności okoliczność powierzenia innym osobom poszczególnych, ale innych niż zawarcie umowy, czynności w przedmiotowym postępowaniu. Komisja stwierdziła, że Obwiniona jest winna popełnienia naruszenia, przy czym nie zamierzała naruszyć dyscypliny finansów publicznych, jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach popełniła je, mimo że możliwość popełnienia naruszenia mogła przewidzieć.

Rozważając kwestię kary za popełnione naruszenie, Komisja uznała, że wobec szeregu okoliczności zasługujących na uwzględnienie (niekaralność Obwinionej, bardzo dobra opinia, wyjątkowo dużo innych obowiązków w okresie udzielania zamówienia) oraz mając na względzie to, że Obwiniona zasugerowała się treścią protokołów postępowań, które wprawdzie sporządzono nierzetelnie, ale przez osoby odpowiednio przeszkolone i posiadające

doświadczenie z zakresu zamówień publicznych, Komisja Orzekająca I instancji postanowiła odstąpić od wymierzenia kary.

Orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji zaskarżyła w całości Obwiniona, odwołaniem z 24 czerwca 2013 r. Obwiniona zarzuciła orzeczeniu:

1. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 17 ust. 1c ustawy, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, miało wpływ na wynik postępowania,
2. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 17 ust. 1c w zw. z art. 19 ust. 2 ustawy, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Obwiniona jest winna popełnienia zarzucanego czynu,
3. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 28 ustawy, poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że zarzucany czyn jest szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy.

Mając na uwadze powyższe, Obwiniona wniosła o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości oraz jednoczesne umorzenie postępowania, a to z uwagi na fakt, iż w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o umorzenie postępowania, Obwiniona wniosła o uchylenie orzeczenia w całości i uniewinnienie od zarzutu popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1c ustawy, względnie o umorzenie postępowania z uwagi na znikomą szkodliwość czynu.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniona podniosła między innymi, iż, zgodnie z art. 17 ust. 1c ustawy naruszeniem, jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b ustawy, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, iż należy ustalić, czy w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego naruszono konkretny przepis (wskazać jaki) lub przepisy o zamówieniach publicznych, a także czy w konkretnym przypadku nienaruszenie przepisów o zamówieniach publicznych doprowadziłoby do innego wyniku postępowania. Natomiast, zdaniem Obwinionej Komisja Orzekająca I instancji wadliwie uznała, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W ocenie Obwinionej, niewątpliwie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 poprzez nie wezwanie Wykonawcy (...) do uzupełnienia dokumentów, przy czym naruszenie tego przepisu uniemożliwia wykluczenie tegoż wykonawcy i zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt. 4 prawa zamówień publicznych. Podsumowując powyższe wywody Obwiniona wskazała, iż gdyby wykluczyła ww. wykonawcę, to naruszyłaby przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 w

zw. z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wykluczenie wykonawcy w takiej sytuacji nie było prawnie dozwolone. Na poparcie powyższego stanowiska Obwiniona przytoczyła wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2011 r. (KIO 2428/11), zgodnie z którym Zamawiający, w razie stwierdzenia w ofercie uchybień, jest zobowiązany przede wszystkim do wyjaśnienia przyczyn tej niezgodności i zbadania możliwości dokonania jej poprawy oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 września 2011 r. (KIO 1775/11), zgodnie z którym Zamawiający przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą powinien w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakującego oświadczenia. Zatem naruszenie ustawy - Prawo zamówień publicznych, nie polegało na niewykluczeniu ww. wykonawcy, a dotyczyło wyboru oferty wykonawcy, który nie przedłożył żądanych dokumentów, co narusza art. 7 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie wskazać należy, iż naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, bowiem wykonawca spełniał wymogi określone przez Zamawiającego i posiadał żądane dokumenty. Zdaniem Obwinionej, Komisja Orzekająca I instancji uznając, że Obwiniona wypełniła przesłanki z art. 17 ust. 1c ustawy, winna wskazać, jaki powinien być inny wynik postępowania, jeżeli jej zdaniem, naruszenie miało na ten wynik wpływ (co jest warunkiem niezbędnym przypisania odpowiedzialności). Dalej, kontynuując myśl Komisji Orzekającej I instancji, należałoby uznać, że przy innym wyniku winien zostać wybrany nie (...), lecz PKS (...) lub PKS (...). A przecież oczywiste jest to, iż nie był możliwy wybór wskazanych wykonawców, w sytuacji gdy wykonawcy - (...) nie wezwano do uzupełnienia dokumentów. Wręcz przeciwnie, gdyby Obwiniona wykluczyła Wykonawcę (...), to doszłoby do wyboru innych wykonawców i taka właśnie czynność stanowiłaby – w przekonaniu Obwinionej - naruszenie art. 17 ust. 1c ustawy. Komisja Orzekająca I instancji winna zatem udzielić odpowiedzi, czy w konkretnych ustaleniach faktycznych zamówienia można było wybrać innego wykonawcę. Jednocześnie, Obwiniona w toku postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wykazała, iż Wykonawca Usługi Przewozowe (...) posiadał wymagane dokumenty i tym samym spełniał przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika, iż w sprawie nie można stwierdzić, że naruszenie ustawy - Prawo zamówień publicznych doprowadziłoby do innego wyniku, skoro wykonawca żądane dokumenty posiadał, a nie został na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wezwany do ich uzupełnienia. Niezastosowanie procedury przewidzianej dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, prowadzi tylko do przepuszczeń, co do niewykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu.

Obwiniona podtrzymała także stanowisko, iż nie jest winna zarzucanego czynu. Obwiniona wskazała, iż kierownik zamawiającego może zindywidualizować odpowiedzialność, przenosząc realizację pewnych czynności na członków komisji przetargowej lub innych pracowników. Obwiniona nie jest w stanie dokonać fizycznie wszystkich czynności faktycznych i technicznych w toku postępowania, co obiektywnie nie jest możliwe z uwagi na inne czynności, do których jest zobowiązana z uwagi na piastowany urząd. Obwiniona powołała Komisję Przetargową, która była zobowiązana wykonać swoje zadania zgodnie ze szczegółowymi unormowaniami ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o Regulamin pracy Komisji Przetargowej, określony Zarządzeniem Wójta Gminy (...) z 28 grudnia 2007 r. w sprawie Regulaminu pracy Komisji Przetargowej w Urzędzie Gminy (...). Obwiniona nie jest w stanie bezpośrednio sprawdzić, czy wykonawcy spełniają wszystkie wymogi określone w zamówieniu, to właśnie w tym celu była powołana ww. komisja. Komisja nie zgłosiła w tym zakresie żadnych nieprawidłowości, a z przedłożonych dokumentów podpisanych wprost wynika, że wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Należy zatem uznać, że w zakresie objętym postępowaniem Obwiniona swoje obowiązki wykonała z należytą starannością.

Niezależnie od powyższego, Obwiniona podniosła, iż stopień szkodliwości czynu jest znikomy. Wskazać przy tym należy, że znikomość szkodliwości czynu jest przesłanką niedochodzenia odpowiedzialności. Ocena ta następuje przy uwzględnieniu wagi naruszonych obowiązków, sposobu i okoliczności ich naruszenia, a także skutków naruszenia. Natomiast w sprawie bezsporne jest, że skutek uszczuplenia środków publicznych nie tylko nie nastąpił, a wręcz przeciwnie mogłoby dojść do uszczuplenia środków, gdyby wykonawca (...) został (zgodnie z twierdzeniem Komisji Orzekającej I instancji) wykluczony, bowiem w takim wypadku wybranoby ofertę droższą. Także waga naruszonych obowiązków jest znikoma.

W trakcie rozprawy przed GKO, Z-ca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia. W przekonaniu Rzecznika, Komisja Orzekająca I instancji prawidłowo ustaliła stan faktyczny i prawidłowo orzekła o odpowiedzialności Obwinionej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Mając na uwadze powyższe, GKO zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności zasadny okazał się zarzut błędnego zastosowania przez Komisję Orzekającą I instancji art. 17 ust. 1c ustawy. Stosownie do tego przepisu naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o

zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. W realiach ustalonego w niniejszej sprawie stanu faktycznego (nie jest on przedmiotem sporu) zakres odpowiedzialności określony w art. 17 ust. 1c – obowiązującego w dacie orzekania – jest zgodny z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy obowiązującej w dacie orzekania. W tym stanie prawnym w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy, GKO zastosowała ustawę obowiązującą w dacie orzekania, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia nie była względniejsza dla sprawcy.

Analiza przesłanek statuujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 17 ust. 1c ustawy, należy rozpocząć od sformułowania, iż odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponoszą sprawcy, którzy naruszyli przepisy o zamówieniach publicznych w taki sposób, że miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika z powyższego, że w pierwszej kolejności zadaniem komisji orzekającej jest ustalenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych. Komisja Orzekająca I instancji ponad wszelką wątpliwość ustaliła, że Obwiniona dopuściła się naruszenia tych przepisów. Jest przy tym bezsporne (przyznaje to również Obwiniona), że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, poprzez niewezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Natomiast wątpliwości budzi to, czy Obwiniona naruszyła także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, poprzez niewykluczenie wykonawcy, który nie przedłożył wymaganych dokumentów, a następnie nie został wezwany do ich uzupełnienia. Komisja Orzekająca I instancji uznała, iż pomimo niewezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów obowiązkiem Obwinionej było jego wykluczenie. Powyższego zapatrywania GKO nie podziela. Prawidłowo Obwiniona wywodzi, że wykluczenie wykonawcy (z powodu nie przedłożenia wszystkich wymaganych dokumentów) bez jego uprzedniego wezwania do uzupełnienia tych dokumentów stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przepis ten nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Przepis ten jest w swojej treści jasny i zawiera bezwarunkową normę adresowaną do zamawiającego. Naruszenie tej normy przez Obwinioną powinno być przedmiotem oceny Komisji Orzekającej I instancji przez pryzmat przesłanek określonych w art. 17 ust. 1c ustawy, warunkujących przypisanie jej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja, wykonując ten

obowiązek uznała, że konsekwencją naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, a tym samym naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania (zamówienia bowiem udzielono wykonawcy, który nie przedłożył wszystkich wymaganych przez zamawiającego dokumentów). Tymczasem – aczkolwiek scenariusz przyjęty przez Komisję Orzekającą I instancji nie jest całkowicie wykluczony – opisane naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w realiach ustalonego stanu faktycznego jedynie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Naruszenie to, miałoby wpływ na wynik postępowania tylko wtedy, gdyby wykonawca nie posiadał dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu lub gdyby wykonawca nie przedłożył ich na wezwanie zamawiającego w wyznaczonym terminie. Natomiast w sytuacji, gdyby wykonawca te dokumenty posiadał i przedłożyłby je w wyznaczonym terminie, to nie byłoby podstaw do jego wykluczenia. Tym samym udzielenie mu zamówienia byłoby w pełni zgodne z prawem. Przeprowadzony wywód prowadzi więc do konkluzji, że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w ustalonym stanie faktycznym mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustalenie to jest niewystarczające – w świetle wymogów określonych w art. 17 ust. 1c ustawy – do przypisania Obwinionej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przytoczony przepis ustawy wymaga bowiem jednoznacznego stwierdzenia, że naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, miało wpływ na wynik postępowania. Ustalony stan faktyczny – jak to wyżej wykazano – nie uprawnia do dokonania takiego stwierdzenia. Tym samym należało dojść do wniosku, iż w zarzucanym i przypisanym Obwinionej czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W konsekwencji – na podstawie art. 78 ust. 3 ustawy – GKO uniewinniła Obwinioną od przypisanego jej przez Komisję Orzekającą I instancji czynu. Jednocześnie, skoro najdalej idący zarzut odwołania okazał się zasadny, GKO nie miała podstaw do rozpoznania innych zarzutów zawartych w odwołaniu.

Przyjęta w niniejszej sprawie wykładnia art. 17 ust. 1c ustawy, w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych potwierdza wykładnię przyjętą przez GKO w orzeczeniu z dnia 18 lutego 2013 r. sygn. akt BDF1/4900/133/135/12/3593. W orzeczeniu tym stwierdzono między innymi „(...) GKO zgadza się z oceną strony oskarżycielskiej II instancji, iż niedopełnienie obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może prowadzić jednoznacznie do wniosku, że naruszono art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień

publicznych, który zobowiązywał zamawiającego do wykluczenia wykonawcy. Tym samym nie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne, bowiem naruszenie samego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tylko mogło mieć potencjalny wpływ na taki wynik, co nie jest wystarczające do stwierdzenia, że w sposób niewątpliwy wyczerpano wszystkie znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych z 17 ust. 1 c ustawy.”

Mając na uwadze powyższe GKO orzekła jak w sentencji.