



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 21 stycznia 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Tomasz Słaboszowski
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Kryczko
Protokolant:		<i>Mateusz Woźniak</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 21 stycznia 2016 r., odwołania Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Rzeszowie z 17 września 2015 r., sygn. akt: 4010/20/2015, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 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”, a w dacie orzekania w art. 17 ust. 1c ustawy, polegającego na tym, że najpóźniej do dnia 5 października 2011 r. nie wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcy (...) Zakład (...) z powodu niespełnienia przez oferenta warunku SIWZ w zakresie posiadania (w tym przez powołanego wykonawcę (...)) wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej 3 robót polegających na wykonaniu boisk sportowych, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) i nie odrzucił oferty, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zakończyło się udzieleniem zamówienia w dniu 12 października 2011 r. umową nr 131/2011 o wartości 429.901,57 zł netto plus podatek VAT w kwocie 98.877,36 zł na wykonanie robót budowlanych „Wykonanie centrum rekreacyjno-sportowego w (...),

oraz wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Pismem znak RD 431/27/2014 z dnia 7 sierpnia 2015 r., Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych w Rzeszowie wniósł do Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Rzeszowie (zwanej dalej „Komisją” lub „RKO”) o ukaranie (...)karą upomnienia za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy, polegające na niewykluczeniu najpóźniej do dnia 5 października 2011 r. z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcy (...)Zakład (...) z powodu niespełnienia przez oferenta warunku SIWZ w zakresie posiadania (w tym przez powołanego wykonawcę (...)) wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej 3 robót polegających na wykonaniu boisk sportowych, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp”) i nieodrzczeniu oferty, a tym samym naruszenie powyższego przepisu miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zakończyło się udzieleniem zamówienia w dniu 12 października 2011 r. umową nr 131/2011 o wartości 429.901,57 zł netto plus podatek VAT w kwocie 98.877,36 zł na wykonanie robót budowlanych „Wykonanie centrum rekreacyjno-sportowego w (...).

W dniu 17 września 2015 r. Komisja po przeprowadzeniu rozprawy, orzeczeniem o sygn. akt. 4010/20/2015, uznała (...)odpowiedzialnym, zarzucanego we wniosku o ukaranie, naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w dacie popełnienia w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy i w dacie orzekania w art. 17 ust. 1c ustawy. Komisja wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia.

W uzasadnieniu Komisja wskazała, iż w dniu 12 października 2011 r. pomiędzy Gminą (...), a Zakładem (...)została zawarta umowa Nr (...)wykonanie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie Centrum Sportowo Rekreacyjnego w (...)”. W imieniu Gminy (...)oświadczenie woli złożył (...)– Wójt Gminy. Oferta (...)właściciela firmy Zakład (...)została wybrana w wyniku przeprowadzonego przez Gminę (...) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Komisja ustaliła, iż w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – dalej „SIWZ”, sporządzonej na potrzeby prowadzonego postępowania, zatwierdzonej w dniu 18 sierpnia 2011 r. przez (...) - Wójta

Gminy (...), określono iż warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia jest posiadanie przez oferenta doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 3 robót polegających na wykonywaniu boisk sportowych. W celu spełnienia ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć „wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2 „Doświadczenie”. Wykaz musiał potwierdzać spełnienie powyższego warunku. Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia oferty złożyło sześciu wykonawców przy czym żaden z nich nie został wykluczony, żadna z ofert nie została również odrzucona. Wybrano ofertę (...)właściciela firmy Zakład (...), która była ze względu na cenę ofertą najkorzystniejszą.

Komisja na podstawie zgromadzonego materiału ustaliła, iż (...)na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu korzystał z zasobów udostępnionych przez przedsiębiorcę (...) „Zakład Remontowo-Budowlany (...) i w „Formularzu 3.2” wykazał niżej wymienione roboty:

- 1) „Urządzenie terenów rekreacyjno-sportowych w (...)i (...)” dla Gminy (...) za kwotę 473.993,17 zł - z treści referencji wynika, że roboty te obejmowały „budowę kortów tenisowych oraz boisk sportowych”;
- 2) Rozwój potencjału przyrodniczo-turystycznego Gminy (...) poprzez rekultywację zbiornika wodnego (...) w (...) wraz z adaptacją jego otoczenia na cele rekreacyjno-sportowe” dla Gminy (...) za kwotę 877.119,38 zł - z treści referencji wynika, że roboty te obejmowały m.in. „budowę boiska do gry w siatkówkę plażową”;
- 3) „Budowa placu zabaw przy ul. (...)w (...) złożonego z urządzeń małej architektury, placu zabaw przy urządzeniach, boisk sportowych, ciągów pieszych, ciągów pieszo-jezdnymi i zieleni dla firmy (...)Sp. z o.o. w (...) - referencji nie przedłożono;

(...)załączył do oferty zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W dniu 16 września 2011 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się pismem do wykonawcy (...)o uzupełnienie dokumentów potwierdzających wykonanie 3 robót polegających na wykonaniu boisk sportowych. W odpowiedzi na powyższe wykonawca (...) przedłożył referencje potwierdzające należyte wykonanie przez Zakład Remontowo-Budowlany (...)inwestycji wskazanej w pkt 3 o łącznej wartości 553.775,45 zł, z treści których wynika że zakres robót obejmował „ciągi pieszo-jezdne, niwelację terenu, zieleni podbudowy pod boiska i pod place zabaw”. Zatem, jak wskazała Komisja, uzupełniony dokument nie potwierdzał realizacji robót w zakresie żądanym przez zamawiającego - „wykonania boiska sportowego” i zamawiający obowiązany był do wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład (...). Mimo tego, że wykonawca (...)nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie został on przez zamawiającego wykluczony z postępowania i jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Protokół postępowania (...) - Druk ZP-PN oraz informację o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - Druk ZP-17 zatwierdził w dniu 5 października 2011 r. (...) - Wójt Gminy.

RKO wskazała, iż w związku z negatywną oceną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której powodem jest naruszenie przepisów Pzp, Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w dniu 4 lutego 2014 r. rozwiązał umowę nr

(...)z dnia 24 lutego 2012 r. o dofinansowanie projektu „Wykonanie Centrum Sportowo Rekreacyjnego w (...)”.

Komisja wskazała, iż z materiału zgromadzonego na rozprawie wynika, że w zakresie oferty „Wykonanie Centrum Sportowo Rekreacyjnego w (...)”: w dniu 28 października 2013 r. (...) Inżynierów i Techników Budownictwa (...) przedstawił opinię techniczną, w której stwierdzono, że Zakład (...)niezależnie nie dokumentował warunku SIWZ posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania boisk sportowych; w piśmie z dnia 15 lipca 2013 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zajął stanowisko, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na to zadanie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania; w dniu 13 stycznia 2014 r. Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego Departament Organizacyjno-Prawny w oparciu o ustalony stan faktyczny wydał opinię prawną, w której stwierdził że w trakcie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania, że Beneficjent zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy Zakład (...), który mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2) SIWZ.

Komisja zastosowała ustawę obowiązującą w dacie orzekania. Wskazała, iż zakres odpowiedzialności określony w art. 17 ust. 1c - obowiązujący w dacie orzekania - jest zgodny z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy obowiązującej w dacie popełnienia czynu. Podniosła, iż ustalony stan faktyczny bezwzględnie wskazuje na naruszenie przez Obwinionego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Naruszenie powołanego przepisu miało, jak wskazano, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przypisując odpowiedzialność Komisja, powołując art. 18 ust. 1 i 2 Pzp stwierdziła, iż (...) - Wójt Gminy, nie powierzył czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania innym osobom, Komisja przetargowa była zespołem pomocniczym, zatem to Obwiniony ponosi odpowiedzialność za popełniony czyn, gdyż zatwierdził w dniu 5 października 2011 r. protokół postępowania (...) - Druk ZP-PN oraz informację o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - Druk ZP-17 i w dniu 12 października 2011 r. podpisując umowę (...) o wykonanie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie Centrum Sportowo Rekreacyjnego w (...)” udzielił zamówienia publicznego. Komisja uznała, że popełniając zarzucany czyn Obwiniony nie zachował wymaganej w tej sytuacji ostrożności. Fakt, że Komisja przetargowa na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwała wykonawcę do uzupełnienia dokumentu i następnie oceniła, że spełnia wymagania SIWZ oraz wybrała tego wykonawcę, nie zwalniało Obwinionego - przed udzieleniem zamówienia publicznego - od upewnienia się, że dokonany wybór jest zgodny z przepisami Pzp i warunkami SIWZ; decyzja ostateczna, mająca wiążący wpływ na wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego należała wyłącznie do Obwinionego i winna polegać na wykluczeniu wykonawcy Zakład (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Stwierdzona nieprawidłowość miała wpływ na wynik postępowania. Za popełniony czyn oraz w związku z przypisaną Obwinionemu odpowiedzialnością Komisja wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia, odnosząc się przy tym do wniosku Obwinionego o odstąpienie od ukarania i analizując okoliczności związane z jego nieuwzględnieniem.

Pismem z dnia 14 października 2015 r. Obwiniony złożył odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych – dalej zwanej „GKO”, wnosząc o uchylenie orzeczenia. Orzeczeniu RKO zarzucił brak ustosunkowania się i nieuwzględnienie wyjaśnień i wniosków dotyczących rażącego

naruszenia przepisów prawa w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Marszałkowski Województwa uniemożliwiającym, wg Obwinionego, zweryfikowanie ustaleń i wniosków z tych postępowań przez uprawnione do tego organy państwowe.

Wskazał m.in., iż zarówno wszczęcie jak i prowadzenie postępowania weryfikacyjnego przedmiotowego zamówienia nastąpiło niezgodnie z terminami określonymi umową nr (...) z dnia 14 lutego 2012 r. Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego weryfikację prawidłowości przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Centrum Sportowo- Rekreacyjnego w (...) rozpoczął dopiero po upływie 61 dni od daty doręczenia mu przez Urząd Gminy w (...) dokumentów przetargowych, a więc już po upływie wynoszącego 60 dni terminu. O ostatecznym negatywnym wyniku przeprowadzonego postępowania weryfikacyjnego Urząd Marszałkowski poinformował Urząd Gminy w (...) swoim pismem datowanym na dzień 14 lutego 2014 roku, które do Urzędu Gminy wpłynęło w dniu 20 lutego 2014 roku. Wcześniej jednak, bo już w dniu 4 lutego 2014 roku Zarząd Województwa Podkarpackiego podjął decyzję o rozwiązaniu z Gminą (...) umowy o przyznaniu pomocy finansowej na budowę Centrum Sportowo - Rekreacyjnego w (...), z powodu negatywnej weryfikacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obwiniony podniósł, iż od postanowienia o negatywnej weryfikacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie, zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 7 marca 2007 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich ze środków EFRROW, jako wójtowi gminy przysługiwało mu prawo złożenia skargi do sądu administracyjnego. Jednak wcześniejsze, niepoprzedzone zawiadomieniem o negatywnej weryfikacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozwiązanie umowy przez Zarząd Województwa zamknęło postępowanie administracyjne i możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej. Wskazał, iż niezgodne z Pzp przeprowadzenie postępowania oceniającego procedurę udzielenia zamówienia publicznego jako zamawiający, pozbawiony został przysługującego prawa do zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń oraz stawiania wniosków dowodowych pozwalających na rzetelne i obiektywne dokonanie oceny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obwiniony podniósł, iż skierowany przez Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi wniosek do Urzędu Zamówień Publicznych o kontrolę przedmiotowego zamówienia nie skutkował wszczęciem kontroli. Zdaniem Obwinionego odmowa przeprowadzenia kontroli oznaczała w świetle przepisów Pzp, że w przedmiotowej sprawie brak było okoliczności wskazujących na uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogły mieć wpływ na jego wynik. To z kolei jednak spowodowało, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych takim sposobem załatwienia wniosku o przeprowadzenie kontroli doraźnej zamknął, zdaniem Obwinionego, zamawiającemu możliwość skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, tj. zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń i w dalszej kolejności przekazania ich do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Obwiniony odnosząc się szczegółowo do przedmiotu orzeczenia RKO wskazał, iż ustalenia Komisji są niezgodne ze stanem faktycznym. W SIWZ postawiono bowiem warunek wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu co najmniej trzech boisk sportowych a nie w ich wykonaniu (wybudowaniu). Nawet gdyby uznać, że przy ocenie oferty dopuszczono się uchybienia to polegałoby ono na braku wezwania wykonawcy do dalszego uzupełnienia dokumentacji potwierdzającej posiadanie wymaganego doświadczenia i w rzeczywistości jako nieistotne nie miało ono wpływu na sposób rozstrzygnięcia ogłoszonego przetargu nieograniczonego na wykonanie zamówienia publicznego. Wybrany do realizacji zamówienia wykonawca był zdeterminowany i świadom przysługujących mu środków ochrony prawnej a posiadanie wymaganego doświadczenia mógł faktycznie udokumentować dodatkowymi referencjami, co zresztą uczynił w trakcie prowadzonego przez Samorząd Województwa

postępowania weryfikacyjnego. Pogląd, że nieistotne uchybienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mają wpływu na wynik postępowania utrwalony jest w orzecznictwie dotyczącym problematyki zamówień publicznych. Obwiniony wskazał, również, że opinia techniczna (...) Inżynierów i Techników Budownictwa (...) z dnia 28 października 2013 r. jest bezprzedmiotowa. Dotyczy bowiem firmy (...) Zakład (...) jako podmiotu technicznego a nie jako wykonawcy w rozumieniu przepisów Pzp.

Obwiniony wniósł o uchylenie orzeczenia RKO oraz - przy uwzględnieniu faktu, iż materiał dowodowy jest niewiarygodny ze względu na rażące naruszenie prawa w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego oraz przez Urząd Zamówień Publicznych - wniósł o umorzenie postępowania w sprawie ukarania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Pismem z dnia 9 stycznia 2016 r. Obwiniony uzupełnił wniesione uprzednio odwołanie odnosząc się do nieuprawnionej i błędnej interpretacji wymogów określonych w SIWZ przez podmioty dokonujące weryfikacji i kontroli zamówienia. W zakresie formułowanych w SIWZ wymogów przedstawił opinię dr (...) z Uniwersytetu Pedagogicznego w (...) w przedmiocie różnic w znaczeniu wyrazów „wykonywaniu” oraz „wykonania”. W przedstawionej opinii wskazano, iż w doświadczenia polegającego na wykonywaniu co najmniej trzech boisk sportowych nie należy interpretować jako „wykonania”. Boiska „wykonywane” nie muszą być jeszcze „wykonane”.

Po przeprowadzeniu w dniu 21 stycznia 2016 r. rozprawy przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, GKO utrzymała orzeczenie RKO w mocy.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 ustawy GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

Przystępując do rozpoznania sprawy GKO, w pierwszej kolejności, dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu i w czasie orzekania. Norma zawarta w art. 24 ust. 1 ustawy nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były dla sprawcy względniejsze. Do oceny popełnienia przedmiotowych czynów, GKO postanowiła stosować przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz Pzp, obowiązujące w dniu orzekania, uznając iż przepisy ustaw obowiązujące w dacie zarzucanych czynów nie są względniejsze dla Obwinionego.

GKO uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia oraz dokonana w tym zakresie kontrola instancyjna, nie uzasadniają wniosku o uchylenie orzeczenia RKO i umorzenie postępowania w sprawie. GKO nie stwierdziła rozbieżności pomiędzy ustaleniami zawartymi w sentencji orzeczenia RKO i jego uzasadnienia, czy też błędów związanych z oceną zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, które mogłyby mieć wpływ na wynik sprawy.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż orzeczenie Komisji, jak i jego uzasadnienie spełniają wymogi określone odpowiednio w art. 135 i art. 137 ust. 2 ustawy, dla orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W ocenie GKO, RKO rozstrzygając w przedmiotowej sprawie prawidłowo oceniła, zgromadzony materiał dowodowy.

W odniesieniu do formułowanych w odwołaniu zarzutów, dotyczących rażących naruszeń prawa w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego oraz przez Urząd Zamówień Publicznych, GKO wskazuje, iż należy wyraźnie oddzielić postępowanie organów skutkujące złożeniem zawiadomienia w trybie art. 94 ustawy od postępowania prowadzonego przez organy właściwe w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazane w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przedmiotowe postępowanie zainicjowane zostało w wyniku złożonego Rzecznikowi dyscypliny finansów publicznych w dniu 17 lipca 2014 r. zawiadomienia Marszałka Województwa Podkarpackiego, o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Gminie (...) przy udzielaniu zamówienia publicznego pn. „Wykonanie centrum rekreacyjno-sportowego w Dzierdżiówce”. Zawiadamiający wskazał, iż w ramach przeprowadzonej kontroli zamówienia, związanego z realizacją operacji „Wykonanie centrum rekreacyjno- sportowego w (...)” w ramach działania 413 „Wdrażanie lokalnych strategii rozwoju” Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007-2013 ujawniono okoliczności mogące wskazywać na naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 c ustawy poprzez naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Do zawiadomienia dołączono m.in. opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie naruszeń Pzp, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Gminę (...) oraz opinię (...) Inżynierów i Techników Budownictwa - Opinię techniczną na temat oferty „Wykonanie Centrum Sportowo Rekreacyjnego w (...)”.

GKO zwraca uwagę, iż stosownie do art. 45 ust. 1 i 2 ustawy członkowie komisji orzekających, są niezawisli w zakresie orzekania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych i podlegają w tym zakresie tylko przepisom prawa. Orzekają w granicach określonych ustawą oraz na mocy przekonania opartego na ocenie dowodów, rozstrzygają samodzielnie nasuwające się zagadnienia prawne i nie są związani rozstrzygnięciami innych organów, z wyjątkiem prawomocnego wyroku sądu.

W tym zakresie GKO wskazuje, iż zarzucane przez Obwinionego nieprawidłowości, związane z działaniem lub zaniechaniem wskazanych wyżej organów, związanych z weryfikacją zamówienia publicznego przeprowadzonego przez zamawiającego, tj. Gminę (...) na „Wykonanie centrum rekreacyjno - sportowego w (...)” nie są przedmiotem merytorycznej oceny GKO. Postępowanie dotyczy bowiem przedmiotu zawiadomienia, a zatem jedynie działań zamawiającego związanych z ww. zamówieniem publicznym w kontekście zarzucanego we wniosku o ukaranie, jak i przypisanego przez RKO, czynu z art. 17 ust. 1c ustawy.

W odniesieniu do przedstawionych w odwołaniu podstaw uzasadniających wniosek o uchylenie orzeczenia Komisji i umorzenie postępowania GKO wskazuje, iż nie znajdują one podstaw prawnych. GKO podziela stanowisko RKO, odnoszące się zarówno do ustalonego stanu faktycznego jak i przyjętych podstaw prawnych rozstrzygnięcia. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż pomimo braku doprecyzowania przez Obwinionego szczegółowych podstaw prawnych zakreślonego żądania GKO przeanalizowała w pełnym zakresie przesłanki z art. 78 ustawy warunkujące umorzenie postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Bezspornie określone przez zamawiającego w SIWZ warunki udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie centrum rekreacyjno - sportowego w (...)” w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, określone zostały w sposób ograniczający inną, niż dokonana w przedmiotowym SIWZ, wykładnię. Zamawiający określił, iż „wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, co najmniej: 3 robót polegających na wykonywaniu boisk sportowych”. GKO podziela stanowisko Odwołującego w przedmiocie odmienności wyrażen językowych „wykonywanie” i „wykonanie” w zakresie skutków zrealizowania określonych czynności. Należy jednak zauważyć, iż sam Obwiniony, zatwierdzając SIWZ, przyjął dokonaną w nim wykładnię w zakresie wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w wykonaniu 3 robót w zakresie boisk sportowych. Wyraźnie wskazano bowiem, iż chodzi o doświadczenie związane z zakończeniem wskazanych robót. Powyższe również wynika z samego oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w punkcie 3.2 (karta 261 akt sprawy, tom II), oświadcza on, że wykazuje się doświadczeniem polegającym na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert robót budowlanych odpowiadających wymaganiom zamawiającego. Zatem przyjęte dookreślenie sformułowania „wykonanie” nie pozwala na przyjęcie innego zakresu wymagań określonych w SIWZ przez zamawiającego. Tym samym, słusznie wskazała RKO, że brak wykluczenia wykonawcy (...) Zakład (...) z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego „Wykonanie centrum rekreacyjno - sportowego w (...)” stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z niewykazaniem przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Komisja wykazała również związek pomiędzy naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp a wpływem stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując na zawarcie z wykonawcą podlegającym wykluczeniu umowy w dniu 12 października 2011 r.

W ocenie GKO, Komisja prawidłowo wskazała, iż popełniony przez Obwinionego czyn wyczerpuje w momencie popełnienia, identyfikowanym z datą 5 października 2011 r. (zatwierdzenie protokołu postępowania (...)- Druk ZP-PN, informacji o spełnieniu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-17, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (...)) znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego z innym, niż wymienione w pkt 1-3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w dacie orzekania art. 17 ust. 1c ustawy, polegającego na naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Jakkolwiek znamiona czynów są inaczej opisane i w czasie popełnienia naruszenia momentem jego popełnienia było działanie polegające na udzieleniu zamówienia publicznego to fakt, iż ustawodawca w czasie orzekania wiąże zaistnienie naruszenia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych pod warunkiem, że doszło do udzielenia zamówienia publicznego pozwala na przyjęcie, że zachowanie sprawcy wypełniało znamiona zarówno naruszenia opisanego wg stanu prawnego w dniu popełnienia naruszenia jak i w dniu orzekania. Przy czym zaznaczyć należy, iż taka konstatacja warunkowana jest tym, iż jak w przedmiotowej sprawie znamiona obu naruszeń w przedmiotowej sprawie zostały wypełnione przez Obwinionego (tak też w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie sygn. akt V SA/Wa 1487/12 z 21 listopada 2012 r.).

Od Obwinionego, Wójta Gminy, kierownika zamawiającego można było oczekiwać przeprowadzenia postępowania zgodnie z określonymi w SIWZ warunkami. W zakresie wymiaru kary, GKO stwierdza, iż Komisja I instancji wymierzyła Obwinionemu karę najłagodniejszego rodzaju spośród katalogu kar wskazanych w ustawie. W odniesieniu do całokształtu uwzględnionych przez organ pierwszej instancji okoliczności mających wpływ na jej wymiar, stwierdzić należy, iż orzeczenie w tym zakresie jej prawidłowe.

Wobec powyższego, GKO orzekła, jak w sentencji.