



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 26 czerwca 2017 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Bogdan Artymowicz
	<i>Członek GKO:</i>	Ireneusz Piasecki (<i>spr.</i>)
Protokolant:		<i>Anna Jedlińska</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**,
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2017 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 20 stycznia 2017 r., sygn. akt: RKO-522/36/16, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...) - odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż działając jako osoba odpowiedzialna z tytułu pełnienia funkcji kierownika zamawiającego, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 18 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, poprzez podpisanie w dniu 18 marca 2015 r. pisma znak: IR. 271.2.2015 do (X) (karty nr 60-61 i nr 12) zdecydował o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „- Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy (...) z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, - Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy (...) z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, - Prowadzenie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz ich zagospodarowanie” ze wskazaniem na art. 24 ust. 2 pkt 12 (a brzmieniu przepisu obowiązującego w dacie popełnienia naruszenia odpowiednio art. 24 ust.2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wymagający wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – mimo, iż nie zachodziły przesłanki do zastosowania tego przepisu.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 23 lutego 2014 r. (tak widnieje na dokumencie) znak: IR. 271.2.2015 zamawiający, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia określonych w dziale I pkt 5 specyfikacji, wymagał m.in. w dziale I pkt 6.1.7 dowodów dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych – zamieszczając treść wyżej powołanego przepisu ustawy i dodając (cyt): „Zobowiązanie to należy przedłożyć w formie pisemnej tj. w oryginale lub kopii poświadczonej przez notariusza. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. W celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda od Wykonawców przedstawienia dokumentów dotyczących:

- zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”

Wykonawca (X) na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, przedłożył wraz z ofertą „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych”, wydane przez (Y). Wykonawca

załączył również do oferty oświadczenie (Y), że firma ta nie wycofa referencji udzielonych firmie (X), aż do czasu zakończenia postępowania przetargowego w przedmiocie usług określonych na wstępie, a w przypadku wygrania tego postępowania przez firmę (X), również w trakcie jego realizacji.

Na wezwanie Zamawiającego skierowane pismem z dnia 4 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015, wykonawca (X) przedłożył za pismem z dnia 11 marca 2015 r. m.in. „Wykaz usług stanowiących przedmiot zamówienia”, w którym wykazał cztery zamówienia w przedmiocie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - dwa wykonane na rzecz Gminy (...), jedno wykonane i jedno aktualnie wykonywane na rzecz Gminy (...), oraz referencje z obu ww. gmin. Wydając referencje w piśmie z dnia 25 lutego 2015 r. Wójt Gminy (...) zaświadczył o należyтым wykonywaniu usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przez firmę (Y) występującą jako lider firm: 1. (Y) – 50%, 2. Przedsiębiorstwo Usług (Z) – 50%. Z ww. dokumentów wynika jednocześnie, że podmiot udostępniający wykonawcy ubiegającemu się o przedmiotowe zamówienie zasoby doświadczenia, realizuje usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy (...) od dnia 1 lipca 2013 r. i nadal, jako lider konsorcjum dwóch firm. Na kolejne wezwanie Zamawiającego z dnia 12 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015, (X) przedłożył za pismem z dnia 17 marca 2015 r. oryginał umowy konsorcjum do wglądu wraz z oświadczeniem (Y), że firma ta nie wycofa się z udzielonych referencji do końca realizacji zamówienia.

Zamawiający w piśmie do wykonawcy (X) z dnia 18 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015 informującym o jego wykluczeniu z postępowania stwierdził m.in., że z przedłożonej przez wykonawcę umowy konsorcjum (firm: (Y) - występującej jako lider i Przedsiębiorstwa Usług (Z) – występującego jako partner), nie wynika, iż „(...) lider konsorcjum jest upoważniony do przekazania do dyspozycji osobom trzecim wiedzy i doświadczenia zdobytego razem.”, oraz że z pisma Przedsiębiorstwa Usług (Z) przesłanego faksem wynika, iż „(...) jako konsorcjum nie udostępnili wiedzy i doświadczenia innym podmiotom, ani też nie upoważnili konsorcjanta do takiego udostępnienia.” Wykluczając wykonawcę (X) z postępowania i zarazem odrzucając jego ofertę oznaczoną nr 3 na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Zamawiający uzasadnił swą decyzję w tym przedmiocie niewykazaniem przez ww. wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec niedokonania żądanego uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Analiza dokumentów zgromadzonych w sprawie wykazuje, że przedłożone przez (X), dowody dysponowania przez tego wykonawcę zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, polegającego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych na zdolnościach innego podmiotu, przedstawione w załączeniu do oferty oraz dosłane w realizacji pisma Zamawiającego do ww. wykonawcy z dnia 4 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015, należy uznać za wystarczające wobec wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia a jednocześnie zgodne z przepisami art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych i § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Wymaganie przedłożenia dodatkowych dokumentów określonych w piśmie Zamawiającego z dnia 12 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015 (umowy konsorcjum i oświadczenia firmy (Y)), stało w sprzeczności z przepisami art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 6 pkt 2 wyżej powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., zgodnie z którym Zamawiający może żądać dokumentów określonych w rozporządzeniu w celu oceny, czy wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, będzie dysponował zasobami tego podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Przy czym oświadczenie (Y), że firma ta nie wycofa się z udzielonych referencji do końca realizacji zamówienia, wynikało już z dokumentu złożonego uprzednio wraz z ofertą. Nie znajduje jednocześnie uzasadnienia prawnego oczekiwanie Zamawiającego, że z umowy konsorcjum winno wynikać upoważnienie dla lidera konsorcjum do przekazania do dyspozycji osobom trzecim wiedzy i doświadczenia zdobytego razem przez konsorcjantów, a jednocześnie brak odpowiedniego postanowienia w tym przedmiocie nie może być argumentem do stwierdzenia niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu i do jego wykluczenia z postępowania. Członkowi konsorcjum przysługuje bowiem uprawnienie do wykazania się doświadczeniem w realizacji określonego rodzaju zamówienia, które zostało zrealizowane w ramach konsorcjum z innym podmiotem, nawet gdy członek tylko w pewnym zakresie rzeczowym uczestniczył w realizacji tego zamówienia. Biorąc pod uwagę solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, określoną w art. 141 ustawy - Prawo zamówień publicznych, należy uwzględnić w stosunku do poszczególnych członków konsorcjum doświadczenie zdobyte w trakcie jego realizacji. Wobec powyższego nie są wymagane żadne

dodatkowe czynności któregokolwiek z członków konsorcjum zezwalające drugiemu konsorcjantowi na legitymowanie się tak zdobytym doświadczeniem.

Wykluczenie z postępowania wykonawcy, który wykazał w sposób wystarczający i zgodny z obowiązującymi przepisami spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie 24 ust. 2 pkt 12 (a w stanie prawnym obowiązującym w dacie popełnienia naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Naruszenie wymienionego przepisu miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż cena oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania była najniższa, co wobec kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 23 lutego 2014 r. znak: IR. 271.2.2015 (jedyne kryterium – cena) oznaczało, iż oferta ta winna być wybrana jako najkorzystniejsza i stanowić podstawę udzielenia zamówienia publicznego poprzez zawarcie umowy z wykonawcą

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 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 z późn. zm.) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

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

Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych I instancji, pismem z dnia 1 lutego 2016r. znak; WK-5100-34/16 złożył działający z upoważnienia Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie

Naczelnik Wydziału Kontroli Gospodarki Finansowej RIO w Krakowie wskazując, iż w Gminie (...) w toku prowadzenia kontroli kompleksowej gospodarki finansowej tej jednostki doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego 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 z późn. zm.) – zwanej dalej uondfp,. Na wniosek Rzecznika Gmina (...) przedłożyła dokumenty niezbędne dla wyjaśnienia sprawy.

Postanowieniem z dnia 12 maja 2016r. RDFP-510/9/16 Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej – Zastępca Rzecznika) wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie.

Zastępca Rzecznika skierował do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (dalej także – RKO), wniosek o ukaranie Pana (...), pismem z dnia 31 maja 2016 r., sygn. RDFP-510/9/16. Przewodniczący RKO w dniu 15 czerwca 2016 r. zarządził doręczenie odpisu wniosku o ukaranie, a następnie wyznaczył termin rozprawy i skład orzekający.

Przeprowadzono rozprawę w trzech terminach dla rozpatrzenia wniosku o ukaranie odpowiednio w dniu 5 sierpnia 2016 r., na której Przewodnicząca Składu pouczyła Obrońcę Obwinionego o treści przepisu art. 131 uondfp oraz w dniu 28 października 2016 r. i 20 stycznia 2017 r.

Na rozprawie w dniu 20 stycznia 2017 r. stawił się Zastępca Rzecznika, oraz Obwiniony wraz z ustanowionym Obrońcą. Przeprowadzono postępowanie dowodowe, strony nie wniosły o jego uzupełnienie. Zastępca Rzecznika podtrzymał wniosek o wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia. Obwiniony i jego Obrońca wniosli o umorzenie postępowania.

Regionalna Komisja Orzekająca w wyniku rozpatrzenia sprawy, opierając się na materiałach zgromadzonych w sprawie, tj.: w oparciu o wskazane we wniosku o ukaranie dowody z dokumentów oraz prawidłową informację z rejestru GKO i wyjaśnienia Obwinionego złożone Zastępcy Rzecznika, ustaliła następujący stan faktyczny i prawny sprawy.

We wniosku o ukaranie Obwinionemu (...) postawiono zarzut dotyczący naruszenia dyscypliny finansów publicznych określony w art. 17 ust. 1c uondfp. Przepis ten uznaje za czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych działanie polegające na naruszeniu 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 (*treść przepisu jaka obowiązywała w dacie popełnienia naruszenia*). Przepis ten po nowelizacji ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązującej od dnia 28 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016r. poz. 1010) uległ nieznacznej modyfikacji, która nie wpływa jednak na ustawowy opis znamion deliktu dyscyplinarnego. W dacie orzekania przepis art. 17 ust. 1c ustawy stanowił, że *naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, 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*.

Dla dokonania prawidłowej oceny prawnej rozpoznawanej sprawy należy dokonać kwalifikacji prawnej zarzucanego Obwinionemu czynu, jako penalizowanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w celu ustalenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zarzuty postawione we wniosku o ukaranie, podlegają ocenie prawnej w odniesieniu do przepisów - ustawy z dnia 27 sierpnia 2013 r. o finansach publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 885); ustawy z dnia 17 sierpnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.(tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164).

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Przy orzekaniu zastosowano obowiązujące w dacie orzekania przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.).

O zmianie kwalifikacji czynu jedynie w zakresie zmiany treści art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, który uległ następującej nowelizacji z dniem 28 lipca 2016 r. Brzmienie przepisu art. 17 ust. 1c obowiązujące w dacie wskazanej na dzień popełnienia naruszenia było następujące; *„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”, a który w dacie orzekania miał następujące brzmienie: ”1c. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, 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.” - Obwiniony został poinformowany zgodnie z treścią art. 131 uodnfp.

Również w zakresie zmiany przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, którego naruszenie jest zarzucane Obwinionemu, a który to przepis w dacie popełnienia czynu miał następujące brzmienie: „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”, a w dacie orzekania obowiązywała już zmieniona przez ustawodawcę jednostka redakcyjna tego przepisu i otrzymał on następujące brzmienie oraz oznaczenie redakcyjne: „art. 24 ust. 1 pkt 12 postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;”. O wskazanych zmianach Obwiniony został poinformowany na rozprawie.

Jak wykazano wyżej w dacie orzekania obowiązywały przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w wersji znowelizowanej, ustalonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. Analiza treści znowelizowanych przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i ustawy - Prawo zamówień publicznych wykazała, że w zakresie niezbędnym do orzekania w sprawie zarzutu postanowionego we wniosku o ukaranie przepisy wymienionych ustaw uległy zmianie, ale RKO stwierdziła, że przepisy obowiązujące w dacie popełnienia naruszenia nie są względniejsze dla Obwinionego i zastosowała przepisy w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania.

Prawidłowa kwalifikacja prawna czynu przypisanego Obwinionemu, opisanego we wniosku o ukaranie wymaga, w ocenie RKO, dokonania analizy treści przepisu art. 17 ust. 1c uodnfp w powiązaniu z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 26 ust. 2 b ustawy - Prawo zamówień

publicznych. Art.17 ust. 1c uoondfp statuuje odpowiedzialność dyscyplinarną sprawcy za naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, w taki sposób, że miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że w postępowaniu nie może brać udziału wykonawca, który albo nie przedłożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał bowiem, że spełnia warunki i nie dostarczył informacji pozwalających na weryfikację spełnienia warunków. Ponadto wykonawca, który wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jednakże jak wynika z nich nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej, lub ekonomicznej, w zależności od tego jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika, że wykonawca nie byłby zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma obowiązek wskazania oświadczeń i dokumentów, jakich żąda na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – odpowiednio art. 25 i art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Obowiązujący w czasie prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego w art. 26 ust. 2b stanowił, że *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.* Co oznaczało, że przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych umożliwiają wykonawcy wykazanie w procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innych podmiotów w zakresie, w jakim wymaga tego zamawiający, w danym postępowaniu między innymi, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tzn. może przedstawić wymagane w tym zakresie doświadczenie innego podmiotu. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy.

Na podstawie zgromadzonych w aktach sprawy materiałów dowodowych ujawnionych na rozprawie RKO ustaliła, że w Gminie (...) w dniu 23 lutego 2015 r., zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.:

- „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy (...) z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, - Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy (...) z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy,
- prowadzenie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz ich zagospodarowanie”. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 23 lutego 2014 r. (*tak widnieje na dokumencie*) znak: IR. 271.2.2015 zamawiający, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia określonych w dziale I pkt 5 specyfikacji, wymagał m.in. w dziale I pkt 6.1.7 dowodów dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych – zamieszczając treść wyżej powołanego przepisu ustawy i dodając (cyt.): *„Zobowiązanie to należy przedłożyć w formie pisemnej tj. w oryginale lub kopii poświadczonej przez notariusza. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. W celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda od Wykonawców przedstawienia dokumentów dotyczących: -zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, -charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, - zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”* W terminie do 3 marca 2015 r. wyznaczonym do złożenia ofert w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wpłynęły trzy oferty. Wykonawca (X), którego oferta została oznaczona nr 3, na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, przedłożył wraz z ofertą „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zgodnie

z art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych”, wydane przez (Y),(S). Ww. wykonawca ubiegający się o zamówienie załączył również do oferty m.in.: oświadczenie (Y), że firma ta nie wycofa referencji udzielonych firmie (X), aż do czasu zakończenia postępowania przetargowego w przedmiocie usług określonych na wstępie, a w przypadku wygrania tego postępowania przez firmę (X), również w trakcie jego realizacji.

Zamawiający skierował do wykonawcy pismo z dnia 4 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015, wykonawca (X), na to wezwanie przedłożył za pismem z dnia 11 marca 2015 r. m.in. „Wykaz usług stanowiących przedmiot zamówienia”, w którym wykazał cztery zamówienia w przedmiocie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - dwa wykonane na rzecz Gminy (...), jedno wykonane i jedno aktualnie wykonywane na rzecz Gminy (...), oraz referencje z obu ww. Gmin. Wydając referencje w piśmie z dnia 25 lutego 2015 r. Wójt Gminy (...) zaświadczył o należyтым wykonywaniu usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przez firmę (Y), występującą jako lider firm:

- 1) (Y) – 50%,
- 2) Przedsiębiorstwo Usług (Z) – 50%.

Z ww. dokumentów wynika jednocześnie, że podmiot udostępniający wykonawcy ubiegającemu się o przedmiotowe zamówienie zasoby doświadczenia, realizuje usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy (...) od dnia 1 lipca 2013 r. i nadal, jako lider konsorcjum dwóch firm. Na kolejne wezwanie Zamawiającego z dnia 12 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015, (X) przedłożył za pismem z dnia 17 marca 2015 r. oryginał umowy konsorcjum do wglądu wraz z oświadczeniem (Y), że firma ta nie wycofa się z udzielonych referencji do końca realizacji zamówienia.

Zamawiający w piśmie skierowanym do wykonawcy (X), w dniu 18 marca 2015 r., znak: IR.271.2.2015 informującym o jego wykluczeniu z postępowania stwierdził, że z przedłożonej przez wykonawcę umowy konsorcjum (firm: (Y), - występującej jako lider i Przedsiębiorstwa Usług (Z) – występującego jako partner), nie wynika, iż „(...) lider konsorcjum jest upoważniony do przekazania do dyspozycji osobom trzecim wiedzy i doświadczenia zdobytego razem.” oraz, że z pisma Przedsiębiorstwa Usług (Z) przesłanego faksem wynika, iż „(...) jako konsorcjum nie udostępnili wiedzy i doświadczenia innym podmiotom, ani też nie upoważnili konsorcjanta do takiego udostępnienia.”

Dlatego wykluczono wykonawcę (X) z postępowania i odrzucono jego ofertę oznaczoną nr 3 na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uzasadnił swą decyzję w tym przedmiocie niewykazaniem przez

ww. wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec niedokonania żądanego uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Analiza dokumentów zgromadzonych w sprawie wykazuje, że przedłożone przez (X) dowody dysponowania przez tego wykonawcę zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, polegającego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych na zdolnościach innego podmiotu, przedstawione w załączeniu do oferty oraz dosłane w realizacji pisma Zamawiającego do ww. wykonawcy z dnia 4 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015, należy uznać za wystarczające wobec wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia a jednocześnie zgodne z przepisami art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych i § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Wymaganie przedłożenia dodatkowych dokumentów określonych w piśmie Zamawiającego z dnia 12 marca 2015 r. znak: IR. 271.2.2015 (umowy konsorcjum i oświadczenia firmy (Y)), stało w sprzeczności z przepisami art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 6 pkt 2 wyżej powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., zgodnie z którym Zamawiający może żądać dokumentów określonych w rozporządzeniu w celu oceny, czy wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, będzie dysponował zasobami tego podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Przy czym oświadczenie (Y), że firma ta nie wycofa się z udzielonych referencji do końca realizacji zamówienia, wynikało już z dokumentu złożonego uprzednio wraz z ofertą. Nie znajduje jednocześnie uzasadnienia prawnego oczekiwanie Zamawiającego, że z umowy konsorcjum winno wynikać upoważnienie dla lidera konsorcjum do przekazania do dyspozycji osobom trzecim wiedzy i doświadczenia zdobytego razem przez konsorcjantów, a jednocześnie brak odpowiedniego postanowienia w tym przedmiocie nie może być argumentem do stwierdzenia niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu i do jego wykluczenia z postępowania. Członkowi konsorcjum przysługuje bowiem uprawnienie do wykazania się doświadczeniem w realizacji określonego rodzaju zamówienia, które zostało zrealizowane w ramach konsorcjum z innym podmiotem, nawet gdy członek tylko w pewnym zakresie rzeczowym uczestniczył w realizacji tego zamówienia. Biorąc pod uwagę solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, określoną w art. 141 ustawy - Prawo zamówień publicznych, należy uwzględnić w stosunku do poszczególnych

członków konsorcjum doświadczenie zdobyte w trakcie jego realizacji. Wobec powyższego nie są wymagane żadne dodatkowe czynności któregokolwiek z członków konsorcjum zezwalające drugiemu konsorcjantowi na legitymowanie się tak zdobytym doświadczeniem.

Wykluczenie z postępowania wykonawcy, który wykazał w sposób wystarczający i zgodny z obowiązującymi przepisami spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie 24 ust. 2 pkt 12 (a w stanie prawnym obowiązującym w dacie popełnienia naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Naruszenie wymienionego przepisu miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż cena oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania była najniższa, co wobec kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 23 lutego 2014 r. znak: IR. 271.2.2015 (jedyne kryterium – cena) oznaczało, iż oferta ta winna być wybrana jako najkorzystniejsza i stanowić podstawę udzielenia zamówienia publicznego poprzez zawarcie umowy z wykonawcą.

Naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 (art. 24 ust. 2 pkt 4 w poprzednim stanie prawnym) ustawy - Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania, gdyż cena oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania - (X) była najniższą ceną, co wobec kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 23 lutego 2014 r. *(tak widnieje na dokumencie)* znak: IR. 271.2.2015 (jedyne kryterium – cena) oznaczało, iż oferta ta winna być wybrana jako najkorzystniejsza i stanowić podstawę udzielenia zamówienia publicznego poprzez zawarcie umowy z wykonawcą. Wobec powyższego należy uznać, że w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez popełnienie czynu sankcjonowanego art. 17 ust. 1c uoondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, 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.

Odpowiedzialność (...) z tytułu określonej wyżej nieprawidłowości wynika z faktu, iż podpisując w dniu 18 marca 2015 r. pismo znak: IR. 271.2.2015 do (X) zdecydował o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr IR. 271.2.2015, co skutkowało jednocześnie odrzuceniem jego oferty oznaczonej nr 3 na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 2 (odpowiednio art. 24 ust. 1 pkt 12) i art. 89

ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych - mimo, iż wykonawca ten wykazał w sposób wystarczający i zgodny z obowiązującymi przepisami spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zatem jego oferta jako najkorzystniejsza winna stanowić podstawę udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego.

W ustalonym stanie faktycznym nie ulega wątpliwości, że (...) decydując o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy (X), w następstwie czego wybrano kolejną ofertę najkorzystniejszą i zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego wpłynął na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „- Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy (...) z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, - Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy (...) z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, - Prowadzenie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz ich zagospodarowanie” i ponosi z tego tytułu odpowiedzialność jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych a jednocześnie zgodnie z art. 18 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jako kierownik Zamawiającego.

Analizując stronę podmiotową RKO ustaliła, iż (...) ponosi odpowiedzialność jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 uoandfp, bowiem, od dnia 9 grudnia 2014 r. pełni funkcję Wójta Gminy (...) i na podstawie art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, który stanowi, że kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki, a zatem również za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Rozpatrując postawione zarzuty naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1c uoandfp, RKO stwierdziła, co następuje.

Analiza przesłanek statuujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 17 ust. 1c uoandfp, 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 RKO jest ustalenie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych. RKO bez wątpliwości ustaliła, że Obwiniony dopuścił się naruszenia tych przepisów ustawy -

Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 (odpowiednio w czasie popełnienia czynu art. 24 ust. 4 pkt 2) ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jest przy tym bezsporne, że Obwiniony zdecydował o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie wskazanego przepisu ustawy, co skutkowało jednocześnie odrzuceniem jego oferty na podstawie obowiązującego w dacie popełnienia czynu określonego w art. 24 ust 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, mimo, iż wykonawca ten wykazał w sposób wystarczający i zgodny z obowiązującymi przepisami spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zatem jego oferta jako najkorzystniejsza winna stanowić podstawę udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego. W realiach ustalonego stanu faktycznego działanie Obwinionego miało realny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wybrano kolejnego wykonawcę (a zaznaczyć należy, że w tym postępowaniu złożono i badano oraz oceniano trzy oferty), który złożył ofertę z kolejną najniższą ceną (drugiego w rankingu) i Obwiniony zawarł z tym wykonawcą - firmą Przedsiębiorstwo Usług (Z) w dniu 1 kwietnia 2015 r. umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca ten, to ta sama firma, która w piśmie z dnia 17 marca 2015 r. skierowanym do Gminy (...) poinformowała, że nie udostępniała wiedzy i doświadczenia innym podmiotom w tym swojemu Konsorcjantowi (w *realizacji innego zamówienia w innej jednostce*) – firmie (Y), zatem ten wykonawca nie mógł udostępnić tego doświadczenia firmie (X).

Rozpatrując stopień zawinienia RKO stwierdziła, że podstawową zasadą odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest zasada wynikająca z art. 19 ust. 1 uoondfp, zgodnie z którą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony ustawą obowiązującą w czasie jego popełnienia. Nie można zatem pociągnąć do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych osoby, której działanie lub zaniechanie nie stanowiło takiego naruszenia w świetle przepisów obowiązujących w czasie takiego działania lub zaniechania. RKO musiała rozstrzygnąć, czy Obwiniony miał możliwość innego zachowania, które nie spowodowałoby naruszenia dyscypliny finansów publicznych. RKO stwierdziła, że w zakresie objętym wnioskiem o ukaranie i przypisanych Obwinionemu naruszeń prawa można uznać Jego zawinione działanie. Jeżeli, jako winę rozumie się nie zachowanie się zgodnie z obowiązującą normą prawną w wypadku, gdy możliwość zgodnego z tą normą zachowania była, to w tym przypadku taka możliwość istniała. RKO stwierdziła, że przepisy obowiązujące tak w dacie popełnienia czynów, jak

orzekania, nie przewidywały możliwości uwolnienia od odpowiedzialności za popełnione czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych z powodów podnoszonych przez Obwinionego. W istocie Obwiniony nie dochował, mimo składanych zapewnień, staranności w prowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne, ponieważ zostało przeprowadzone w taki sposób, że wykonawca, który wykazał poprzez złożone dokumenty i oświadczenia – w zakresie, w jakim wymagał tego Zamawiający – został bezpodstawnie z tego postępowania wykluczony, co pozbawiło go możliwości realizacji tego zamówienia publicznego. Zaistniała sytuacja posługiwania się przez Wykonawcę dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazaniem polegania w tym zakresie na zasobach innych podmiotów, nie jest w postępowaniach regulowanych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych niczym nadzwyczajnym i szczególnym, wręcz odwrotnie poprzez taką regulację - odpowiednio art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych (obecnie obowiązujący przepis - art. 22a i art. 25a ust. 3) - ustawodawca chce promować udzielanie zamówień średnim i małym podmiotom (przedsiębiorcom) oraz przedsiębiorcom nowo utworzonym, czy krótko działającym na rynku, które z braku takiej możliwości (przepisów prawa) nigdy lub rzadko mogłyby wejść na rynek usług opłacanych ze środków publicznych. Wykazany stan faktyczny i sposób działania Obwinionego świadczą o niedochowaniu staranności, która powinna być wymagana od osób pełniących tak istotną funkcję – Kierownika w jednostce sektora finansów publicznych. Wykazany w materiale dowodowym sposób działania w jednoznaczny sposób świadczy o niedochowaniu staranności, która jest wymagana od osób pełniących funkcję kierownika, a składane wyjaśnienia wskazują, iż błędnie były analizowane przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, które miały zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż niezgodnie z prawem art. 24 ust. 1 pkt 12 (odpowiednio art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy - Prawo zamówień publicznych wykluczono z postępowania wykonawcę, który spełniał warunki udziału w postępowaniu i zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta nie była najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Działanie Obwinionego, jako kierownika wpłynęło na wynik postępowania podjął bowiem decyzję o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania mimo, iż nie wystąpiły przesłanki warunkujące zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 (odpowiednio art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy - Prawo zamówień publicznych i zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z kolejnym wykonawcą, pozbawiając w ten sposób, z naruszeniem prawa Wykluczonego wykonawcę możliwości zawarcia umowy.

RKO podzieliła pogląd Rzecznika wyrażony we wniosku o ukaranie w zakresie wymierzenia kary upomnienia. Sprawstwo Obwinionego w tym zakresie nie budzi wątpliwości, gdyż to na Obwinionym jako kierowniku jednostki sektora finansów publicznych i Zamawiającym ciążyą liczne obowiązki z zakresu udzielania zamówień publicznych określonych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dlatego RKO zważyła charakter popełnionego czynu, uznając odpowiedzialność (...) za wskazany w orzeczeniu czyn stanowiący naruszenia dyscypliny finansów publicznych, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 i art. 35 uodnfp i wymierzyła Obwinianemu karę upomnienia biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych. RKO uznała, że kara upomnienia jest adekwatna do popełnionego deliktu dyscyplinarnego oraz, że wymierzona kara wywrze swój skutek wychowawczy i prewencyjny.

Z uwagi na przypisaną Obwinionemu odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych działając na podstawie art. 167 ust. 1 uodnfp, który stanowi, że każdy uznany odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów ponosi koszty postępowania na rzecz Skarbu Państwa, orzeczono o kosztach postępowania w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia.

Działając imieniem Obwinionego (...), radca prawny (...) wniósł odwołanie z dnia 27 lutego 2017 r. od orzeczenia RKO z dnia 20 stycznia 2017 r. sygn. akt: RKO 522/36/16, wniósł o jego zmianę poprzez uniewinnienie (...) od zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Przedmiotowemu orzeczeniu zarzucił :

- 1) naruszenie art. 17 ust. 1 c uodnfp, poprzez przyjęcie, iż nastąpiły okoliczności wskazujące na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sposób opisany przedmiotowym przepisem,
 - 2) naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 12 a w brzmieniu przepisu w dacie popełnienia naruszenia odpowiednio art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwą interpretację i przyjęcie, iż w stanie faktycznym sprawy Wójt Gminy (...) nie miał uprawnień do wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przez to dopuścił się czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych
- uzasadniając powyższe w następujący sposób.

W przedmiotowym postępowaniu istota problemu sprowadza się de facto do ustalenia, czy w ramach prowadzonego - w Gminie (...), której Wójtem jest Obwiniony - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do zdarzenia opisanego art. 17 ust. 1 c uoofp. Przepis ten jest przepisem uzupełniającym w stosunku do art. 17 ust. 1 a 1b uoofp. Przepis ten określa takie przypadki naruszenia ustawy - Prawo zamówień publicznych, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a nie są opisane w pozostałych przepisach. Zwrócić uwagę należy iż organ orzekający w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych winien zdefiniować owo naruszenie, wyjaśnić na czym owo naruszenie polegało, określić istnienie znamion czynu zdefiniowanego w tym przepisie i wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy owym naruszeniem a wynikiem postępowania. Wspomniany związek przyczynowo skutkowy winien określać relację - zdarzenie - wpływ na wynik postępowania. Pobieźnie oceniając można przychylić się do poglądu RKO orzekającej iż wykluczenie jednego z oferentów mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż istotnie dokonano wyboru innej oferty. Z takim poglądem jednak nie można się zgodzić. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. W myśl aktualnej definicji określonej w art. 2 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przez pojęcie najkorzystniejszej oferty należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie zamawiający jak uznała RKO orzekając miał prawo żądać od oferentów dodatkowych dokumentów, które pozwalałyby na dokonanie właśnie owego bilansu ceny i innych kryteriów. Jednym z nich - bardzo ważnym - było posiadanie odpowiednich referencji na podstawie, których można było uznać, iż oferent daje faktyczną rękojmię należytego wykonania usługi. W świetle dyspozycji art. 25 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający może pozyskiwać oświadczenia i dokumenty niezbędne do prowadzenia postępowania, co zapewnić ma zamawiającemu niezbędną wiedzę na temat możliwości ewentualnego wykonawcy. Zamawiający musi mieć wiedzę pozwalającą przyjąć ryzyko wykonania usługi i skutków jego niewykonania bądź niewłaściwego wykonania. Te okoliczności służą właśnie do sporządzenia owego bilansu, który ma umożliwić odpowiedzialny wybór oferenta i najkorzystniejszej oferty. Stąd nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, iż brak wykluczenia wykonawcy (X) oznaczałby wybór właśnie jego oferty. RKO nie określiła związku przyczynowego, właśnie pomiędzy wykluczeniem oferenta a wyborem innej oferty. Zdaniem odwołującego pominęła tezy i argumenty Obwinionego w zakresie konieczności i pozyskania żądanych dokumentów dla określenia najkorzystniejszej oferty. Nie ma tu automatyzmu w stwierdzeniu, iż oferta przedstawiająca najniższą ceną,

gdyby wykonawca nie został wykluczony, zostałaby wybrana. Gdyby zamawiający miał posługiwać się tylko tą prostą metodą wyboru żadne inne fakty, dokumenty, preferencje, doświadczenie nie miałyby znaczenia przy jednym kryterium ceny. Właśnie odejście od pojęcia najkorzystniejszej oferty, jako oferty najtańszej podyktowane było szeregiem przypadków, w których oferent z najniższą ceną nie był w stanie sprostać realizacji zamówienia. Tej okoliczności zamawiający pod kierownictwem Obwinionego chciał uniknąć.

Należy podkreślić, iż zgodnie z doktryną naruszeniem dyscypliny finansów publicznych nie będzie każde naruszenie ustawy - Prawo zamówień publicznych, ale tylko takie, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego niezbędne jest ustalenie:

- czy w toku postępowania naruszono przepisy zamówieniach publicznych,
- czy istnieje związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem a wynikiem postępowania,
- czy udzielono zamówienia publicznego.

Przesłanka wymieniona jako ostatnia nie budzi wątpliwości.

Natomiast rozstrzygnięcia określone punktach 1 i 2 takie wątpliwości muszą nasunąć. Skoro więc obie przesłanki nie są jednoznacznie stwierdzone - orzeczenie wydane na tej podstawie także obarczone jest wadą braku prawnej i faktycznej pewności rozstrzygnięcia. To z kolei winno działać na korzyść Obwinionego.

RKO zaniechała ustalenia związku przyczynowego. Nie wykazała, aby istniał związek pomiędzy wykluczeniem oferenta wyborem właściwego wykonawcy. Na pozór wydaje się taki związek oczywisty. Wykluczenie oferenta z najniższą ceną oznacza, iż wybór pada na oferenta, który zaoferował drugą najniższą cenę. Jednak analizując pojęcie oferty najkorzystniejszej wniosek taki wcale nie jest oczywisty. Jak podnosił Obwiniony podczas postępowania - ustalenie technicznych możliwości wykonania zamówienia, ustalenie czy wykonawca ma prawo używać zasobów innych podmiotów - dla oceny oferty miało kapitalne znaczenie. Spór więc w tym postępowaniu dotyczy ustalenia granic żądania określonych dokumentów przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Organ nie wyjaśnił dlaczego żądanie Zamawiającego dotyczące referencji oraz przedstawienia zgody na dysponowanie zasobami naruszało przepisy o zamówieniach publicznych, a więc przekraczało owe granice żądania.

Aby dany czyn uznać za sprzeczny z prawem musi on nosić znamiona owej sprzeczności. Wykluczenie oferenta z postępowania samo w sobie takich znamion nie spełnia. Jedyne,

gdyby owo wykluczenie nastąpiło na podstawie okoliczności, które tego wykluczenia nie uzasadniają, wtedy dopiero możemy mówić o spełnieniu znamion czynu sprzecznego z prawem zmierzającego do naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Obowiązujący w czasie prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu potencjalnie technicznym osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych bądź ekonomicznych innych podmiotów. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie on dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Spór więc dotyczy samego spełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania tychże zasobów. Organ I instancji uznał, iż wykonawca w sposób wystarczający wykazał prawo dysponowania zasobami podczas, gdy z dokumentacji zebranej w sprawie wynika, iż oświadczenie żądane przez Zamawiającego nie zostało złożone w sposób skuteczny. Z umowy konsorcjum przedstawionej przez wykonawcę nie wynikało by lider konsorcjum był upoważniony do przekazania do dyspozycji osobom trzecim wiedzy i doświadczenia zdobytego razem. Ponadto w aktach sprawy znajduje się wyraźne oświadczenie, iż konsorcjum nie udostępniło wiedzy i doświadczenia innym podmiotom.

RKO uznała, iż przedłożona dokumentacja w sposób pełny wyczerpuje żądanie Zamawiającego i w obliczu tych wydarzeń Zamawiający nie miał prawa wykluczyć oferenta a skoro to uczynił, to naruszył w ten sposób ustawę - Prawo zamówień publicznych, w sposób, który miał istotne znaczenie dla wyniku postępowania, a więc dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zwrócić uwagę należy, że Zamawiający uznał, iż takich dyspozycji oferent nie otrzymał więc też nie mógł w sposób skuteczny tymi uprawnieniami dysponować, więc nie wykazał jednej z okoliczności uprawniającej do udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego lider konsorcjum nie miał uprawnień do działania z przekroczeniem zwykłego zarządu, a do takich czynności należy zaliczyć przeniesienie prawa do dysponowania zasobami. Dlatego też zbadać należy, czy istotnie lider konsorcjum posiadał takie prawo, czy też nie oraz czy doszło istotnie do skutecznego przekazania oferentowi tychże uprawnień.

W świetle powyższych wątpliwości, braku jednoznacznej oceny prawnej stanu faktycznego Obrońca wniósł o zmianę orzeczenia poprzez uniewinnienie (...) od stawianych mu zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych w sposób określony w art. 17 ust. 1c uodnfp.

Rozprawa przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej - GKO), z udziałem Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, odbyła się w dniu 26 czerwca 2017 r. Obwiniony i jego Obrońca, prawidłowo zawiadomieni, na rozprawę się nie stawili. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniosła o nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia RKO.

GKO po analizie materiału dowodowego oraz uwzględniając stanowisko Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych doszła do przekonania, że odwołanie na uwzględnienie nie zasługuje. W szczególności GKO zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności, kierując się normą art. 24 ust 1 uodnfp, należało ustalić według jakiego stanu prawnego GKO będzie orzekała. Analiza przepisów odnoszących się do przedmiotowej sprawy wskazuje, że należy stosować przepisy obowiązujące w czasie orzekania przed GKO, ponieważ przepisy ustaw obowiązujące od czasu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych do czasu orzekania przed GKO nie zmieniły się, co do swojej istoty. Tym samym nie można przyjąć, że stan prawny obowiązujący w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych był względniejszy dla Obwinionego, a tylko w takim przypadku można było ten stan przyjąć do orzekania w świetle ww. art. 24 ust 1 uodnfp. GKO podzieliła i uznała za słuszne rozważania i ustalenia RKO w tym zakresie.

Stan faktyczny sprawy opisany w uzasadnieniu orzeczenia RKO nie budzi wątpliwości GKO. Dowody są zgodne ze sobą, wzajemnie się uzupełniają i zasługują na przyznanie im wiarygodności. Nie budzi też wątpliwości GKO dokonana przez RKO analiza stanu prawnego, odpowiedzialności podmiotowej oraz winy. Wymierzona Obwinionemu kara upomnienia ma swoje oparcie w przepisach art. 33 uodnfp i spełnić powinna swoje cele w zakresie społecznego oddziaływania, zapobiegawczego i dyscyplinującego.

Odnosząc się do postawionych w odwołaniu zarzutów, GKO zważyła, że nie jest zasadny zarzut, że RKO nie określiła związku przyczynowego pomiędzy wykluczeniem oferenta a wyborem innej oferty oraz zarzut, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym stanowi art. 17 ust. 1c uoondfp, ponieważ RKO w uzasadnieniu orzeczenia słusznie stwierdziła: „Wykluczenie z postępowania wykonawcy, który wykazał w sposób wystarczający i zgodny z obowiązującymi przepisami spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie 24 ust. 2 pkt 12 (a w stanie prawnym obowiązującym w dacie popełnienia naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Naruszenie wymienionego przepisu miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż cena oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania była najniższa, co wobec kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 23 lutego 2014 r. znak: IR. 271.2.2015 (jedyne kryterium – cena) oznaczało, iż oferta ta winna być wybrana jako najkorzystniejsza i stanowić podstawę udzielenia zamówienia publicznego poprzez zawarcie umowy z wykonawcą.” GKO podzieliła ten pogląd RKO i przyjęła go jako kluczowy i jednoznacznie udowodniony w przedmiotowej sprawie.

Reasumując, zdaniem GKO, nie ma podstaw do uniewinnienia Obwinionego od przypisanego mu zarzutu, przypisanej odpowiedzialności i winy. Nie ma też podstaw do odstąpienia od wymierzenia kary. Nie ma też uzasadnienia do przekazywania sprawy do ponownego rozpoznania RKO, bo nie ma wątpliwości, co do żadnej kwestii szczegółowej, która wymagałaby wyjaśnienia (stan faktyczny, stan prawny, odpowiedzialność, wina, kara), do których to okoliczności RKO w sposób właściwy i wyczerpujący odniosła się w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.

Uwzględniając powyższe GKO orzekła, jak w sentencji orzeczenia.