



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 19 stycznia 2017 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Agata Mikołajczyk (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Bogdan Artymowicz</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Leszek Biedka</i>
Protokolant:		<i>Dorota Machnicka</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 19 stycznia 2017 r., odwołania obwinionego - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Wójta Gminy (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach z dnia 27 września 2016 r., sygn. akt: KDF-53/19/2016, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...) odpowiedzialnym za naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w:

1) art. 17 ust. 4 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 uondfp, polegające na niezłożeniu do dnia 5 lipca 2013 r. oraz 19 sierpnia 2015 r. oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej przez inną osobę wykonującą czynności w tym postępowaniu po stronie zamawiającego, czym naruszył art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 17 ust. 1 tej ustawy,

2) w art. 17 ust. 1c uondfp, polegające na udzieleniu w dniu 29 sierpnia 2014 r. w Urzędzie Gminy zamówienia publicznego na usługę dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych

na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej na kwotę 228.638,40 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych tj. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

oraz odstąpiła od wymierzenia kary obwinionemu i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

orzeka:

- 1. Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie pkt 2 i w tym zakresie na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 uondfp uniewinnia obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 c uondfp w związku z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp w pozostałym zakresie utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.**

Pouczenie:

Niniejsze orzeczenie 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

Orzeczeniem z dnia 27 września 2016 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach (dalej: RKO lub Komisja orzekająca) uznała obwinionego, pełniącego w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję zastępcy Wójta Gminy, winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie czynu określonego: (1) w art. 17 ust. 4 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) (dalej: Ustawa lub uondfp), polegającego na niezłożeniu do dnia 5 lipca 2013 r. oraz do dnia 19 sierpnia 2015 r. oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej, jako

inną osobę wykonującą czynności w tym postępowaniu po stronie zamawiającego, czym naruszył art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 17 ust. 1 tej ustawy (Dz.U. z 2013 r. poz.907 ze zm.) (dalej: ustawa Pzp); oraz (2) w art. 17 ust. 1c uoondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 29 sierpnia 2014 r. w Urzędzie Gminy zamówienia publicznego na usługę dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej na kwotę 228.638,40 zł brutto z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, tj. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

RKO jednocześnie, orzekła na podstawie art. 36 ust.1 uoondfp o odstąpieniu od wymierzenia obwinionemu kary. Orzekła także o zwrocie przez obwinionego kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa na podstawie art. 167 ust. 1 uoondfp.

Komisja orzekająca pierwszej instancji ustalając stan faktyczny sprawy przyjęła, co następuje.

Wskazała na wniosek o ukaranie z dnia 31 sierpnia 2016 r. Zastępcy Rzecznika dyscypliny finansów publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach złożony na skutek zawiadomienia z dnia 3 marca 2016 r. (znak WK.60.21.2015.777/2016) Naczelnika Wydziału Kontroli Gospodarki Finansowej Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach, działającego z upoważnienia Prezesa RIO w Kielcach przeciwko (...), pełniącemu w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję zastępcy Wójta Gminy. We wniosku tym Zastępca Rzecznika wskazał, że zarzucane naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w:

1) art. 17 ust. 4 uoondfp w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 1 tej ustawy polegały na niezłożeniu:

a) do dnia 5 lipca 2013 r. (data unieważnienia postępowania) przez inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania,

b) do dnia 19 sierpnia 2015 r. (data podpisania umowy) przez inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego o udzielenie zamówienia

publicznego na usługę dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej (R.I.271.03.2015), oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania;

2) art. 17 ust. 1c uoondfp w zw. z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, polegało na udzieleniu w dniu 29 sierpnia 2014 r. zamówienia publicznego na usługę dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej w, na kwotę 228.638,40 zł brutto, w sytuacji gdy art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający z przesłanki tej skorzystał i w dniu 22 lipca 2014 r. unieważnił postępowanie na tę usługę, a następnie, nie zmieniając kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na przedmiotowe zamówienie, ogłosił kolejny przetarg, na który wpłynęła oferta z wyższą ceną, lecz tym razem nie zwracając uwagi na przesłankę wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, udzielił zamówienia publicznego.

Na podstawie materiału dowodowego w sprawie Komisja orzekająca ustaliła, że w zakresie naruszeń dyscypliny finansów publicznych wskazanych w niniejszym uzasadnieniu stan faktyczny, wynikający z dokumentów zgromadzonych w sprawie (w tym wyjaśnień obwinionego) nie budzi wątpliwości. W związku z powyższym Komisja uznała, że obwiniony wykonując czynności wskazane we wniosku o ukaranie w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na wskazane usługi (oznaczone symbolem: R.I.271.08.2013 i R.I.271.03.2015) dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej, zobowiązany był na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp złożyć oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie go z tych postępowań. Skoro więc tego obowiązku nie wypełnił dopuścił się naruszeń dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 17 ust. 4 uoondfp, zgodnie z którym: *„Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania”*.

RKO podała, że w składanych wyjaśnieniach obwiniony nie kwestionował faktu, że wymaganych oświadczeń nie złożył. Wskazał tylko, że ich niezłożenie wynikało z niedopatrzenia a ponadto, że w stosunku do niego nie zachodziła żadna z przesłanek wskazanych w art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem RKO, powyższe nie wyłącza jego odpowiedzialności w zakresie naruszenia art. 17 ust. 4 uoondfp, ale okoliczności te wzięte zostały, jako przesłanki odstąpienia od wymierzenia kary.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1c uoondfp RKO na podstawie materiału zgromadzonego w sprawie ustaliła, że w dniu 29 sierpnia 2014 r. zawarto umowę nr R.I.271.15/2.2014, na podstawie której udzielono zamówienia publicznego na usługę Dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy; Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej na kwotę 228.638,40 zł brutto. Umowa ta poprzedzona była dwoma postępowaniami prowadzonymi w trybie przetargu nieograniczonego. W pierwszym postępowaniu (oznaczonego symbolem: R1.271.15.2014), w którym otwarcie ofert miało miejsce 21 lipca 2014 roku Gmina, jako zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podała, że na sfinansowanie zamówienia dotyczącego usługi dowozu dzieci do szkół na rok szkolny 2014/2015 przeznaczył kwotę 200.000,00 zł. W przetargu złożono 3 oferty: (1) na kwotę 225.000,00 zł brutto przez wykonawcę Usługi- Handel-Transport; (2) na kwotę 228.638,40 zł brutto przez wykonawcę Transport Osobowo-Ciężarowy oraz (3) na kwotę 251.712,00 zł brutto przez wykonawcę Firma Usługowo-Handlowa. W dniu 22 lipca 2014 r. zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnił postępowanie podając w uzasadnieniu, że cena złożonych ofert przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po unieważnieniu tego przetargu, w kolejnym ogłoszonym przetargu (oznaczonego symbolem: R1.271.15./2/2014), w którym otwarcie ofert ustalono na dzień 30 lipca 2014 r. wpłynęła jedna oferta z ceną 228.638,40 zł brutto firmy Transport Osobowo-Ciężarowy. Dokonując czynności otwarcia ofert Zamawiający ponownie podał, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 200 000 zł. Pomimo tego, że ww. oferta przekraczała tę kwotę zamawiający, tym razem, nie unieważnił postępowania i wybrał ofertę z ceną brutto wyższą od kwoty 200.000,00 zł przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Zdaniem RKO, unieważniając pierwsze postępowanie, w którym najkorzystniejsza oferta opiewała na 225 000 zł i rozstrzygając kilka dni później kolejny przetarg na identyczny zakres zamówienia Gmina, jako zamawiający, nie uzyskała

zakładanych oszczędności, a wręcz przeciwnie udzielając zamówienia w drugim przetargu jednemu oferentowi za kwotę 228.638,40 zł brutto, czyli wyższą o 3.638,40 zł od najtańszej oferty w poprzednim przetargu zawarł umowę na warunkach mniej dla Gminy korzystnych. W ocenie RKO, jeżeli zamawiający nie mógł zwiększyć ww. kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lipca 2014 r. i oczekiwał ofert konkurencyjnych dążąc do oszczędności to uzasadnionym było w sytuacji, kiedy na drugi przetarg, [w którym otwarcie ofert nastąpiło 30 lipca 2014 r.] wpłynęła oferta tego samego oferenta z identyczną jak w pierwszym postępowaniu ceną, stosując zasadę równego traktowania wykonawców, także ten przetarg unieważnić.

Konsekwencją tego jest uznanie przez RKO, że unieważnienie pierwszego postępowania a zaniechanie w tych samych warunkach unieważnienia drugiego przetargu nastąpiło z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zdaniem RKO, według ustaleń kontrolujących i Zastępcy Rzecznika wynika, że zamawiający mógł zwiększyć kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia już w pierwszym postępowaniu, a zatem unieważnienie pierwszego przetargu nastąpiło bez podstawy prawnej.

Komisja orzekająca I instancji, dokonując oceny materiału dowodowego, podzieliła pogląd obwinionego zawarty w jego wyjaśnieniach, że kwota podawana przy otwarciu ofert nie wiąże zamawiającego oraz, że orzecznictwo i poglądy doktryny w tym zakresie nie budzą wątpliwości. Jednocześnie stwierdziła, że w niniejszej sprawie ta kwestia nie jest przedmiotem zarzutu, gdyż zarówno kontrolujący jak i wnioskujący o ukaranie nie kwestionują prawa obwinionego do podjęcia decyzji o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia, ale uważają, że przy starannym działaniu mogło to nastąpić już w pierwszym postępowaniu. Komisja podzieliła ten pogląd i uznała, że unieważniając pierwsze postępowanie obwiniony uczynił to niezgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż w dacie podejmowania tej decyzji wiedział, że środki na realizację tego zamówienia może bez problemu zwiększyć. Świadczy o tym wynik drugiego postępowania. Zdaniem RKO, istotne znaczenie dla oceny w tym zakresie ma również okoliczność, że podana przez zamawiającego w dniu 21 lipca 2014 r. kwota 200.000,00 zł, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie

usługi dowozu dzieci do szkół na rok szkolny 2014/2015 nie znajduje uzasadnienia w porównaniu do faktycznych wydatków ponoszonych z tego tytułu w latach poprzednich. Według danych z planu finansowego na rok 2014 i 2015, na dzień 22 lipca dla podziałki 80113/4300 kwota planu wynosiła 199.000,00 zł, zaś na koniec roku 2014 plan wydatków dla podziałki 80113/4300 stanowił kwotę 209.000,00 zł, natomiast w 2015 roku na 31 lipca zaplanowano wydatki na kwotę 245.000,00 zł. Stwierdziła ponadto, że obwiniony w wyjaśnieniach sugeruje, że wykonawca, który w pierwszym postępowaniu złożył ofertę na kwotę 225.000 zł nie spełniał warunków udziału już w pierwszym postępowaniu, dlatego nie złożył oferty w drugim, a taka okoliczność nie wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie.

Uznając obwinionego winnym popełnienia ww. naruszeń Komisja orzekająca na podstawie art. 36 ust. 1 uondfp odstąpiła od wymierzenia mu kary. Podejmując takie orzeczenie RKO stwierdziła, że nie występują przeszkody wymienione w art. 36 ust.3 Ustawy. Jednocześnie RKO stwierdziła, że w sprawie występują okoliczności, o których mowa w art. 36 ust. 2 uondfp, w szczególności obwiniony przed popełnieniem przypisanych mu czynów wyróżniał się nienagannym wypełnianiem obowiązków, co uzasadnia przypuszczenie, że sam fakt przeprowadzenia postępowania pozwoli osiągnąć cele w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej, a orzeczenie którejkolwiek kary z katalogu określonego w art. 31 ust. 1 uondfp nie znajduje w tych warunkach uzasadnienia.

Obwiniony pismem z dnia 28 października 2016 r. odwołał się od orzeczenia Komisji orzekającej pierwszej instancji wnosząc o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości oraz o uniewinnienie go od zarzucanych mu czynów lub umorzenie postępowania na podstawie art. 78 w związku z art. 28 uondfp.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 17 ust. 4 uondfp podał, że przyczyną niezłożenia oświadczenia o braku lub istnieniu którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w dwóch postępowaniach w 2013 i 2015 r. była, w pierwszym przypadku jego nieobecność podczas sesji otwarcia ofert (w dniu 28.06.2013r.) spowodowana urlopem wypoczynkowym. W późniejszym terminie nie uzupełniono tego oświadczenia z powodu niedopatrzenia. W drugim przypadku - było to także niedopatrzenie z powodu dużego zakresu obowiązków w tym okresie, gdzie część

pracowników przebywa wtedy na urlopach wypoczynkowych (jest to okres wakacyjny) wobec powyższego niektórzy pracownicy są zastępowani przez inne osoby z urzędu. W trakcie kontroli prowadzonej przez Regionalną Izbę Obrachunkową, gdy tylko zorientował się, że powyższych oświadczeń nie ma w dokumentacji przetargowej - a był przekonany, że je złożył - niezwłocznie je uzupełnił i przedłożył kontroli wraz ze stosownymi wyjaśnieniami - pragnąc w ten sposób naprawić to niewielkie uchybienie. Dalej podał, że *„W orzeczeniu wskazuje się, że naruszono art.17 ust.4 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz art.17 ust.2 w związku z art.17 ust.1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, z czym trudno się zgodzić, gdyż żaden z przywołanych przepisów nie określa terminu złożenia oświadczenia. Art.17 ust.4 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazuje niezłożenie oświadczenia, jako naruszenie, zaś art.17 ust.2 nakłada na osoby wykonujące czynności w postępowaniu złożenie takiego oświadczenia. W obu przypadkach takie oświadczenie zostało złożone, tego faktu nie kwestionuje w Orzeczeniu Regionalna Komisja Orzekająca. Mimo, że oświadczenie zostało złożone, w Orzeczeniu stawia się zarzut niezłożenia oświadczenia”*. Dodał, że w obu przypadkach, stan faktyczny zarówno w terminie wskazanym przez kontrolującego jak i w terminie podpisania oświadczeń był identyczny, tzn. brak było okoliczności skutkujących wykluczeniem go z postępowania, co potwierdzają przedłożone stosowne oświadczenia wraz z jego wyjaśnieniami. Zdaniem obwinionego, w stanie faktycznym sprawy, te drobne uchybienia, usunięte niezwłocznie, nie miały wpływu na prowadzone postępowania (jedno z nich zostało unieważnione), a także nie wywołały żadnego negatywnego skutku dla finansów publicznych oraz jakiegokolwiek straty finansowej dla Gminy. Podał również, że aby w przyszłości wyeliminować podobne drobne uchybienia przeprowadził rozmowę z pracownikiem odpowiedzialnym za dokumentowanie postępowań oraz z kierownikiem referatu - aby położono większy nacisk na kompletność dokumentowania postępowań o zamówienie publiczne - celem wyeliminowania jakichkolwiek braków i niedopatrzeń.

Wniósł o uwzględnienie jego wyjaśnień oraz o zastosowanie w powyższym przypadku w stosunku do jego osoby art. 28 ust.1 i 1a uoondfp, albowiem nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy, a przy ocenie stopnia szkodliwości uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia. Wskazał na orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego [wyrok z 7

marca 2013 roku (sygnatura II GSK 2321/11) podnosząc, że art. 28 ustawy o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter uniwersalny i znajduje zastosowanie przy badaniu każdego z naruszeń, w tym także tych przewidzianych w art. 17 ust. 4 uoondfp. Wskazując na powyższe wniósł o uniewinnienie od zarzucanego mu czynu lub umorzenie postępowania na podstawie art. 78 w związku z art. 28 uoondfp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1c uoondfp stwierdził, że w jego przekonaniu nie doszło do tego naruszenia. Podniósł, że uzasadnienie orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w nieuprawniony sposób łączy dwa odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które kończyły się w różnym czasie i w różnych realiach, czego Komisja nie wzięła pod uwagę.

Stwierdził, że RKO analizując treść ofert złożonych w pierwszym z postępowań formułuje wnioski i zarzuty, co do drugiego z postępowań, co w jego przekonaniu jest niedopuszczalne. Pierwsze z wymienionych postępowań zostało unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty i w ten sposób postępowanie to zostało zakończone. Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 392/14 z dnia 14.03.2014 r.), podnosząc, że określona przez zamawiającego kwota, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w jego dyskrejonalnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. Wskazał także na orzeczenie KIO 1645/11, gdzie Izba wyjaśniła: „Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako - od dołu - tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp wskazywać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyżej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione

w ww. przepisie: „chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty” - należy interpretować, jako okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia”. Wskazał ponadto, że zgodnie z orzeczeniem KIO 1645/11 - kwota podana przed otwarciem ofert „co prawda nie musi być identyczna z wartością szacunkową zamówienia, którą zamawiający przed wszczęciem postępowania ustalił (plus VAT) - zamawiający może spodziewać się, iż na skutek działania rynkowych mechanizmów konkurencyjnych uzyska zamówienie za kwotę niższą.” Stojąc na stanowisku oszczędności i gospodarności oraz mając na uwadze rynkowe działania konkurencyjne potencjalnych oferentów oraz fakt, że w tym momencie brak było możliwości i decyzji dotyczących zwiększenia kwoty na realizację zamówienia - podjęto decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Podejmując taką decyzję uwzględniał dotychczasowe doświadczenie z roku 2013 r, gdzie ponowienie postępowania przyniosło oszczędności dla zamawiającego w kwocie ponad 17.000 zł. Zdaniem obwinionego, nieracjonalnym było zwiększenie kwoty bez próby uzyskania oferty tańszej w kolejnym postępowaniu. Podniósł, że zamawiający ogłaszając nowe postępowanie ma prawo domniemywać, że otrzyma oferty z ceną niższą w okolicznościach ujawnienia kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu unieważnionym i to zdecydowało o podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania w oparciu o upoważnienie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jego zdaniem, nie można zgodzić się z twierdzeniem uzasadnienia orzeczenia RKO, że „unieważnienie pierwszego przetargu nastąpiło bez podstawy prawnej”. Taki zarzut zdaniem obwinionego jest całkowicie nieuprawniony i chybiony. Dalej podał, że uzasadnienie orzeczenia sugeruje, że zamawiający powinien był w tym postępowaniu wybrać ofertę zawierającą najniższą cenę. To stwierdzenie oparte jest jedynie na porównaniu cen. Dla Komisji nie ma znaczenia, czy wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu i, czy oferta podlegała odrzuceniu. W nieuzasadniony sposób zakłada, że oferta powinna być wybrana, a zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania, z czym nie można się zgodzić, gdyż oferta przekraczała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na to zamówienie i jednocześnie nie spełniała stawianych w tym postępowaniu wymagań (brak referencji) - wobec powyższego została odrzucona, a wykonawca wykluczony z przetargu, a zatem decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta zgodnie z prawem. Zdaniem obwinionego, nie sposób zgodzić się, z niepopartym jakimkolwiek dowodem, twierdzeniem RKO, że: „(...) w dacie podejmowania tej decyzji

wiedział, że środki na realizację tego zamówienia może bez problemu zwiększyć”. Kwoty na podziałce 80113/4300 obejmują nie tylko środki finansowe na dowozy dzieci do szkół objęte zamówieniami R.1.271.15/2014 i R.1.271.15/2/2014 - ale także środki finansowe na usługę dowozów dzieci niepełnosprawnych do szkół i ośrodków edukacyjnych, a usługa ta nie była i nie jest objęta w ww. zamówieniach (R.1.271.15/2014 i R.1.271.15/2/2014), a musi zostać sfinansowana przez gminę właśnie z podziałki 80113/4300. Wobec powyższego - twierdzenie, jakoby zamawiający hipotetycznie na tylko same zamówienie R.1.271.15/2014 i potem R.1.271.15/2/2014 posiadał zabezpieczone na ww. podziałce kwoty - należy uznać za całkowicie bezzasadne i błędne, gdyż z tej podziałki były jeszcze finansowane inne usługi dowozów nie objęte przedmiotowymi zamówieniami. Jednocześnie ze względu na specyfikę zamówienia, jakim są dowozy dzieci do szkół - które obejmuje swym okresem 2 lata budżetowe (od 1 września danego roku do 30 czerwca następnego roku) - nie jest możliwe dokładne i precyzyjne ustalenie kwoty w planie finansowym zamawiającego przeznaczonej na realizację ww. zamówienia. Podniósł ponadto, że oferta złożona do postępowania R.1.271.15/2014 w dniu 21 lipca 2014 r. wykonawcy – Usługi – Handel -Transport na kwotę 225.000,00 zł i tak nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i wybrana do realizacji usługi - gdyż oferta ta nie zawierała wymaganych referencji w dniu złożenia oferty. Także w roku wcześniejszym, jak i w 2015, w którym to przetargu za brak wymaganych odpowiednich referencji została odrzucona.

Obwiniony stwierdził, że powyższe ustalenia potwierdzają, że uzasadnione było unieważnienie postępowania R.1.271.15/2014 i przeprowadzenie nowego postępowania R.1.271.15/2/2014, także w trybie przetargu nieograniczonego. Z kolei twierdzenie Komisji w uzasadnieniu orzeczenia jakoby „rozstrzygając kilka dni później kolejny przetarg na identyczny zakres zamówienia Gmina, jako zamawiający nie uzyskała zakładanych oszczędności, a wręcz przeciwnie udzielając zamówienia w drugim przetargu jednemu oferentowi za kwotę 228.638,40 zł brutto, czyli wyższą o 3.638,40 zł od najtańszej oferty w poprzednim przetargu zawarł umowę na warunkach mniej dla Gminy korzystnych” - jest jego zdaniem całkowicie bezzasadne, gdyż oferta z ceną 225.000,00 zł w pierwszym unieważnionym przetargu nie spełniała wymagań podmiotowych i nie mogłaby być wybrana do realizacji usługi. Tym samym twierdzenie o jakiegokolwiek stracie finansowej dla Gminy jest nieuprawnione i unieważnienie, a następnie ogłoszenie nowego postępowania było jak najbardziej zasadne. Podał, że w kolejnym postępowaniu, którego przedmiot zamówienia był

taki sam, nie zmieniono warunków udziału w postępowaniu. W wyniku tego postępowania wpłynęła jedna oferta z ceną wyższą od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Biorąc pod uwagę, że postępowanie R.I. 271.15/2/2014 było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o uzyskanym efekcie finansowym zamawiający dowiadyuje się po otwarciu ofert bez możliwości ingerowania w treść złożonej oferty. Kolejne postępowanie potwierdziło koszt, jaki należy ponieść, aby zrealizować zamówienie, a mając na względzie konieczność zawarcia umowy w związku z rozpoczynającym się rokiem szkolnym i potrzebą zapewnienia dowozów uczniom do szkół, mając na względzie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podjęto działania, aby zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Podniósł, że w tym postępowaniu każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę, nie wszyscy z tego uprawnienia skorzystali. Stwierdził, że w oparciu o analizę ofert z poprzedniego unieważnionego postępowania, także można założyć, że wykonawca, który poprzednio zaproponował najniższą cenę doszedł do wniosku, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, obwiniony stwierdził, że działanie Zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania i przeprowadzenie kolejnego, postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w ramach którego doprowadzono do zawarcia umowy jest uprawnieniem Zamawiającego (wyroki KIO 1645/11 oraz KIO 392/14) i nie powinno być kwestionowane, gdyż w jego przekonaniu zachowanie zamawiającego było jak najbardziej prawidłowe i zgodne z prawem, gdyż nie naruszono w tym zakresie żadnego z przepisów ustawy Pzp. W pierwszym postępowaniu dokonano unieważnienia zgodnie z art.93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w drugim postępowaniu dokonano wyboru oferty zgodnie z przepisami tej ustawy. RKO, w jego przekonaniu, nie wyjaśniła w uzasadnieniu do zaskarżonego orzeczenia w sposób wyczerpujący i przekonujący, w jaki sposób naruszono art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp i jak to naruszenie wpłynęło na wynik postępowania. Stwierdził, że to nie obwiniony powinien dowieść swojej niewinności, ale to organ orzekający powinien skutecznie uzasadnić przypisanie mu odpowiedzialności opartej na winie. W przekonaniu obwinionego za chybiony należy uznać argument z uzasadnienia orzeczenia, że „Zamawiający powinien przetarg, w którym otwarcie ofert nastąpiło 30 lipca 2014 r. również unieważnić - gdyż możliwe było zwiększenie kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty”. Z uwagi na konieczność zawarcia umowy w związku z rozpoczynającym się rokiem szkolnym i potrzebą zapewnienia dowozu uczniom do szkół tym była podyktowana podjęta zgodnie z prawem i uprawnieniem zamawiającego decyzja o udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

W konkluzji, powołując się na przedstawione argumenty wniósł o uniewinnienie od wszystkich zarzucanych mu czynów lub umorzenie postępowania, jak również o zwolnienie z obciążenia kosztami postępowania.

Rozpoznając sprawę Główna Komisja Orzekająca ustalił, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca zobowiązana była rozważyć stan prawny, który przyjęty zostanie za podstawę wydanego w sprawie rozstrzygnięcia. Stosownie bowiem do art. 24 ust.1 uondfp, *„Jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy”*. Ten przepis, regulując zasady prawa międzyczasowego, rozstrzyga, jakie prawo należy stosować w razie zmiany ustawy po popełnieniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i przyznaje priorytet ustawie nowej jako podstawie orzekania, a ustawie poprzednio obowiązującej [jej przepisom] - wówczas, gdy jest ona względniejsza dla sprawcy. Powyższa reguła dotyczy nie tylko ustawy będącej podstawą wydawania orzeczenia przez organy orzekające (ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), ale również odnosi się do ustaw szczególnych, zawierających przepisy prawa materialnego, mających znaczenie dla rozpoznania postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W tym przypadku dotyczy to zmiany ustawy - Prawo zamówień publicznych wynikającej z ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) (dalej: ustawa zmieniająca Pzp), która w jej art. 11 w punkcie 1 wprowadziła zmiany w uondfp w zakresie podmiotowej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określonej w art. 4 uondfp, a w punkcie 2 w zakresie art. 17 uondfp, dotyczącym przedmiotowego zakresu odpowiedzialności.

Ustawę należy uznać za względniejszą, jeżeli daje możliwość - zgodnie z orzecznictwem - korzystniejszej dla interesów obwinionego oceny popełnionego naruszenia, skutkującej przyjęciem mniej surowych reguł odpowiedzialności lub zastosowania mniej dotkliwych sankcji. Oczywiście powyższe dotyczy zmiany nie tylko całej ustawy, ale także

poszczególnych jej przepisów. Zatem przy rozważaniu ustawy względniejszej dla obwinionego należy mieć na uwadze możliwości, jaką dają te przepisy, co do ich oceny w aspekcie wypełnienia znamion czynu, przypisania odpowiedzialności, zastosowania łagodniejszej kary lub odstąpienia od jej wymierzenia, czy też umorzenia postępowania.

W niniejszej sprawie podstawą oceny postawionego obwinionemu pierwszego i drugiego zarzutu jest art. 17 ust. 4 uondfp w związku z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w przypadku trzeciego – art. 17 ust. 1c uondfp w związku z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwzględnieniem stanu prawnego publikowanego w Dz. U. z 2013 r. poz.168, z 2012 r. poz. 1529 oraz z 2016 r. poz. 1020, 1250 i 1920.

Pierwszy z przypisanych obwinionemu czynów popełniony został - według ustaleń RKO - w dniu 15 lipca 2013 r., drugi w dniu 19 sierpnia 2015 r., a trzeci z kolei w dniu 29 sierpnia 2014 r.

W okresie 2013 – 2016 w przypadku uondfp, zmiany jej przepisów w zakresie rozstrzyganym przez GKO w tej sprawie, wynikały ze wskazanej ustawy zmieniającej z 22 czerwca 2016 r., której przepisy – w rozważanym zakresie weszły w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Zmiana wprowadzona do art. 4 nadała nowe brzmienie w jego ust. 2, zgodnie z którym: „2. *W przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17, osoba obowiązana lub upoważniona do działania w imieniu podmiotu publicznego lub prywatnego, który oferuje pomocnicze działania zakupowe na rynku, któremu kierownik zamawiającego powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych.*”. Zgodnie z poprzednim jego brzmieniem: „2. *W przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 osoba niebędąca pracownikiem jednostki sektora finansów publicznych, której na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych zamawiający powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działająca jako pełnomocnik zamawiającego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest*

jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych”.

Ta zmiana zatem dotyczyła innych osób, aniżeli wymienione w ust. 1 tego artykułu, który nie podlegał zmianie. Przepis ten obok kierownika zamawiającego w ust.1 stanowi, że: *„Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają, z zastrzeżeniem art. 4a: (...) także zgodnie z jego punktem trzecim: „3) pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, z zastrzeżeniem ust. 2 (...)”.*

Zatem ustawa obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia, nie była w tym zakresie względniejsza dla obwinionego.

Także zmiana przepisów wprowadzona do art. 17 ust.1c i ust.4 uondfp nie powoduje, że te przepisy należałoby uznać za surowsze w stosunku do tych, obowiązujących w czasie popełnienia naruszenia.

W przypadku art. 17 ust.1c uondfp w przepisie tym ustawą zmieniającą z dnia 22 czerwca 2016 r. uwzględniono regulacje dotyczące umowy ramowej, nadając mu następujące brzmienie: *„1c. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych winny 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.”*, w miejsce dotychczasowego w brzmieniu: *„1c. 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”.*

W przypadku art. 17 ust. 4 uondfp doprecyzowano katalog osób zobowiązanych do złożenia oświadczenia – o którym stanowi art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - wskazując, że: *„4. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności w*

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania.” W dotychczasowym brzmieniu przepisu: „*4. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania”*. Także ta zmiana nie powodowała, że przepis ten obowiązujący w czasie popełnienia naruszenia był względniejszy dla obwinionego, który w Protokołach z postępowań - z racji wykonywanych w tych postępowaniach czynności pomimo funkcji zastępcy wójta gminy - został wskazany, jako osoba upoważniona do wykonywania niektórych wskazanych czynności, a nie jako kierownik zamawiającego. Funkcja kierownika zamawiającego została przypisana – zgodnie z postanowieniami protokołów – wójtowi tej Gminy.

Ustawa - Prawo zamówień publicznych jest aktem, którego nowelizacje odbywają się zdecydowanie częściej niż omawianej powyżej uoondfp, co niewątpliwie wymaga od organów orzekających szczególnej analizy zmian stanu prawnego, zaistniałego w okresie od popełnienia czynu do momentu wydawania orzeczenia przez komisję orzekającą. Jednakże w tym przypadku także rozważania GKO w kontekście reguły z art. 24 ust.1 uoondfp dotyczyły zmian w przepisach o zamówieniach publicznych, wynikających z ustawy zmieniającej z dnia 22 czerwca 2016 r., albowiem uprzednie zmiany nie dotyczyły wskazanego art. 17 ust. 1 i 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Brzmienie pierwszego z przepisów art. 17 ust. 2 zostało ustalone ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. z datą publikacji w Dz. U. z 2013 r. poz.168, z 2012 r. poz. 1529 i obowiązywało w datach popełnienia przypisanych obwinionemu czynów, dotyczących nie złożenia wymaganego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia. Zgodnie z ust.2: „*Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1”*. Okoliczności określone w powołanym ust.1 nie zostały ustawą z 22.06.2016 r. zmienione: „*1. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli: 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia; 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do*

drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób; 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych". Zmiana dotyczy ust. 2 tego przepisu, któremu ustawa zmieniająca z 22 czerwca 2016 r. nadała następujące brzmienie: *„2. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1. Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia”.*

Zmiana ta polega zatem na dodaniu zdania drugiego odnośnie pouczenia osoby składającej oświadczenie o odpowiedzialności karnej, co nie ma wpływu na rozpoznawany zarzut z art. 17 ust. 4 uondfp i tym samym sytuację obwinionego.

Przepis art. 93 ust.1 punkt 4 ustawy Pzp nie podlegał zmianie po dacie popełnienia przypisanego czynu z art. 17 ust. 1c uondfp. Stosownie do jego brzmienia - także obowiązującego aktualnie - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: *„4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.*

Powyższe ustalenia, dały podstawę do przyjęcia, że orzekając - w związku z dyrektywą art. 24 ust.1 uondfp - w zakresie przypisanych obwinionemu zarzutów, Główna Komisja stosowała przepisy materialne obowiązujące w dacie orzekania, a zatem przepisy ustawy Pzp po ich zmianie wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, które weszły w życie w dniu 28 lipca

2016 r. oraz - obowiązujące także po tej dacie - przepisy uondfp, także wprowadzone ustawą zmieniającą z dnia 22 czerwca 2016 r.

Odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu zarzutów Główna Komisja Orzekająca uniewinniła obwinionego od zarzucanego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uondfp w związku art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie utrzymała zaskarżone orzeczenie w mocy.

GKO, odnośnie wskazanego czynu z art. 17 ust.1c uondfp, w całości potwierdziła ustalenia komisji orzekającej pierwszej instancji w zakresie stanu faktycznego, jednakże nie zgodziła się, co do przypisanego obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uondfp w związku art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym przypadku GKO zgodziła się z obwinionym, że – w stanie faktycznym sprawy - nie było uprawnione połączenie przez RKO, celem przypisania obwinionemu naruszenia z art. 17 ust.1c uondfp, dwóch odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które kończyły się w różnym czasie i w różnych realiach. Pierwsze z postępowań zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp, albowiem oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i jednocześnie nie zamierzał zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, a zatem zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp postępowanie to zostało zakończone jego unieważnieniem. Niewątpliwie określona przez zamawiającego kwota, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się - co potwierdza wskazywane przez obwinionego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - w dyskrejonalnej władzy zamawiającego, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. Zamawiający jest związany – tylko w jej dolnych granicach ogłoszoną kwotą, którą podał - zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp - przed otwarciem ofert. Nie może bowiem w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp obniżyć swobodnie tej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast - w sytuacji przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - ogłoszoną przed otwarciem ofert kwotę zwiększyć. Niewątpliwie zastrzeżenie zawarte w tym przepisie: „chyba, że

zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty” - należy interpretować, jako okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego suwerennej decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które może i chciałby finalnie wydatkować na dane zamówienie. GKO zwraca także uwagę na argumentację obwinionego, który – powołując się na doświadczenie z lat ubiegłych i nie wykluczając oszczędności, i gospodarności z uwagi na rynkowe działania konkurencyjne potencjalnych oferentów – stwierdził, że w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania w dniu 22 lipca 2014 r. nie miał możliwości podjęcia samodzielnej decyzji o zwiększeniu kwoty na realizację przedmiotowego zamówienia. Zdaniem GKO, ogłaszając nowe postępowanie mógł domniemywać, że otrzyma - w okolicznościach ujawnienia kwoty, jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu unieważnionym - oferty z ceną niższą. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem uzasadnienia orzeczenia RKO, że „unieważnienie pierwszego przetargu nastąpiło bez podstawy prawnej”. GKO zwraca także uwagę, że odnośnie oferty przedstawiającej najniższą cenę, [jednakże wyższą od kwoty środków przewidzianych na ten cel], RKO pomija twierdzenia obwinionego, co do podstaw wykluczenia wykonawcy składającego ofertę, z uwagi na brak wymaganych referencji w dniu złożenia oferty, także w roku wcześniejszym, jak i w 2015, którego to oferta za taki właśnie brak została w konsekwencji uznana za odrzuconą. Twierdzenia i dedukcje RKO, że obwiniony: (...) w dacie podejmowania tej decyzji wiedział, że środki na realizację tego zamówienia może bez problemu zwiększyć” nie zostały poparte jakimkolwiek dowodem. GKO zwraca uwagę na podstawowe gwarancje obwinionego w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych formułowane art. 76 uodnfp, w szczególności: zasadę domniemania niewinności obwinionego (ust. 1), zasadę ciężaru dowodzenia (*onus probandi*, ust. 2) i zasadę domniemania niewinności (*in dubio pro reo*, ust. 3). Także na zasadę sformułowaną w ust.4 przepisu w myśl której: „4. Podstawą rozstrzygnięcia mogą być jedynie dowody ujawnione w postępowaniu przed organem orzekającym”. Powyższe odnosi się także do twierdzeń RKO, że okoliczność nie spełniania warunków przez hipotetycznie podlegającego wykluczeniu z postępowania wykonawcę nie wynika z materiału zgromadzonego w sprawie. GKO stwierdza, że o ile była to istotna dla RKO okoliczność, powinna być poddana weryfikacji przez ten organ w postępowaniu dowodowym w pierwszej instancji.

Odnośnie drugiego z postępowań, w którym udzielono zamówienia w dniu 29 sierpnia 2014 r. GKO zgodziła się - wobec ustalenia zgodnego z prawem unieważnienia postępowania

R.1.271.15/2014 - z argumentacją obwinionego, że uzasadnione było przeprowadzenie nowego postępowania R.1.271.15/2014, także w trybie przetargu nieograniczonego. Twierdzenie z kolei RKO, co do nie uzyskania zakładanych oszczędności – wobec niepodważenia przez RKO argumentacji, co do podstaw odrzucenia oferty z ceną 225 tys. zł złożonej w pierwszym przetargu – należało uznać za nieudowodnioną hipotezę, a nie za dowód straty finansowej dla Gminy.

Reasumując, GKO stwierdza, że działania obwinionego – w zakresie powyżej omówionym - było zgodne z prawem, unieważniając pierwsze z postępowań nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podobnie nie naruszył tego przepisu udzielając zamówienia na ten sam przedmiot zamówienia w dniu 29 sierpnia 2014 r. Tym samym nie można było obwinionemu przypisać naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uoondfp. Z tego też powodu GKO, na podstawie art. 78 ust. 3 w związku z jego ust.1 pkt 1 uoondfp, uniewinniła obwinionego od zarzucanego mu naruszenia art. 17 ust.1c uoondfp.

Odnośnie naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust.4 uoondfp, Główna Komisja Orzekająca w całości potwierdziła ustalenia komisji orzekającej pierwszej instancji zarówno w zakresie stanu faktycznego, jak też zastosowanych przepisów prawa, w tym, co do orzeczenia o odstąpieniu od wymierzenia kary na podstawie art. 36 ust.1 uoondfp.

Obwiniony niewątpliwie – i czemu nie przeczył także w odwołaniu - nie wykonał nałożonego ustawą Pzp obowiązku, a mianowicie nie złożył: w pierwszym przypadku - do dnia 5 lipca 2013 r. (data unieważnienia postępowania, a w drugim – do dnia 19 sierpnia 2015 r. (data podpisania umowy) oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem były usługi [oznaczone symbolem: R.I.271.08.2013 i R.I.271.03.2015] dowozu i odwozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy: Zespołu Szkół oraz Społecznej Szkoły Podstawowej. Obowiązek złożenia takich oświadczeń wynika ze wskazanego przepisu ustawy Pzp i, jako osoba wykonująca w tych postępowaniach czynności związane z prowadzonymi postępowaniami był zobowiązany wypełnić.

Odnośnie podnoszonego w odwołaniu braku wskazania w przepisach ustaw *terminu złożenia spornych oświadczeń GKO przyznaje, że przepisy nie precyzują terminu złożenia oświadczenia, a zatem ustalenie momentu, w którym taki obowiązek powstaje uzależnione*

jest od zakresu działania w postępowaniu osoby zobowiązanej do złożenia oświadczenia, a także od okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących postępowania. Niewątpliwie takie oświadczenie należy złożyć – jak wskazuje się w orzecznictwie, w tym Głównej Komisji Orzekającej - w pierwszym możliwym terminie od powzięcia informacji o istnieniu okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto takie oświadczenie powinno być także niewątpliwie złożone w okresie prowadzenia postępowania, nie zaś po jego zakończeniu. Nie można zatem powoływać się na skuteczne usunięcie uchybienia, jeśli dokonanie „zaległej” czynności nastąpiło w wyniku ustaleń kontroli. Nie można również terminu dla złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp także o treści negatywnej konwalidować, składając je w dowolnym momencie czasowym, albowiem takie konwalidowanie na gruncie przepisów nie jest dopuszczalne, a sankcjonowanie takich sytuacji prowadziłoby – wbrew ratio legis przepisu i jego wykładni funkcjonalnej - do składania oświadczeń sięgających nawet kilka lat wstecz, aby uniknąć odpowiedzialności. W tym przypadku z dwuletnim opóźnieniem w przypadku pierwszego z postępowań.

Główna Komisja Orzekająca, nie podzieliła podniesionego w odwołaniu twierdzenia obwinionego, że przyczyny przez niego wskazane uzasadniają zastosowanie w tych przypadkach w stosunku do jego osoby instytucji nadzwyczajnej z art. 28 ust. 1 i 1a uondfp. Komisja orzekająca, uznając obwinionego winnym popełnienia wskazanych naruszeń, zastosowała, zdaniem GKO, prawidłowo reguły z art. 36 ust. 1 uondfp i odstąpiła od wymierzenia obwinionemu kary. Zgodnie z tym przepisem: „1. *W przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunki osobiste sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpić od jej wymierzenia*”. Podejmując takie orzeczenie RKO stwierdziła, że nie występują przeszkody wymienione w art. 36 ust. 3 uondfp i jednocześnie stwierdziła, że w sprawie występują okoliczności, o których mowa w art. 36 ust. 2 uondfp, w szczególności obwiniony przed popełnieniem przypisanych mu czynów wyróżniał się nienagannym wypełnianiem obowiązków, co uzasadnia przypuszczenie, że sam fakt prowadzonego postępowania przed Komisją pozwala osiągnąć cele w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej. Wskazywany przez obwinionego przepisy [art. 28 ust.1 i 1a uondfp], w myśl których nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy oraz, że przy ocenie stopnia

szkodliwości uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia - niewątpliwie mają charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie przy badaniu każdego z naruszeń, w tym także tych przewidzianych w art. 17 ust. 4 uondfp. Jednocześnie GKO wskazuje na ust. 3 tego przepisu w myśl którego: „*Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie wywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców*”. Tym samym ta ustawa nie odnosi szkodliwości naruszenia wyłącznie do finansowego wymiaru czynu, wręcz przeciwnie w odniesieniu do czynów zdefiniowanych m.in. w art. 17 tej ustawy wprost stanowi o naruszeniach dyscypliny finansów publicznych niepowodujących uszczerbku w finansach publicznych, jednakże powodujących naruszenie nałożonych przepisami prawa obowiązków, których waga oraz sposób i okoliczności naruszenia, częstotliwość ogólną i szczególną ich naruszania i skutki naruszenia należy uwzględniać, aby osiągnąć cel prewencyjny oddziaływania ewentualnej kary czy odstąpienia od jej wymierzenia.

Powołana przez obwinionego przesłanka z art. 28 ust.1 uondfp „znikoma szkodliwość naruszenia dyscypliny finansów publicznych” jest ujemną przesłanką, której zaistnienie niewątpliwie skutkuje, zgodnie z art. 78 ust.1 pkt 2 uondfp, zakazem wszczęcia albo nakazem umorzenia postępowania już wszczętego. Jednocześnie GKO – mając na względzie orzecznictwo – wskazuje, że w przypadku wniosku obwinionego reguły wykładni nakazują rozróżnienie faktu naruszenia dyscypliny finansów publicznych od dokonania oceny, czy stopień szkodliwości (ustalonego naruszenia) pozwala na zastosowanie tej ekstraordynaryjnej instytucji pozwalającej na odstąpienie od dochodzenia odpowiedzialności za przypisane [popelnione] mu naruszenia. Tylko stopień „znikomej szkodliwości” przesądza o niedochodzeniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (umorzeniu postępowania), a także o zwolnieniu od obowiązku ponoszenia kosztów postępowania.

W tym przypadku obwiniony dwukrotnie popełnił czyny kwalifikowane, jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a wnosząc o uniewinnienie lub umorzenie postępowania wskazywał, że były to niewielkie uchybienia, w pierwszym przypadku jego nieobecnością podczas sesji otwarcia ofert (w dniu 28.06.2013 r.) spowodowaną urlopem

wypoczynkowym oraz niezuzupełnieniem oświadczenia w późniejszym terminie z powodu niedopatrzenia, a w drugim przypadku – „było to także niedopatrzenie z powodu dużego zakresu obowiązków w tym okresie, gdzie część pracowników przebywa wtedy na urloпах wypoczynkowych (jest to okres wakacyjny) wobec powyższego niektórzy pracownicy są zastępowani przez inne osoby z urzędu”.

GKO stwierdza, że złożenie oświadczenia na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp nie jest tylko czynnością formalną. Jego złożenie powinno być poprzedzone analizą podmiotów występujących w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych. Tym samym to oświadczenie ma istotny wpływ na realizację materialnej zasady bezstronności, a ustawodawca penalizując w art. 17 ust. 4 uoondfp zaniechanie złożenia oświadczenia, jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tego też względu uznał naganność i szkodliwość takiego zachowania dla finansów publicznych oraz przewidział sankcję za naruszenie norm określonych w przepisach ustawy Pzp. Zdaniem GKO, obwiniony jako zastępca wójta, powinien – chociażby z racji pełnionej funkcji - przejawiać szczególną dbałość o należyte wywiązywanie się z nałożonych przepisami prawa obowiązków, a wnioskując o uniewinnienie lub umorzenie postępowania nie opierać wniosku na stwierdzeniu, że były to tylko drobne, a zatem – zdaniem obwinionego - nieistotne uchybienia usunięte niezwłocznie, co jednakże nastąpiło dopiero po ich ujawnieniu przez organ kontrolny i to, także do czynu z roku 2013, w roku 2015. Niewątpliwie ich usunięcie, jak również fakt nie wywołania straty finansowej dla Gminy stanowiły podstawę do odstąpienia od wymierzenia kary. Także rozmowy dyscyplinujące, które przeprowadził z pracownikiem odpowiedzialnym za dokumentowanie postępowań oraz z kierownikiem referatu - aby położono większy nacisk na kompletność dokumentowania postępowań o zamówienie publiczne, celem wyeliminowania jakichkolwiek braków i niedopatrzeń – należy uznać za okoliczności przemawiające za zastosowaniem przez organ orzekający pierwszej instancji odstąpieniem od wymierzenia kary, niewątpliwie również nadzwyczajną instytucją, stosowaną w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie, w oparciu o przesłanki przewidziane art. 36 ust. 1 uoondfp. Jak wskazano w uzasadnieniu orzeczenia, uznając obwinionego winnym popełnienia wskazanych naruszeń Komisja orzekająca (na podstawie art. 36 ust. 1 uoondfp) odstąpiła od wymierzenia mu kary, którą to decyzję podjęła po ustaleniu, że (...) w sprawie występują okoliczności, o których mowa w art. 36 ust. 2 uoondfp, w szczególności obwiniony przed popełnieniem przypisanych mu czynów wyróżniał

się nienagannym wypełnianiem obowiązków, co uzasadnia przypuszczenie, że sam fakt przeprowadzenia postępowania pozwoli osiągnąć cele w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej, a orzeczenie którejkolwiek kary z katalogu określonego w art. 31 ust. 1 uondfp nie znajduje w tych warunkach uzasadnienia”. Zdaniem GKO, wskazywane okoliczności tej sprawy, w tym przypisane obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie mogły prowadzić w postępowaniu przed Główną Komisją do dalszego złagodzenia odpowiedzialności za popełnione czyny, w konsekwencji do umorzenia postępowania. Tym samym Główna Komisja Orzekająca nie doszukała się uzasadnienia dla umorzenia postępowania i zgodziła się z orzeczeniem pierwszej instancji w zakresie zastosowanego odstąpienia od wymierzania kary, nie znajdując podstaw do podważenia tego rozstrzygnięcia. Powyższej oceny nie zmienia uniewinnianie w zakresie jednego z czynów - przy przypisaniu odpowiedzialności odstąpienie od ukarania obwinionego oznacza, że zastosowano wobec niego najłagodniejsze dopuszczalne prawem środki. Nie ma natomiast możliwości nieobciążania takiej osoby kosztami postępowania.

Stwierdzając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji orzeczenia.