



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 6 czerwca 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szelerski
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Kasica (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) z dnia 14 grudnia 2012 r., sygn. akt RIO-VI-51-16-12, którym uznano Obwinionego (...), zam. (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwanej dalej ustawą, polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych opisanemu sporządzonej w dniu 24.02.2011 r. w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przedmiotu zamówienia publicznego na zadanie „Termomodernizacja budynku Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w (...)” w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję poprzez wskazanie nazw własnych: zawór zwrotny SOCLA oraz izolacja rury otuliną Rockwool PIPE SECTION bez określenia „lub równoważny”, co jest niezgodne z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

oraz odstąpiono od wymierzenia kary Obwinionemu, natomiast obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w kwocie 297,41 zł,

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy uchyła w całości zaskarżone orzeczenie,**
- 2. na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy uniewinnia Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy,**
- 3. na podstawie art. 167 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.

U z a s a d n i e

Wnioskiem z 9 listopada 2012 r., Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) zwróciła się do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) o uznanie Pana (...) pełniącego w dniu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów funkcję Dyrektora Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w (...), za odpowiedzialnego - na zasadach art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwanej dalej ustawą, naruszenia art. 17 ust.1 pkt 1 ustawy, polegającego na niezgodnym z przepisami o zamówieniach publicznych opisanu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (sporządzonej 24.02.2011 r.) przedmiotu zamówienia publicznego na zadanie „Termomodernizacja budynku Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w (...)” w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję poprzez wskazanie nazw własnych zaworów zwrotnych SOCLA oraz izolacji bez określenia „lub równoważny”- co jest niezgodne z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu do wniosku Rzecznik wskazując na art. 24 ust. 1 ustawy stwierdził, że co prawda w czasie orzekania w niniejszej sprawie obowiązuje ustawa inna, niż w czasie

popęnienia przedmiotowego naruszenia (od 11 lutego 2012 r. obowiązuje ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. Nr 240, poz. 1429), to jednak do czynu popełnionego przez Obwinionego należy, jego zdaniem, stosować ustawę nową - gdyż przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym sprzed ich nowelizacji nie są względniejsze dla sprawcy.

Rzecznik wniósł o wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia.

Na rozprawie w dniu 9 listopada 2012 r. obrońca Obwinionego oświadczył, że Obwiniony przyznaje się do popełnienia zarzucanego mu czynu i wniósł o uniewinnienie Obwinionego na zasadzie art. 28 ust.1 ustawy, z uwagi na znikomą społeczną szkodliwość zarzucanego czynu. obrońca Obwinionego podkreślił, że wartość opisanych nieprawidłowo materiałów izolacyjnych stanowiła zaledwie 1,7 % ogólnej wartości wszystkich zaworów objętych postępowaniem przetargowym. Ponadto Obwiniony powołał się na pismo z 14.10.2012 r. Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w (...) (który to Fundusz pełnił rolę instytucji pośredniczącej II stopnia w ramach priorytetu III JRPO na lata 2007-2013, a zarazem kontrolował SPZOZ w (...) w zakresie wykorzystania środków publicznych przyznanych szpitalowi na realizację zamówienia publicznego).

W piśmie tym Prezes Zarządu stwierdził cyt. „ (...) Nie budzi wątpliwości fakt, że powyższe naruszenie miało miejsce. Niemniej jednak na podstawie dostarczonej dokumentacji nie zdiagnozowano negatywnego wpływu na ograniczenie wzięcia udziału w postępowaniu potencjalnym Wykonawcom, a co za tym idzie nie można jednoznacznie stwierdzić, czy doszło do dyskryminacji podmiotów”.

Regionalna Komisja Orzekająca podzieliła ustalenia wskazane przez Rzecznika we wniosku o ukaranie stwierdzając następujący stan faktyczny.

W postępowaniu pn. „Termomodernizacja budynku Szpitala Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w (...)”, zamawiający, tj. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w (...) w załączniku Nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącego przedmiaru robót, opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie nazw własnych zaworów zwrotnych (opis dotyczył czterech zaworów) oraz izolacja rury otuliną , bez określenia „lub równoważny”. Do przetargu przystąpiło jedenastu oferentów. Wybrana

została oferta (...) z siedzibą w (...), z którym to przedsiębiorcą Obwiniony podpisał w dniu 4 kwietnia 2011 r. umowę.

Stosownie do przepisów art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W świetle przepisu ust. 3 tego artykułu przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów i 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”. W niniejszej sprawie, zdaniem Komisji I instancji, bezspornym jest, iż zamawiający przeprowadzając niniejsze postępowanie naruszył przepisy art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie także przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązujące zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że opisany czyn stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy. Odpowiedzialność za powyższy czyn Komisja Orzekająca I instancji przypisała Obwinionemu, który działając w imieniu zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w (...) zawarł z wykonawcą wyłonionym w tym przetargu umowę w dniu 04.04.2011 r. i tym samym naruszył przepisy Prawa zamówień Publicznych. Zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, Obwiniony, będąc kierownikiem jednostki ponosi tę odpowiedzialność na podstawie art. 18 ust.1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 4 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Regionalna Komisja Orzekająca nie przychyliła się do wniosku obrońcy Obwinionego i nie skorzystała z art. 28 ustawy, albowiem nie uznała, iż stopień szkodliwości czynu, będącego przedmiotem postępowania, jest znikomy.

Skorzystała natomiast z przepisów art. 36 ust.1 ustawy i odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary.

W uzasadnieniu Komisja Orzekająca I instancji uznała bezspornie, że wartość elementów budowlanych opisanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 24.02.2011 r. jest znikoma w stosunku do wartości

przedmiotowego zamówienia publicznego. Poza tym Komisja Orzekająca I Instancji dała wiarę Obwinionemu, że przedmiotowe elementy budowlane są produktami powszechnie dostępnymi na rynku, stąd też uznała, że zachodzi niewielkie prawdopodobieństwo, iż przedmiotowe naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych utrudniło, czy też uniemożliwiło innym potencjalnym oferentom udział w tym postępowaniu. W tym zakresie Komisja Orzekająca I instancji wzięła także pod uwagę stanowisko Prezesa Zarządu Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w (...).

Pismem z 18 stycznia 2013 r. obrońca Obwinionego wniósł odwołanie od Orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej, w którym zaskarżył orzeczenie w punkcie 1 zarzucając bezpodstawne uznanie (...) za winnego czynu określonego w art.17 ust.1 pkt 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym od 11.02.2012 r. – podczas gdy obowiązujące w dniu 24.02.2011 brzmienie art.17 ust.1 pkt.1 ustawy – nie penalizowało czynu zarzuconego Obwinionemu - sformułowanego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych we wniosku z 9.11.2012 r.

Obrońca wniósł o uniewinnienie (...) od przypisanego mu czynu, który nie był czynem karalnym w dniu 24.02.2011 r.

W uzasadnieniu do odwołania obrońca wskazał, co podnosił także na rozprawie przed Komisją Orzekającą I instancji, że treść art.17 ust.1 pkt.1 ustawy na dzień 24.02.2011 r. brzmiała następująco: „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych”. Jest zatem oczywistym i bezspornym, zdaniem obrońcy, że podpisując 25.02.2011 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia - Obwiniony nie wyczerpał znamion naruszenia cytowanego przepisu.

Dopiero od dnia 11.02.2012 r. weszła w życie nowelizacja treści art.17 ust.1 pkt.1 ustawy (ustawą z 19.08.2011r.- Dz. U. Nr 240 poz.1429) i nadała nową treść temu przepisowi: „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych:

1. opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (...).”

Obrońca za całkowicie błędne uznał stanowisko Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, podzielone przez Regionalną Komisję Orzekającą, że do czynu popełnionego

przez Obwinionego należy stosować ustawę nową, gdyż przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym sprzed ich nowelizacji nie są - zdaniem Rzecznika - względniejsze dla sprawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe obrońca wniósł o uniewinnienie Pana (...).

Główna Komisja Orzekająca biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowisko Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wyrażone na rozprawie w dniu 6 czerwca 2013 r. uznała, że odwołanie Pana (...) złożone przez jego obrońcę zasługuje na uwzględnienie.

Organy orzekające w sprawach naruszenia dyscypliny finansów publicznych działają na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Art. 24 ustawy określa normę intertemporalną, wskazującą, jaka ustawa ma zastosowanie w przypadku zmiany przepisów pomiędzy momentem popełnienia czynu zabronionego, a momentem orzekania. Zmiany te mogą mieć różnorodny charakter. Polegają one między innymi na wprowadzeniu do ustawy nowych znamion czynu zabronionego, dotychczas niekaranego lub usunięciu znamion czynu dotychczas podlegającego karze. W komentarzu do art. 24 ustawy Tomasz Robaczyński i Piotr Gryzka „Dyscyplina Finansów Publicznych – Komentarz” wyd. C. H. Beck 2006 r. stwierdzają, że cyt. (...) Szczególnie istotne w przypadku odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są jednak te zmiany, które polegają na zmianie ustawowych znamion czynu zabronionego w sytuacji, gdy OdpFinPublU odsyła do innych przepisów (w szczególności dotyczy to naruszeń związanych z nieprawidłowościami przy udzielaniu zamówień publicznych). Należy uznać w takim przypadku, iż każda zmiana przepisów, do których OdpFinPublU odsyła, stanowi zmianę znamion czynu zabronionego. Przepisy te określają bowiem powinność określonego zachowania się i jedynie na ich podstawie ocenić można, czy norma prawna została w danym przypadku naruszona”. Dalej autorzy wyjaśniają cyt. „(...) Przy ustalaniu, która z ustaw jest względniejsza dla sprawcy, należy brać pod uwagę okoliczności dotyczące konkretnego czynu i konkretnego sprawcy. Wyboru ustaw nie można zatem dokonywać w odniesieniu do abstrakcyjnej sytuacji, jedynie na podstawie samej oceny przepisów”.

Mając powyższe na uwadze Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że w tej konkretnej sprawie zabrakło wnikliwej analizy zarzucanego Obwinionemu czynu

zabronionego zarówno ze strony Rzecznika, jak i Regionalnej Komisji Orzekającej, która bezkrytycznie przyjęła kwalifikację czynu z wniosku o ukaranie.

Zarówno, we wniosku o ukaranie, jak i tym bardziej w skarżonym orzeczeniu Regionalnej Komisji Orzekającej brak uzasadnienia do stwierdzenia, iż ustawa w brzmieniu z dnia popełnienia zarzucanego czynu nie jest korzystniejsza dla sprawcy, Komisja Orzekająca I instancji, ograniczyła się jedynie do przywołania w sentencji orzeczenia do stwierdzenia, iż orzeka na podstawie między innymi art. 24 ust. 1 ustawy. Nie uzasadniła na jakiej podstawie i z jakich powodów orzekała na podstawie ustawy w brzmieniu nie obowiązującym w momencie popełnienia czynu zabronionego.

Trudno zatem nie zgodzić się ze stanowiskiem Obrońcy, że Obwiniony podpisując specyfikację istotnych warunków zamówienia w dniu 24 lutego 2011 r. nie wyczerpał znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art.17 ust.1 pkt. 1 ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 19.08.2011 r. Zmieniona treść art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy obowiązuje dopiero od 11.02.2012 r., nie ma więc zastosowania do czynów popełnionych przed tym terminem. Zatem czyn zarzucony Obwinionemu w dniu jego popełnienia, tj. 24.02.2011 r. nie był naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Mając powyższe na uwadze GKO orzekła, że skoro Obwiniony nie popełnił czynu zabronionego uprawnionym jest jego uniewinnienie.