



**ORZECZENIE**  
**GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH**  
**O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 18 stycznia 2016 r.

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

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

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2016 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 18 sierpnia 2015 r., sygn. akt: RKO-522/42/15, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...) - odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, „polegające na zatwierdzeniu w dniu 28 marca 2013 r. wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) na wykonanie zadania pn. „Remont dróg gminnych i rolniczych na terenie Gminy (...)”, w którym to postępowaniu doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych tj. art. 24 b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty oznaczone numerami 1, 2, 4, 5 i 6, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów o dokument wymagany

przepisem art. 26 ust. 2d ustawy, a jednocześnie nie wykluczył tych wykonawców z postępowania zgodnie z art. 24 b ust. 3 ustawy, mimo niespełnienia przez nich wyżej określonego wymogu. Naruszenie przepisu art. 24 b ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta nr 4 (...) - wykonawcy podlegającego wykluczeniu - została uznana za najkorzystniejszą i stanowiła podstawę udzielenia temu wykonawcy zamówienia publicznego umową nr (...) z dnia 9 kwietnia 2013 r.”

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł,

**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 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie.**

**Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

**Uzasadnienie**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (zwanej dalej także „RKO”) w dniu 18 sierpnia 2015 r., działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) – zwana dalej „uondfp”, rozpatrzyła sprawę przeciwko (...) - pełniącemu w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...). W wyniku rozpatrzenia sprawy, opierając się na materiałach zgromadzonych w toku postępowania, RKO ustaliła, że (...) zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, odpowiedzialność ponosi jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych.

Komisja I instancji wskazała, że mając na względzie dyspozycję art. 24 uondfp, wobec braku zmiany stanu prawnego w zakresie wskazanym we wniosku o ukaranie w czasie orzekania o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, w stosunku do stanu z dnia popełnienia naruszenia, bezprzedmiotowe stało się ustalanie przepisów względniejszych.

RKO ustaliła, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że Gmina (...) prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) na wykonanie zadania pn. „Remont dróg gminnych i rolniczych na terenie Gminy (...)”. W przedmiotowym postępowaniu swoje oferty złożyło 6 wykonawców, m.in. wykonawca (...) S.A. Komisja ustaliła również, iż wykonawca ten wraz z ofertą nie złożył wymaganej przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp” listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Zgodnie z protokołem postępowania, Zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do złożenia dokumentów, nie wykluczył w przedmiotowym postępowaniu żadnego z wykonawców, ani nie odrzucił żadnej z ofert. W dniu 28 marca 2013 r., Zamawiający poinformował o wynikach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując jako najkorzystniejszą ofertę (...). Zawiadomienie o wyniku postępowania, przekazane wykonawcom zostało podpisane przez Burmistrza Miasta i Gminy (...) - (...). W dniu 9 kwietnia 2013 r. Obwiniony zawarł z wybranym wykonawcą umowę nr ZP 2/2013.

RKO odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych wskazała, że zgodnie z art. 24b ust. 3 Pzp, Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d Pzp. Niewątpliwie w przypadku braku złożenia wraz z ofertą, czy to listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, czy informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, Zamawiający zobowiązany jest - w myśl art. 26 ust. 3 Pzp - do wezwania wykonawcy do uzupełnienia takich dokumentów, a w przypadku ich braku do wykluczenia wykonawcy zgodnie z dyspozycją art. 24b ust. 3 Pzp.

Komisja i instancji uznała, że doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, poprzez zaniechanie wezwania m.in. wykonawcy (...), do uzupełnienia, czy to listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej i dalej do zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24b ust. 3 Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisów Pzp, zdaniem RKO, miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, winien był być wykluczony z tego postępowania, co wynika z ustalonego i

niekwestionowanego przez Obwinionego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr (...).

W konsekwencji powyższych rozważań i ustaleń RKO stwierdziła, że doszło do naruszenia przez Obwinionego dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uoondfp. Komisja I instancji wskazała, iż odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1c uoondfp, polegające na naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 1b uoondfp, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może być dochodzona i przypisana osobie, która dokonała wyboru oferty najkorzystniejszej ustalając w ten sposób wynik postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia zamówienia z naruszeniem Pzp. Bezsprzecznie w przedmiotowej sprawie zatwierdzenia wyniku postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dokonał Obwiniony.

RKO podniosła, że zgodnie z art. 19 ust. 2 uoondfp, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Komisja I instancji stwierdziła, że w zakresie objętym wnioskiem o ukaranie przypisanego Obwinionemu naruszenia, można uznać jego zawinione działanie. RKO wskazała, że Obwiniony dochowując należytej staranności miał możliwość zachowania się zgodnie z obowiązującą normą prawną. Uznała jednocześnie, iż zachodzą podstawy do wymierzenia najniższej kary za wskazane naruszenie, tj. kary upomnienia, gdyż stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie jest znaczny.

2 października 2015 r. Obwiniony (...) złożył odwołanie od orzeczenia RKO, wnosząc o umorzenie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Obwiniony wskazał, że dołożył wszelkich starań, aby działać zgodnie z prawem i w dobrej wierze. Obwiniony uznał, że działając w dobrej wierze i dbając o właściwe kwalifikacje pracowników dokonał należytych starań dla optymalizowania pracy Urzędu. Obwiniony nie zgodził się ze stwierdzeniem zawartym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, że *„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. Niewątpliwie w niniejszej sprawie Obwiniony dochowując należytej staranności miał możliwość zachowania się zgodnie z normą.”* Bowiem uznał, że jako Zamawiający dołożył wszelkiej staranności, aby proces dokonywania

zamówienia odbył się właściwie. Zdaniem Obwinionego, wskazane w orzeczeniu możliwości wykazania „należytęj” staranności wydają się stwierdzeniem czysto teoretycznym.

W dniu 18 stycznia 2016r., odbyła się rozprawa przed Główną Komisją Orzekającą (dalej GKO), na którą nie stawił się Obwiniony prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy, stawił się Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych - Jacek Krawczyk (dalej Rzecznik).

Rzecznik na rozprawie przed GKO nie wniósł wniosków formalnych, zwrócił natomiast uwagę GKO, na wątpliwości dotyczące zarzutów przypisanych Obwinionemu w sentencji orzeczenia. Pierwszy zarzut polega na niewezwaniu wykonawców, którzy złożyli oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia uzupełnionych wraz z ofertą dokumentów oraz drugi wynikający z pierwszego zarzutu, że skoro nie wezwano oferentów, to oni nie złożyli uzupełnionych dokumentów skutkiem czego, było niewykluczenie tych wykonawców. Rzecznik wskazał, że ograniczyłby zarzut stawiany Obwinionemu do pierwszego czynu. W ocenie Rzecznika, RKO w orzeczeniu pominęła okoliczność związaną z prawidłową ofertą, która powinna zwyciężyć pomimo, że cena była wyższa niż w ofercie, która została wybrana. Ze wskazanych powodów orzeczenie RKO w ocenie Rzecznika, nie jest prawidłowe i powinno być uchylone a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania.

**Biorąc powyższe pod uwagę GKO zważyła, co następuje.**

Orzeczenie RKO nie może się ostać. Udowodniony stan faktyczny i jego subsumpcja do stanu prawnego budzi wątpliwości GKO. Obwiniony (...) niewątpliwie dokonał zatwierdzenia wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr (...), na wykonanie zadania pn. „Remont dróg gminnych i rolniczych na terenie Gminy (...)”, pełniąc funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...). W konsekwencji działań Obwinionego doszło do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy (...), którego oferta została uznana za najkorzystniejszą pomimo braku oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej ani wymaganej listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d Pzp. Umowa zlecająca wykonanie przedmiotowego zadania o numerze (...), zawarta została w dniu 9 kwietnia 2013 r. i podpisana w imieniu Gminy (...) przez Obwinionego. GKO po zapoznaniu się ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym stwierdza jednak, że RKO w zaskarżonym orzeczeniu błędnie dokonała opisu czynu, który został przypisany Obwinionemu. Sentencja orzeczenia zawiera bowiem

wskazanie naruszenia nie jednego czynu a dwóch czynów składających się na jeden zarzut, tj.:

- czynu stanowiącego naruszenie art. 24 b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp, polegającego na tym, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty oznaczone numerami 1, 2, 4, 5 i 6 na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów o dokument wymagany przepisem art. 26 ust. 2d Pzp,
- czynu polegającego na niedopełnieniu obowiązku wykluczenia tych wykonawców z postępowania zgodnie z art. 24 b ust. 3 Pzp, mimo niespełnienia przez nich wyżej określonego wymogu.

GKO stwierdza ponadto, że RKO nie wykazała w sposób wystarczający, iż naruszenie przepisu art. 24 b ust. 3 Pzp, miało wpływ na wynik postępowania. Na podstawie orzeczenia możemy stwierdzić jedynie w tym zakresie, że działanie Obwinionego miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta nr 4 (...) - wykonawcy podlegającego wykluczeniu - została uznana za najkorzystniejszą i stanowiła podstawę udzielenia temu wykonawcy zamówienia publicznego umową nr ZP 2/2013 z dnia 9 kwietnia 2013 r.

W ocenie GKO, fakt podpisania przez Obwinionego umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą umowę, pomimo tego, że wcześniej nie został wykluczony z postępowania, nie świadczy bezpośrednio o wpływie na wynik postępowania. RKO nie uwzględniła w swych rozważaniach wymogów zakładanych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) względem oferentów przystępujących do udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podobnie nie odniosła się w uzasadnieniu orzeczenia do treści ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązkiem organu I instancji jest ocena, czy jeżeli dwa powyżej wskazane dokumenty nie zawierały informacji dotyczącej konieczności złożenia przez oferentów informacji o konieczności złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacji o nieprzynależeniu do takiej grupy, to czy dokumentów tych można było żądać od oferentów w drodze wezwania o uzupełnienie braków. W tym kontekście należy też rozważyć, czy niezłożenie tych dokumentów przez wykonawców mogło stanowić podstawę do wykluczenia oferentów z postępowania, jeżeli informacja o powyższym nie znajdowała się ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ.

GKO wskazuje na ważny aspekt prawny, który został pominięty przez RKO, przy rozważeniach poczynionych w zaskarżonym orzeczeniu, dotyczący wykładni art. 24b ust. 3 Pzp w świetle uregulowań zawartych w art. 26 ust. 2d Pzp.

Art. 24b ust. 3 Pzp, nakazuje zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcy, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d Pzp.

Zaś art. 26 ust. 2d Pzp stanowi, że wykonawca wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Wątpliwości dotyczące treści, a ściślej określając brak pełnego przeniesienia zawartych w ww. przepisach wartości merytorycznych (tj. wskazanie przez ustawodawcę w art. 24b ust. 3 Pzp na listę i wyjaśnienia, które wykonawca winien złożyć aby nie podlegać wykluczeniu, zaś w art. 26 ust. 3d Pzp, jedynie na listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej) poczynione zostały między innymi w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. KIO 35/15, gdzie wskazano, iż istnieje sprzeczność językowa pomiędzy obu powyżej cytowanymi przepisami, przy czym wykładnia językowa nie stanowi jedynej możliwej wykładni prawnej jaką można dokonać stosując powyższe uregulowania prawne.

Rozważania w tym zakresie i w odniesieniu do rozbieżności brzmienia powyżej cytowanych przepisów, RKO powinna poczynić w odniesieniu do stanu faktycznego rozpatrywanego w sprawie, mając na uwadze materiał dowodowy zgromadzony w przedmiotowym postępowaniu.

GKO wskazuje ponadto, iż w zaskarżonym orzeczeniu dokonując oceny stopnia winy Obwinionego nie odniesiono się do krótkotrwałego obowiązywania, do czasu przeprowadzenia przez Obwinionego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, przepisu art. 24 b ust. 3 Pzp, który wszedł w życie w dniu 20 lutego 2013 r., zgodnie z ustawą z dnia 12 października 2012 r. w sprawie zmiany ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi ( Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), co mogło skutkować niewiedzą, łatwością popełnienia błędu, trudnością co do ustalenia właściwego wzorca postępowania dla Obwinionego.

Mając powyższe na uwadze, stosownie do art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, GKO przekazała sprawę do ponownego rozpoznania, zalecając RKO ewentualne przypisanie Obwinionemu zarzucanego czynu poprzez skonkretyzowanie zarzutu w sposób, który będzie odnosił się do

**Sygn. akt BDF1.4800.146.2015**

popelnienia jednego konkretnego czynu, wyczerpującego znamiona konkretnych norm prawnych. Elementami wymagającymi dodatkowego badania i analizy na etapie I instancji jest kwestia wskazania czynu zarzucanego i ewentualnie przypisanego Obwinionemu, winy (wskazania wzorca postępowania, jakim powinien kierować się Obwiniony w omawianej sytuacji) oraz ewentualnie wymiaru kary.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.