



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 21 października 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Sylwester Kuchnio (<i>spr.</i>)
Członkowie:	<i>Zastępca Przewodniczącego GKO:</i>	Michał Szczepan Jędrzejczyk
	<i>Członek GKO:</i>	Emil Kawa
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Arkadiusza Babczuka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2019 r. wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie odwołania na niekorzyść Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt: RIO-KO-20/2018, w zakresie, w którym uniewinniła (...) – pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust.1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w czasie postępowania o zamówienie publiczne pn. (...) na terenie Gminy Miasto (...) o wartości szacunkowej 2917564,50 zł poprzez zatwierdzenie w dniu 4 maja 2016 r. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo (...), pomimo, iż wykonawca ten nie przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego określonego w rozdziale 9 pkt 1 ppkt f specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie został wezwany do uzupełnienia w tym zakresie oferty, co skutkowało zawarciem umowy z wykonawcą, który nie wykazał braku podstaw

wykluczenia z postępowania i było niezgodne z art. 26 ust.1 i 3 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz.1579)

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 zaskarżone orzeczenie w zaskarżonym zakresie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie (dalej „RKO”), orzeczeniem z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt: Sygn. akt RIO-KO-20/2018, w sprawie p. (...), pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...):

- 1) uznała go winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, popełnionego w okresie pełnienia funkcji Prezydenta Miasta (...) w rozumieniu art. 18 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.), zwanej dalej „uondfp”, polegającego na wykazaniu w dniu 06.04.2017 r. w korekcie nr 3 rocznego sprawozdania RB- 27 S z wykonania planu dochodów budżetowych jednostki samorządu terytorialnego za okres od początku roku do dnia 31.12.2016 r. danych niezgodnych z ewidencją księgową: w dziale 758, rozdziale 75801, § 2920 w kolumnie 8 „dochody otrzymane” kwoty 31 894 253 zł, zamiast wynikającej z ewidencji księgowej kwoty 34 595 104 zł (różnica 2 700 851 zł), co było niezgodne z § 9 pkt 1 i 2 i § 15 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 9 stycznia 2018 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz.U. poz. 109) i na podstawie art. 36 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odstąpiła od wymierzenia kary.

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

- 2) na podstawie art. 78 ust. 3 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 1 uondfp uniewinniła go od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust.1c undfp, polegającego na tym, iż w czasie postępowania o zamówienie publiczne pn. (...) na terenie Gminy Miasto (...) o wartości szacunkowej 2 917 564, 50 zł zatwierdził w dniu 04.05.2016 r. wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo (...), pomimo, iż wykonawca ten nie przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego określonej w rozdziale 9 pkt 1 ppkt f SIWZ i nie został wezwany do uzupełnienia w tym zakresie oferty, co skutkowało zawarciem umowy z wykonawcą, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania i było niezgodne z art. 26 ust.1 i 3 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz.1579) - dalej także „pzp”.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO, w odniesieniu do czynu opisanego w pkt 2 powyżej (w zakresie uniewinnienia), wskazano, co następuje.

„W dniu 30 października 2018 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych Pani Katarzyna Berezowska zwróciła się pismem RDFP.056.18.RIO.R do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie z wnioskiem o wymierzenie kary nagany Panu (...) pełniącemu w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...) - za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu:

1) [...]

2) art. 17 ust.1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w czasie postępowania o zamówienie publiczne pn. (...) na terenie Gminy Miasto (...) o wartości szacunkowej 2 917 564, 50 zł poprzez zatwierdzenie w dniu 04.05.2016 r. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez (...), pomimo, iż wykonawca ten nie przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego określonej w rozdziale 9 pkt 1 ppkt f SIWZ i nie został wezwany do uzupełnienia w tym zakresie oferty, co skutkowało zawarciem umowy z wykonawcą, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania i było niezgodne z art. 26 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz.1579).

Rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyła się w dniu 18 grudnia 2018 r. przy udziale Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Na rozprawę stawił się Obwiniony

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

wraz z pełnomocnikiem radcą prawnym (...) oraz w charakterze świadka Pani (...) - Skarbnik Miasta (...).

Na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, wyjaśnień udzielonych przez Obwinionego w toku postępowanie oraz złożonych na rozprawie ustalono następujący stan faktyczny:

Podstawą wniosku o ukaranie było zawiadomienie z 02.07.2018 r. złożone Rzecznikowi przez Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie.

Ad. 1 [...]

Ad. 2. Gmina Miasto (...) w dniu 03.03.2016 r. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. (...) i utrzymanie zieleni w pasach dróg krajowych, powiatowych i gminnych na terenie Gminy Miasto (...) o wartości szacunkowej 2 917 564, 50 zł w trybie przetargu nieograniczonego. W dniu 16.09.2015 r. zarządzeniem Prezydenta Miasta (...) 473/2015 powołano Komisję przetargową, która w dniu 25.04.2016 r dokonała otwarcia i oceny złożonych ofert.

Wśród kryteriów zapisanych w SIWZ w rozdziale 9 Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu i inne dokumenty oferty wskazano, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ustawy pzp należy załączyć m.in.:

1. oświadczenie oferenta o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 24 ust. 1, 2, 2a ustawy pzp (pkt 9.1 a)
2. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy pzp (pkt 9.1.e)
3. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy pzp (pkt 9.1 f)

wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.(k- 84)

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy pzp przed jej nowelizacją w czerwcu 2016 r. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty (1), Przedsiębiorstwo (...), oraz Firma (...). Komisja przetargowa uznała ofertę Przedsiębiorstwa (...) za najkorzystniejszą.

Zgodnie z protokołem postępowania przetargowego (k-100) Komisja przetargowa nie odrzuciła żadnej ze złożonych ofert, nie wykluczono żadnego z oferentów i nie wezwano ich do uzupełnienia dokumentów bądź poprawienia omyłek. W toku kontroli ustalono, że w ofercie Przedsiębiorstwa (...) znajdowało się oświadczenie Prezesa Spółki o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1, 2 i 2a ustawy pzp, a także zaświadczenia z KRK dotyczące członków Zarządu Spółki Pana (A) oraz Pana (B).

Nie przedłożono natomiast wymaganego w SIWZ zaświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego - art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy pzp obowiązującej w dniu popełnienia naruszenia.

Pomimo braku tego dokumentu Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust.3 ustawy pzp uznając ją za kompletną.

W dniu 04.05.2016 r. Prezydent (...) Zarządzeniem nr 281/2016 dokonał zatwierdzenia wyboru najkorzystniejszej oferty - Wykonawcy Przedsiębiorstwo (...), z którą w dniu 16.05.2016 r. zawarto umowę nr WEZ/53/2016.

Odnosząc się do zarzutu Prezydent wskazał, iż niekaralność osób reprezentujących Spółkę, potwierdzona aktualnymi informacjami z KRK jest jedną z przesłanek wykluczających karalność samej Spółki z uwagi na przepis art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Niezależnie od tego brak w zakresie wskazanej dokumentacji był wprawdzie następstwem nieprawidłowego zastosowania przepisów ustawy pzp (przeoczenie) jednakże z uwagi na informacje uzyskane przez zamawiającego z innych źródeł prawdopodobieństwo naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców było znikome.

Komisja zważyła, co następuje

Ad. 1

[...]

Ad. 2

W przedmiotowym postępowaniu doszło w ocenie Rzecznika do popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 c ustawy, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i

Iba, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej.

Zamawiający nie wezwał bowiem zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy pzp Wykonawcy Przedsiębiorstwu (...) do złożenia określonego w SIWZ dokumentu z KRK dotyczącego podmiotu zbiorowego i nie wykluczył tego Wykonawcy z postępowania pomimo, że nie wykazał on braku podstaw do wykluczenia, co było niezgodne z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp. Przy ocenie naruszenia zastosowano zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ustawę pzp po nowelizacji, gdyż poprzednia ustawa nie jest w ocenie rzecznika względniejsza. W myśl poprzednio o przepisów zamawiający również był zobligowany na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp do żądania dokumentów potwierdzających okoliczności braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy pzp to aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 21.

Za odpowiedzialnego za opisane naruszenie Oskarżyciel wskazał Pana (...) - Prezydenta (...). Podzielając całkowicie ocenę naruszenia dyscypliny finansów publicznych, które nastąpiło w wyniku wyboru wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania i było niezgodne z art. 26 ust.1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Komisja nie zgodziła się z zakresem podmiotowym opisanego czynu.

Oceniając stopień winy Pana (...) - Komisja Orzekająca zważyła, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Głównej Komisji Orzekającej przypisanie winy wymaga wskazania jak Obwiniony powinien się w danej sytuacji zachować aby uniknąć popełnienia czynu. Komisja Orzekająca nie znajduje podstaw do wskazania Obwinionemu innej drogi postąpienia w sytuacji, w której komisja przetargowa stwierdziła, że oferta firmy Przedsiębiorstwo (...) jest poprawnie złożona, przygotowana i kompletna, a żadna ze złożonych w przetargu ofert nie podlega odrzuceniu ani wykluczeniu. Komisja przetargowa zaproponowała Prezydentowi Miasta wybór właśnie tej oferty.

Niezależnie od wyżej przedstawionych okoliczności Komisja Orzekająca wskazuje na zakres podmiotowy odpowiedzialności w przedmiotowej sprawie, który jest określony art. 4 ust. 1 pkt 2 (w zakresie kierownika jednostki) oraz art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (w zakresie pracowników, którym powierzono

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

wykonywanie obowiązków). Komisja Orzekająca zauważa, iż w ocenie Głównej Komisji Orzekającej, wyrażonej w orzeczeniu z dnia 15 grudnia 2016 r. (sygn. akt BDF1.4800.78.2016) ewentualna odpowiedzialność członków komisji przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika z art. 4 ust. 1 pkt. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie, który mówi o odpowiedzialności pracowników jednostek sektora finansów publicznych lub innych osób, którym odrębną ustawą powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W opinii GKO, wyrażonej w ww. orzeczeniu w sytuacji takiej nie jest potrzebne szczególne „powierzenie czynności” przez kierownika jednostki bowiem odpowiedzialność wynika z ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz faktu powołania w skład komisji przetargowej. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego. Ustawa przesądza również o minimalnym zakresie działania komisji przetargowej. Zgodnie z art. 20 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. Zgodnie natomiast z art. 20 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także w zakresie, o którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Komisja Orzekająca, nie znajdując podstaw to przypisania winy Obwinionemu, działając na podstawie art. 78 ust. 3 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uniewinniła Pana (...) od zarzucanego czynu.”.

Odwołaniem z dnia 12 lutego 2019 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie (zwany dalej „RDFP”) zaskarżył przedmiotowe orzeczenie w części dotyczącej uniewinnienia Pana (...) od popełnienia czynu określonego w art. 17 ust. 1 c uoondfp oraz wniósł o uchylenie orzeczenia w tym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

W uzasadnieniu odwołania wskazał między innymi:

„[...] W uzasadnieniu orzeczenia RKO podzieliła pogląd Oskarżyciela, co do faktu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w opisanym zakresie uznając je za udowodnione.

Komisja nie podzieliła jednak stanowiska Rzecznika, iż za opisany czyn odpowiedzialność ponosi Obwiniony w sytuacji gdy komisja przetargowa stwierdziła, że oferta firmy Przedsiębiorstwa (...) jest poprawnie złożona, przygotowana i kompletna i nie podlega odrzuceniu ani wykluczeniu. Z treści uzasadnienia wynika, iż skoro komisja przetargowa zaproponowała wybór tej właśnie oferty jako najkorzystniejszej Prezydent nie mógł zachować się inaczej jak tylko zatwierdzić ten wybór.

Komisja powołała przy tym orzeczenie GKO z dnia 15 grudnia 2016 r. - sygn. akt BDF 1.4800.78.2016, w którym wyraziła ona pogląd, że ewentualna odpowiedzialność członków komisji przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika z art. 4 ust.1 pkt 3 ustawy, który mówi o odpowiedzialności pracowników jednostek sektora finansów publicznych lub innych osób, których odrębną ustawą powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

W konsekwencji Komisja nie znalazła podstaw do przypisania winy Obwinionemu w sytuacji gdy to komisja przetargowa zgodnie z art. 20 ust. 3 ustawy pzp przedstawia kierownikowi zamawiającego, w szczególności propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Rzecznika nie sposób zgodzić się z takim poglądem.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego.

Natomiast w myśl z art. 20 ust. 1 ustawy pzp komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert.

Jej zadania określa ust. 3 art. 20 ustawy pzp, który stanowi, iż komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także w zakresie, o

którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Jak wynika z powyższych przepisów komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, który wprawdzie zajmuje się badaniem i oceną ofert jednakże przedstawia kierownikowi zamawiającego jedynie propozycje, którymi ten ostatni nie jest w żaden sposób związany. Ponieważ to kierownik na mocy art. 18 ust. 1 ustawy pzp odpowiada za postępowanie może on podejmować decyzje niezgodne z propozycjami i wnioskami komisji, np. wykluczyć z postępowania wykonawcę, gdy zachodzą ku temu przesłanki nawet jeśli nie wnioskowała o to komisja przetargowa. Ponieważ ustawa pzp wyposażyła kierownika zamawiającego w kompetencje zatwierdzające i kontrolne w odniesieniu do postępowania, powinien on sprawdzić zasadność propozycji komisji, jej przesłanki gdyż to on dokonuje powyższych czynności zatwierdzając propozycje komisji przetargowej, którymi, co wskazano wyżej nie jest merytorycznie związany.

W świetle regulacji z art. 20 ustawy pzp dotyczącego komisji przetargowej jako zespołu pomocniczego kierownika zamawiającego do czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego można zaliczyć przede wszystkim: zatwierdzenie wniosku rozpoczynającego procedurę, zatwierdzenie dokumentów wymaganych w postępowaniu, w szczególności siwz i wynik postępowania, wykluczenie z postępowania, odrzucenie oferty i wybór oferty najkorzystniejszej.

Kierownik zamawiającego może na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy pzp powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności np. zatwierdzenie wyboru najkorzystniejszej oferty innej osobie i wtedy w ocenie Rzecznika uwolniłby się od odpowiedzialności za dokonanie wyboru jednakże w opisanym stanie faktycznym taka sytuacja nie miała miejsca.

Z powołanych przepisów ustawy pzp wynika, że komisja przetargowa będąc organem pomocniczym kierownika nie ma uprawnień do dokonywania czynności prawnych a jedynie faktycznych. Rola komisji jest ograniczona wyłącznie do badania i oceny ofert, badania dokumentów i analizy ich treści, opiniowania oraz przygotowywania dokumentów. Komisja przedstawia również propozycje: wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty, a także wystąpienie z wnioskiem o unieważnienie postępowania. (komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych - Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa rok 2018)

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

Członkowie komisji przetargowej są więc uprawnieni do dokonywania wszelkich czynności związanych z oceną oferty, łącznie z propozycją wyboru oferty najkorzystniejszej, którą ostatecznie wybiera kierownik jednostki lub osoba przez niego upoważniona, zatwierdzająca propozycję komisji przetargowej i podpisująca umowę o zamówienie publiczne. Jednak ostatecznie za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonego postępowania odpowiada kierownik jednostki, nie zaś członkowie komisji przetargowej. (Emil Norek, komentarz do Prawa zamówień publicznych, wydanie 3, Warszawa 2008 r.)

W orzeczeniu KIO z dnia 5.12.2012 r. stwierdzono, że komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, zatem jej działania nie są samodzielne - przedstawia ona jedynie propozycje, które są akceptowane (lub nie) przez kierownika zamawiającego i to decyzje kierownika zamawiającego są uznawane za decyzje (KIO 2577/12, LEX nr 1252766).

Należy przy tym nadmienić, iż w przywołanym przez Komisję orzeczeniu GKO z dnia 15 grudnia 2016 r. za czyn z art. 17 ust. 1c ustawy rozpatrywano jedynie ewentualną odpowiedzialność członków komisji przetargowej natomiast poza zakresem rozważań GKO pozostała odpowiedzialność kierownika Zamawiającego

W tym miejscu jednak należałoby przywołać wyrok WSA z dnia 21 listopada 2012 r. sygn. akt V SA/Wa 1487/12 wydany po nowelizacji ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w 2012 r. w którym sąd porównał znamiona czynu z art. 17 ust. 1c ustawy przed i po nowelizacji uznając, iż w obu przypadkach odpowiedzialność ponosi ta sama osoba, cyt. „Zgodnie z przepisem art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, obowiązującej od 11 lutego 2012 r., naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i lb, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Wcześniej, w czasie popełnienia czynu obowiązujący przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy polegał na udzieleniu zamówienia publicznego z innym, niż wymienione w pkt 1-3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. GKO słusznie uznała, że, jakkolwiek znamiona tych czynów są inaczej opisane i w czasie popełnienia naruszenia momentem jego popełnienia było działanie polegające na udzieleniu zamówienia to fakt, że ustawodawca w czasie orzekania wiąże zaistnienie tego naruszenia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych pod warunkiem, że doszło do udzielenia zamówienia

publicznego pozwala na przyjęcie, że zachowanie sprawcy wypełniało znamiona zarówno naruszenia opisanego wg stanu prawnego w dniu popełnienia naruszenia jak i w dniu orzekania.”.

W ocenie Sądu po nowelizacji ustawy za naruszenie z art. 17 ust. 1c odpowiedzialność nadal ponosi kierownik Zamawiającego.

Również w orzecznictwie GKO przyjmuje się odpowiedzialność podmiotową kierownika jednostki za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c polegającego na zatwierdzeniu wyboru oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, w sytuacji gdy nie powierzył innej osobie zastrzeżonych dla niego w tym zakresie czynności. W orzeczeniu GKO z dnia 21 listopada 2013 r. (Sygn. akt BDF1/4900/57/61/13/RWPD-56274) stwierdzono cyt. *”(..) Nie po to Zamawiający żąda przedłożenia zaświadczeń aby następnie nie dokonać ich weryfikacji (sprawdzenia poprawności). Źródłem wadliwości działania Obwinionego w tym zakresie był brak staranności w sprawdzeniu przedłożonych zaświadczeń. Wymóg aby kierownik jednostki sektora finansów wykazał się skrupulatnością w sprawdzeniu poprawności dokumentów złożonych przez oferentów nie jest, zdaniem GKO, nadmierny i tym samym można zasadnie oczekiwać od osoby piastującej tę funkcję wykonania tego obowiązku. GKO nie podziela opinii Obwinionego, zgodnie z którą popełnione przez niego czyny są w istocie konsekwencją zaniedbań innych osób. Gdyby podzielić powyższy pogląd Obwinionego rola kierownika jednostki sektora finansów publicznych zostałaby ograniczona do podpisywania dokumentów przygotowanych przez podległych mu pracowników. Tym samym takim kierownikiem mogłaby być każda osoba, która potrafi się podpisać (podobnie orzeczenie z dnia 12 marca 2012 r. Nr BDF1/4900/10/8/12/161, z dnia 3 lutego 2014 r. nr BDF14900/106,110/13)*

Reasumując, w ocenie Rzecznika powołanie komisji przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zwalnia od odpowiedzialności kierownika zamawiającego, na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy pzp za niewykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył niekompletną ofertę w sytuacji, gdy nie powierzył pisemnie innej osobie czynności dla niego zastrzeżonej jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty.

Przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby, iż w każdym wypadku powołania komisji przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia kierownik zamawiającego byłby zwolniony z odpowiedzialności za naruszenie przepisów pzp przy wyborze oferty pomimo, że to on w konsekwencji podejmuje decyzję o wyborze wykonawcy.

Natomiast stanowisko pełnomocnika Obwinionego przedstawione na rozprawie, w którym kwestionuje on wpływ na wynik postępowania niezłożenie przez Wykonawcę informacji z KRK dotyczącej podmiotu zbiorowego w ocenie Rzecznika również jest nie do przyjęcia.

Przede wszystkim powołane przez pełnomocnika orzeczenia GKO odnoszą się do zupełnie innych stanów faktycznych. Z orzeczenia GKO z dnia 12 grudnia 2013 r. wynika, że wykonawca, który nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów i w konsekwencji nie wykluczony z postępowania pomimo, że jego oferta była niekompletna w rzeczywistości takie dokumenty posiadał. W tej sytuacji oczywiste jest, że zarzucony czyn nie wyczerpał znamion z art. 17 ustawy gdyż niewezwanie wykonawcy do uzupełnienia oferty i niewykluczenie go z postępowania nie miało wpływu na jego wynik, a jedynie mogło mieć taki wpływ.

Komisja stwierdziła bowiem cyt. „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.”.

W opisanym we wniosku stanie faktycznym natomiast wybrany wykonawca brakującego dokumentu nie posiadał, więc nie mógł go przedłożyć nawet na wezwanie Zamawiającego. Jeśli chodzi bowiem o informację z KRK to w wyroku z dnia 15 czerwca 2012 r. KIO stwierdziła, iż wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji z KRK może ją skutecznie uzupełnić jedynie w sytuacji gdy takowy dokument posiada, ale z różnych przyczyn nie złożył go wraz z ofertą.

Brak tego dokumentu potwierdza nawet sam Obwiniony w swoich wyjaśnieniach stwierdzając, że informacje o niekaralności starał się uzyskać z innych źródeł.

W aktach sprawy, oprócz informacji z KRK dotyczącej członków Zarządu Spółki (...), (na str. 164) znajduje się ponadto oświadczenie (bez daty) Prezesa tej Spółki, że w dniu 16.05.2016 r. członkowie Zarządu nie byli skazani prawomocnymi wyrokami i nie toczyły się wobec nich sprawy karne, które mogłyby wykluczyć ich z postępowania.

Należy podkreślić, że dokumenty te świadczą jedynie o spełnieniu innego warunku, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, który również był zobligowany wykazać ten Wykonawca zgodnie z SIWZ.

Jak stwierdziła KIO w powołanym wyżej wyroku informacji o braku karania podmiotu lub osób nie można domniemywać, a ustawodawca nie określił żadnego innego niż informacja z KRK sposobu potwierdzenia spełnienia tego warunku.

Wybrany wykonawca na czas składania ofert takiego dokumentu nie posiadał, co powinno skutkować jego wykluczeniem, a więc naruszenie w tym względzie przepisów pzp miało w ocenie Rzecznika rzeczywisty a nie potencjalny wpływ na wynik postępowania.

[...]"

Pismem z dnia 2 października 2019 r. Obrońca Obwinionego wniósł o utrzymanie w mocy ww. orzeczenia w części objętej odwołaniem RDFP. W uzasadnieniu wniosku wskazał:

„Strona obwiniona w całości podtrzymuje swoje stanowisko i argumentację przedstawioną w toku rozprawy przed Komisją Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie, w tym wskazuje na utrwaloną w orzecznictwie Głównej Komisji Orzekającej wykładnię normy art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440 ze zm) o *odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* (dalej w skr. u.o.d.p.).

1. Strona obwiniona ponownie w tym miejscu podnosi, iż w orzeczeniu z dnia 12 grudnia 2013 r. (BDF1/4900/72/76/13/RWPD-70480) GKO wskazała, iż art. 17 ust. 1c u.o.d.p o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymaga jednoznacznego stwierdzenia, że naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, miało wpływ na wynik postępowania. Stanowisko to jest logiczną konsekwencją wytycznych zawartych w orzeczeniu GKO z dnia 18 lutego 2013 r. (BDF1/4900/133/135/12/3593), w myśl których samo stwierdzenie niedopełnienia obowiązku wynikającego art. 26 ust. 3 Pzp nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że w sposób niewątpliwy wyczerpano wszystkie znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c u.o.d.p. Stwierdzenie naruszenia cyt. art. stwarza jedynie potencjalna możliwość wpływu uchybienia na wynika postępowania, (tak. też GKO w orzeczeniu z dnia 21 maja 2009 r., BDF1/4900/27/26/09/995). Jeszcze wcześniej, w ramach orzeczenia z dnia 17 października 2005 r., (DF/GKO/Odw.-45/61/2005/361) GKO wskazała, iż przy rozpoznawaniu zarzutu opartego na dawn., 17 ust. 1 pkt 4 u.o.d.p. nie może wchodzić w grę hipotetyczne twierdzenie w stylu „naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania”. W konkretnej sprawie musi istnieć pewność, że zachowanie osoby obwinianej o naruszenie dyscypliny finansów publicznych miało taki

wpływ na wynik postępowania. Udowodnienie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie, tj. na pewno, zakończyłoby się wyborem innego oferenta, jest przy tym w znacznej części przypadków właściwie niemożliwe.

Sytuacja faktyczna, która umożliwiła uzyskanie jednoznacznej pewności istnienia wpływu naruszenia przepisów Pzp na ostateczny wynik postępowania wystąpiła między innymi w sprawie zakończonej orzeczeniem z dnia 29 stycznia 2007 r., (DF/GKO- 4900-93/113/06/3247). GKO stwierdziła naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wymienione w art. 17 ust. 1 pkt 4 u.o.d.p., polegające na udzieleniu zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jednemu z dwóch oferentów, mimo istnienia przesłanek wykluczenia obu podmiotów z postępowania. Zdaniem GKO zachowanie obwinionego w tej sprawie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ obwiniony nie wykluczył z tego postępowania żadnego z dwóch wykonawców, chociaż obaj nie spełnili oni warunku udziału w tym postępowaniu. Obydwaj powinni być wykluczeni, a ich oferty odrzucone (ustawa nie przewiduje innych alternatyw), usuniętego. Tym samym, zdaniem obrońcy przekazanie sprawy Komisji Orzekającej do ponownego rozpoznania jest w opisaney wyżej sytuacji faktycznej i prawnej czynnością niecelową.

Zdaniem obrońcy, powyższa okoliczność stanowi oczywista podstawę dla zastosowania zasady *in dubio pro reo* przewidzianej w art. 76 ust. 3 uondfp i - w konsekwencji - utrzymania w mocy zaskarżonego orzeczenia.”

Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca (GKO) wskazuje, iż podziela referowane powyżej stanowisko RKO w przedmiocie przepisów uondfp oraz przepisów ustawy naruszanej, do której uondfp odsyła (w tym przypadku ustawy Prawo zamówień publicznych) znajdujących zastosowanie w sprawie. Winny to być przepisy obowiązujące aktualnie, przy czym stanowisko RKO w tym zakresie wymaga poniższego uzupełnienia.

W myśl art. 24 ust. 1 uondfp, 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.

Przy ustalonej i niepodważanej w orzecznictwie wykładni ww. przepisu, która odnosi zasadę stosowania przepisów nowych lub względniejszych, również do przepisów ustaw, które obwinieni

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

naruszali lub powinni stosować w czasie gdy doszło do popełnienia czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, przy ustaleniu wszystkich złożonych znamion przedmiotowego czynu zarzucanego Obwinionemu i jego konsekwencji, przepisy obowiązujące w czasie jego popełnienia nie mogą być zastosowane. W tym przypadku przepisy uprzednie nie tylko nie są względniejsze, ale są nawet bardziej niekorzystne dla Obwinionego w aspekcie zrekonstruowania całej instytucji powinnego żądania, uzupełniania i przede wszystkim datowania dokumentów składanych na potwierdzenie braku wykluczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia – w kontekście wpływu przedmiotowego zaniechania egzekwowania zaświadczenia o niekaralności na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie chodzi tu jedynie o wskazywany przez RKO uchylony przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp, którego odpowiednikiem jest art. 24 ust. 1 pkt 21 pzp w brzmieniu obecnym, ale przede wszystkim przepisy art. 25a, 26 ust. 1 i 3 pzp, które całościowo określają instytucję potwierdzania braku podstaw wykluczenia przy pomocy stosownych dokumentów.

Dotyczy to zwłaszcza otoczenia legislacyjnego i interpretacji art. 26 ust. 3 pzp, który został naruszony przez zamawiającego w pierwszej kolejności, i bez którego zastosowania niepomernie trudniej przesądzić i stwierdzić, jaki byłby wynik postępowania.

W świetle wyżej wymienionych, aktualnych przepisów pzp, dokumenty potwierdzające niekaralność podmiotów zbiorowych wcale nie muszą być wystawiane z datą wcześniejszą niż data składania ofert, a więc tracą na znaczeniu rozważania RDFP zawarte w odwołaniu jakoby wybrany wykonawca musiał posiadać – a nie posiadał – zaświadczenia z KRK w dacie składania ofert i wpływ naruszenia na wynik postępowania był przesądzony właśnie w ten sposób.

Zgodnie z art. 17 ust. 1c uoondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba uoondfp, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej.

Natomiast przepis art. 19 ust. 2 uoondfp stanowi, iż odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.

GKO nie podziela stanowiska RKO w przedmiocie niemożliwości przypisania Obwinionemu winy. W tym zakresie GKO popiera w całości stanowisko i argumentację RDFP i przyjmuje

je za własne. W powoływanych przez RKO i RDFP przepisach nie znajduje oparcia teza, iż powołanie komisji przetargowej oraz jej rekomendacje zwalniają Obwinionego – kierownika zamawiającego, który dokonywał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp. Dokładając należytej staranności, Obwiniony jak najbardziej mógł i powinien zachować się w sposób prawidłowy, a błędy i zaniechania własnego aparatu pomocniczego (jakim była powołana przezeń komisja przetargowa), jako, że zostały przez niego powielone, stają się jego błędami i zaniechaniami, za które odpowiada.

Stąd przedmiotowe orzeczenie nie mogło się ostać w obrocie prawnym, ale zasadnym stało się jego uchylenie i nakazanie RKO ponownego rozpatrzenia sprawy, przy którym RKO uwzględni zawinienie i odpowiedzialności Obwinionego za opisany czyn.

Przy czym niemożliwe było również utrzymanie orzeczenia w mocy na podstawach postulowanych przez obrońcę Obwinionego, tj. w oparciu o argumentację związaną z brakiem możliwości stwierdzenia wpływu rzeczonych naruszenia przepisów na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tym zakresie konieczne jest bowiem uzupełnienie ustaleń faktycznych, których RKO nie poczyniła, o okoliczności opisane poniżej. W ocenie GKO nie jest wykluczone, iż takie ustalenia pozwolą uchwycić i stwierdzić taki wpływ. Dla przykładu, przesądzić o tym mogłoby ustalenie, iż względem wybranego wykonawcy orzeczono sądowy zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia. Nie jest również wykluczone, iż RKO przyjmie i przekonująco uzasadni jakies inne rozumienie wpływu na wynik postępowania.

Stąd RKO przy ponownym orzekaniu winna uzupełnić ustalenia faktyczne o wszelkie fakty i okoliczności, które pozwolą ocenić i przesądzić, iż popełniony czyn wypełnia (ewentualnie nie wypełnia) wszystkie znamiona czynu opisanego art. 17 ust. 1c uoondfp, tj. przede wszystkim ustali okoliczność, czy stwierdzone naruszenie przepisów pzp miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności RKO winna ustalić, czy względem wykonawcy Przedsiębiorstwa (...) orzeczono oraz w trakcie przedmiotowego postępowania obowiązywał sądowy zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne.

RKO oceniając powyższe uwzględni aktualne brzmienie przepisów pzp.

Przy ponownym orzekaniu, definiując pojęcie wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, RKO uwzględni dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczących art. 192 ust. 2 pzp i analogicznego pojęcia, o którym mowa w tym przepisie.

Sygn. akt BDF1.4800.23.2019

Orzekając RKO uwzględni również pogląd, iż przepisy określające odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych powinny być interpretowane ściśle, a przepis art. 17 ust. 1c uoondfp referuje do wpływu naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a nie do możliwości wpływu naruszenia na ww. wynik. Ponadto RKO winna uwzględnić zasadę, iż zaistnienie przesłanek odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych powinno być ustalone ponad wszelką wątpliwość – Obwiniony nie jest zobligowany przedstawiać żadnych dowodów w tym zakresie, a niedające się usunąć wątpliwości powinny przemawiać na jego korzyść.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.