



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 28 listopada 2013 r.

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

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

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2013 r., odwołania **Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych** od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z dnia 21 czerwca 2010 r., nr ZDB-4100-4/2010, którym uznano Obwinionego (...), zam. (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Burmistrza Miasta (...), (cytat z sentencji orzeczenia) „odpowiedzialnym za nieumyślne naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...), określone w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu w dniu 24 kwietnia 2009 r. zamówienia publicznego – umowa nr ZP.34/342/2/2009 – w przedmiocie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem inwestycyjnym pn. „Modernizacja i rozbudowa miejskiej sieci kanalizacyjnej w (...)”, którego warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, co jest niezgodne z art. 7 ust. 1 w zw. z obowiązującym w czasie popełnienia czynu art. 22 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych”.

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu, natomiast obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 271,67 zł.

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

2. Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 5 lipca 2013 r. sygn. akt V SA/Wa 1191/13 uchylił orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 22 listopada 2010 r. nr BDF1/4900/80/91/RN-22/10/2219. Tym samym konieczne stało się, aby Główna Komisja Orzekająca rozpoznała ponownie odwołanie Rzecznika dyscypliny finansów publicznych w zakresie zarzutów postawionych rozstrzygnięciu Komisji Orzekającej I instancji z uwzględnieniem wytycznych sądu administracyjnego zawartych w wyżej wymienionym wyroku.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu orzeczeniem z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. ZDB-4100-4/2010, orzekła na podstawie art. 135 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 3 oraz art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) – zwana dalej uondfp, o uznaniu (...) winnym nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...), określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp,

polegającego na udzieleniu w dniu 24 kwietnia 2009 r. zamówienia publicznego w przedmiocie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem inwestycyjnym pn. „Modernizacja i rozbudowa miejskiej sieci kanalizacyjnej w (...)”, którego warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, co jest niezgodne z art. 7 ust. 1 w zw. z obowiązującym w czasie popełnienia czynu art. 22 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – zwana dalej Pzp. Odstąpiono od wymierzenia kary Obwinionemu.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów dotyczących doświadczenia i potencjału wykonawcy w ten sposób, że wykonawca musi się wykazać zrealizowaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, co najmniej dwóch zadań polegających na przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania przetargowego o łącznej wartości 12.000.000 zł brutto, w tym jednego dotyczącego budowy lub rozbudowy sieci kanalizacyjnej lub wodociągowej o wartości nie mniejszej niż 6.000.000 zł brutto, narusza zasadę uczciwej konkurencji.

RKO zwróciła uwagę, iż w niniejszej sprawie inny Obwiniony, tj. (...) – uniewinniony w I instancji – opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia, natomiast umowę z wykonawcą podpisał wyłącznie Obwiniony (...), który ostatecznie odpowiadał za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie oświadczenia woli w imieniu Gminy (...) na podstawie ważnego upoważnienia do składania oświadczeń woli w imieniu Gminy spowodowało, że to Obwiniony (...) udzielił zamówienia publicznego, w którym naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji, a zatem wyłącznie (...) wypełnił znamiona przedmiotowe czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3.

Odwołanie od orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji na niekorzyść Obwinionego (...), tj. w zakresie pkt II.1. oraz pkt II.2. tego orzeczenia, zostało wniesione przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych pismem z 26 lipca 2010 r. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie:

- art. 22 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż ustalony stan faktyczny i prawny związany z okolicznościami popełnienia przez (...) naruszenia dyscypliny finansów publicznych uzasadniał kwalifikację nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 22 ust. 3 uondfp,

- art. 36 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż ustalony stan faktyczny i prawny związany z okolicznościami popełnienia przez (...) naruszenia dyscypliny finansów publicznych spełnia przesłanki „przypadku zasługującego na szczególne uwzględnienie implikującego możliwością odstąpienia od wymiaru kary związanego z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych”, o których mowa w art. 36 ust. 1 uondfp.

Rzecznik wnosił o:

1. uchylenie orzeczenia w części dotyczącej przyjęcia kwalifikacji nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych i orzeczonego na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp, odstąpienia od wymierzenia kary wobec Obwinionego (...),

2. rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez przyjęcie kwalifikacji umyślnego naruszenia przez (...) dyscypliny finansów publicznych i wymierzenie (...) na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 22 ust. 2 uondfp, kary nagany.

W uzasadnieniu środka odwoławczego Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wyjaśnia m.in., że wobec wniesienia protestu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na czynność określenia warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem Pzp, Obwiniony działał z zamiarem ewentualnym, tj. sprawca miał zamiar popełnić naruszenie dyscypliny finansów publicznych – przewidując możliwość jego popełnienia na to się godził. Ocena Komisji Orzekającej I instancji jest w tym zakresie nieprawidłowa. W zakresie drugiego zarzutu Rzecznik wskazał, że podniesione przez RKO (str. 7 uzasadnienia orzeczenia z 21 czerwca 2010 r.) przesłanki mające uzasadniać prawne podstawy odstąpienia od wymierzenia kary wobec (...), które odnieść należy do argumentacji o dotychczasowej niekaralności (...) i niepowstania szkody materialnej dla finansów publicznych – nie zasługują na uwzględnienie. W opinii Rzecznika, „niekaralność” nie jest niczym wyjątkowym. Naruszenie zasad zamówień publicznych niweczy zaś cel Pzp – dokonywanie wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z poszanowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów w sposób umożliwiający terminową realizację zadań.

Rozprawa przed GKO, została przeprowadzona pod nieobecność Obwinionego. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych podtrzymał wniesione odwołanie a jednocześnie je zmodyfikował z uwagi na zmianę przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Oskarżyciel odstąpił od popierania zarzutu w zakresie winy Obwinionego. Podtrzymany zaś został zarzut naruszenia

art. 36 ust. 1 uondfp, tj. odstąpienia od wymierzenia kary wobec Obwinionego. W związku z powyższym Rzecznik wniósł o rozpatrzenie sprawy, co do istoty i wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca doszła do wniosku, że orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z 21 czerwca 2010 r. sygn. ZDB-4100-4/2010 musi zostać wyeliminowane z obrotu prawnego.

Rozstrzygając kwestię naruszenia przez Obwinionego ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Główna Komisja Orzekająca z urzędu uznała, że w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje zupełnie inny stan prawny, niż w czasie dokonania zarzucanego Obwinionemu naruszenia. Główna Komisja Orzekająca, w niniejszej sprawie zobowiązana jest do dokonania analizy zmieniających się na przestrzeni lat 2009-2013 przepisów prawa – ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co jest niezbędne w świetle art. 24 ust. 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) – zwana dalej ustawą.

Po pierwsze, Komisja Orzekająca I instancji uznała, że doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 Pzp. Prawo zamówień publicznych w sposób kompleksowy reguluje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jako proces zmierzający do wyboru podmiotu, z którym można podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego. Podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1, stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Regulacja ta nie uległa zmianie od 2009 roku.

Rozwinięcie powyższej zasady zostało ujęte w art. 22 ust. 2 Pzp, który w czasie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu, co prawidłowo ustaliła w orzeczeniu RKO, brzmiał: zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) z dniem 21 grudnia 2009 r.

zmodyfikowała logikę określania warunków udziału w postępowaniu – warunki jako takie wynikają z przepisu art. 22 ust. 1 Pzp; natomiast zamawiający ma obowiązek dokonania opis sposobu oceny spełniania warunków (art. 22 ust. 3 Pzp). Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji (art. 22 ust. 3 Pzp). Jak wynika z porównania powyższych przepisów, są one ze sobą zbieżne i nakładają na zamawiającego takie same obowiązki w zakresie określania warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zgodnie z art. 22 ust. 5 Pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Pzp, tak w 2009 roku, jak i aktualnie chroni takie wartości, jak uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców. Z punktu widzenia podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zamawiającego i wykonawców – ocena prawna określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia i potencjału wykonawcy naruszała i nadal narusza zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Rodzaj i liczba postępowań, jaką miał się wykazać wykonawca, a także ich wartość, była nieproporcjonalnie wysoka w porównaniu z rodzajem i wartością szacunkową zamówienia, co utrudniło uczciwą konkurencję i dostęp do zamówienia. Główna Komisja Orzekająca, w ślad za dotychczasowymi ustaleniami Komisji Orzekającej I instancji, uznaje to za udowodnione i niesporne. Powyższa analiza, zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy, oznacza, że organ orzekający w sprawie będzie stosował przepisy prawa materialnego w brzmieniu z dnia orzekania.

Po drugie, odnosząc się do analizy reżimu prawnego, w jakim jest rozpatrywany zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, Główna Komisja Orzekająca podziela rozważania sądu administracyjnego i stwierdza, co następuje.

Cała jednostka redakcyjna (art. 17) zawierająca analizowany przepis – art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp, była kilkakrotnie nowelizowana. Główna Komisja Orzekająca zauważa, że według pierwotnego tekstu ustawy (Dz. U. z 2005 r., nr 14, poz. 114), treść analizowanego przepisu ustalona była następująco: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w

sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Ustawą 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) nadano nowe brzmienie art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w tym całkowicie zmieniono przepis, który kreuje delikt naruszenia dyscypliny finansów publicznych powiązany z działaniem zakłócającym uczciwą konkurencję. W obecnym stanie prawnym ustawodawca na nowo zdefiniował ten delikt – naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dalsze rozważania należy skierować na zakres podmiotowy nowego brzmienia art. 17 ust. 1 pkt 3 uodnfp. Podkreślenia zatem wymaga to, że od dnia wydania orzeczenia w pierwszej instancji zmienił się podmiot (sprawca czynu) oraz czas, w który dochodzi do takiego działania lub zaniechania, które stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Upřednio odpowiedzialność łączyła się z udzieleniem zamówienia publicznego – sprawcą była osoba podpisująca umowę w sprawie zamówienia publicznego, osoba reprezentująca jednostkę zobowiązaną do stosowania Pzp. Czyn był popełniany, z chwilą udzielenia zamówienia. Orzeczenie RKO zostało wydane prawidłowo.

Główna Komisja Orzekająca zaznacza, że w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego – delikt finansowy jest popełniony już w chwili zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Innymi słowy, to w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych. GKO ustaliła, że przy wszczęciu postępowania czynności kierownika zamawiającego wykonywała inna osoba. Ponieważ to nie Obwiniony wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą naruszenia uczciwej konkurencji, to nie on jest odpowiedzialny za czyn, jaki wskazano we wniosku o ukaranie. W zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Z uwagi na to, że przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w czasie sądownoadministracyjnej kontroli orzeczeń zmieniły się w sposób opisany wyżej, a była to zmiana zasadnicza, to konieczne stało się uniewinnienie Obwinionego od stawianego zarzutu.

Główna Komisja Orzekająca, rozpoznając niniejszą sprawę, nie analizowała szczegółowo zarzutów podniesionych w odwołaniu i zmodyfikowanych na rozprawie, ponieważ stan prawny uległ daleko idącej zmianie i ich rozpatrywanie było niecelowe.

Mając powyższe na uwadze, z urzędu rozstrzygnięto, jak w sentencji.