



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 9 maja 2016 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Marek Gluch (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Jacek Najfeld
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2016 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 14 grudnia 2015 r., sygn. akt: DB-0965/93/15, w zakresie, w którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa (...) - winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, „polegającego na nieprzekazaniu do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Renowację kanalizacji sanitarnej” w ramach Projektu „(...)” (umowa z dnia 8.04.2014 r. za wynagrodzeniem 12.728.879,45 zł). Z treści SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż

21.000.000,00 PLN. Natomiast w odpowiedzi na zapytania Wykonawców Zamawiający wskazał, iż uzna za spełniony warunek posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jeżeli wykonawca do składanej oferty dołączy oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się przed podpisaniem kontraktu posiadać ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00 PLN. Tym samym Zamawiający dokonując istotnej zmiany w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu był zobowiązany do przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o zmianie (sprostowaniu) treści SIWZ. Powyższe zaniechanie było sprzeczne z przepisami art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).”

oraz odstąpiono od wymierzenia kary Obwinionemu i obciążono kosztami postępowania,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), utrzymuje w mocy orzeczenie w zaskarżonym zakresie.

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

Orzeczeniem z dnia 14 grudnia 2015 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu (RKO), po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2015 r. przy udziale stron, sprawy z wniosku o ukaranie (...), pełniącego w czasie popełnienia zarzucanych naruszeń dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Zarządu w Przedsiębiorstwie (...), uznała Obwinionego winnym (cyt.) „popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168), polegającego na nieprzekazaniu do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o

Sygn. akt BDF1.4800.11.2016

udzielenie zamówienia publicznego na „Renowację kanalizacji sanitarnej” w ramach Projektu „(...)” (umowa z dnia 8.04.2014 r. za wynagrodzeniem 12.728.879,45 zł). Z treści SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00 PLN. Natomiast w odpowiedzi na zapytania Wykonawców Zamawiający wskazał, iż uzna za spełniony warunek posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jeżeli wykonawca do składanej oferty dołączy oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się przed podpisaniem kontraktu posiadać ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00 PLN. Tym samym Zamawiający dokonując istotnej zmiany w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu był zobowiązany do przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o zmianie (sprostowaniu) treści SIWZ. Powyższe zaniechanie było sprzeczne z przepisami art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.)”.

RKO odstąpiła od wymierzenia kary i obciążyła Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

RKO rozpoznając sprawę w wyżej wskazanym zakresie stwierdziła, co następuje.

W art. 17 ust. 1 pkt 5 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 uondfp, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uznane zostało nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Zdaniem RKO, z materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy odnośnie do naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp bezspornie wynika, że Obwiniony, nie przekazał do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Renowację kanalizacji sanitarnej” w ramach Projektu „(...)” (umowa z dnia 8 kwietnia 2014 r. za wynagrodzeniem 12.728.879,45 zł). Z treści SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00

PLN. Natomiast w odpowiedzi na zapytania Wykonawców Zamawiający wskazał, iż uzna za spełniony warunek posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jeżeli wykonawca do składanej oferty dołączy oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się przed podpisaniem kontraktu posiadać ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00 PLN. Tym samym Zamawiający dokonując istotnej zmiany w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu był zobowiązany do przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o zmianie (sprostowaniu) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Powyższe zaniechanie było sprzeczne z przepisami art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych – dalej Pzp, który stanowi, iż jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

RKO wskazała, że na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 1 i 4 uondfp, odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych objęci są nie tylko kierownicy jednostek sektora finansów publicznych, ale także osoby wchodzące w skład organu zarządzającego podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, jak i osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem nimi. W przedmiotowej sprawie Obwiniony pełni funkcję organu – zarządu (zarząd jednoosobowy) podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych (sp. z o.o.), a zatem Obwiniony, jako osoba spełniająca przesłanki określone w ww. przepisach jest odpowiedzialny za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp. Ponadto, zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. Faktem jest, że stosownie do art. 18 ust. 2 Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie

wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego. Jednakże w rozpoznawanej sprawie nie doszło do powierzenia, o którym mowa w cytowanym przepisie.

Komisja wskazała także na fakt, że środki przekazane z Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (WFOŚiGW) są środkami publicznymi i przez fakt ich przekazania podmiotowi niepublicznemu nie straciły swojego charakteru, stąd też przy ich wydatkowaniu należy przestrzegać przepisów Pzp.

Komisja, oceniając podmiotową (subiektywną) podstawę odpowiedzialności, stwierdziła, że wina zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Jak wynika z doktryny oraz orzecznictwa Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych(GKO) „dla przypisania komuś winy niezbędna jest obiektywna niewłaściwość, to znaczy bezprawność postępowania, polegająca na sprzeczności z ustawą” (orzeczenie GKO DF/GKO/Odw.-46/62/2002. LEX nr 196184), a więc nie danie przez Obwinionego posłuchu normie prawnej mimo, iż Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucane czyny.

W przedmiotowej sprawie Obwiniony zaniechał zamieszczenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, a zatem jest odpowiedzialny za popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 5 uodnfp.

Mając na uwadze charakter naruszenia, jak i dotychczasową niekaralność Obwinionego, RKO postanowiła odstąpić od wymierzenia kary uznając, że przeprowadzone postępowanie spełni charakter prewencyjny i Obwiniony dochowa należytej staranności i nie dopuści do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w przyszłości.

Obrońca złożył odwołanie od orzeczenia w części, w której przypisano Obwinionemu odpowiedzialność - odstąpiono od wymierzenia kary i obciążono kosztami postępowania.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

„1) naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 5) uodnfp w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2) PZP poprzez uznanie, iż wbrew treści tego przepisu Obwiniony nie przekazał do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Renowację kanalizacji sanitarnej” w ramach Projektu „(...)” (umowa z dnia 8.04.2014r.za wynagrodzeniem 12.728.879,45 zł), podczas gdy obwiniony, wobec braku dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i to skutkującą zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu, nie miał obowiązku przekazania takiego ogłoszenia,

co w konsekwencji doprowadziło do uznania obwinionego winnym popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie zarzucanego mu czynu;

2) naruszenie art. 89 ust. 1 i art. 137 ust. 2 udfp poprzez sporządzenie zbyt lakonicznego i ogólnikowego uzasadnienia orzeczenia w części odnoszącej się do przypisania obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp, sugerującego zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności:

- a. niewskazanie przez komisję orzekającą w uzasadnieniu faktów i okoliczności, które uwzględniła wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
- b. niewskazanie faktów, które uznała w tym zakresie za udowodnione lub nieudowodnione oraz zaniechanie wyjaśnienia, na jakich oparła się dowodach oraz, dlaczego nie uznała dowodów przeciwnych;
- c. zaniechanie odniesienia się w treści uzasadnienia orzeczenia do wyjaśnień obwinionego z dnia 1 października 2015 roku złożonych w toku postępowania wyjaśniającego oraz wyjaśnień uzupełniających zawartych w piśmie obrońcy obwinionego z dnia 22 października 2015 roku odnośnie zarzucanego mu naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp;
- d. niewyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia, tj. brak wskazania konkretnej podstawy przypisania obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia;

co w konsekwencji uniemożliwia właściwe zapoznanie się z motywami rozstrzygnięcia komisji orzekającej, zrozumienie tychże motywów, a w rezultacie ustosunkowanie się do nich w rzeczowy i wyczerpujący sposób.”

Obrońca wniósł „o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez:

- 1) uniewinnienie obwinionego od popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp), polegającego na nieprzekazaniu do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia zmianie ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Renowację kanalizacji sanitarnej” w ramach Projektu „(...)” (umowa z dnia 8.04.2014r. za wynagrodzeniem 12.728.879,45 zł) i w konsekwencji
- 2) obciążenie kosztami postępowania Skarbu Państwa.

Ewentualnie, na podstawie art. art. 147 ust. 1 pkt 3) udfp, w razie zaistnienia ku temu podstaw, Obrońca wniósł o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i przekazanie sprawy ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.”

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy o finansach publicznych w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp Obrońca wskazał, że w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia ww. przepisów.

Podniósł, że przepisy prawa zamówień publicznych wyraźnie rozróżniają wyjaśnienia i zmianę treści SIWZ. Zgodnie z treścią art. 38 ust. 1 Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Art. 38 ust. 1 Pzp odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca nie rozumie treści SIWZ i w celu jej zrozumienia zwraca się do zamawiającego o wyjaśnienia. Zapytania wykonawców, a w konsekwencji odpowiedzi na nie, mają na celu doprecyzowanie lub uszczegółowienie intencji zamawiającego zawartych w SIWZ.

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić jednak treść SIWZ. Dokonaną zmianę zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeżeli SIWZ jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie (art. 38 ust. 4 Pzp)

Konsekwencją zwrócenia się wykonawcy o wyjaśnienie treści SIWZ może, ale nie musi być dokonanie zmian treści specyfikacji przez zamawiającego. Ponadto, jeżeli wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści SIWZ lub ogłoszenia, a tylko uszczegółwiają tam znajdujące

się postanowienia, zamawiający nie ma obowiązku, a jedynie możliwość dokonania odpowiednich modyfikacji, zwłaszcza, gdy przyczyni się to do rozwiązania zaistniałych wątpliwości. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym w przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści SIWZ lub ogłoszenia, a tylko uszczegółwiają tam znajdujące się postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji SIWZ, czy też nie publikować zmian w ogłoszeniu (wyr. KIO z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO 917/10, opubl. Legalis 330118).

Zgodnie art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Z treści tego przepisu wynika, że obowiązek przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej dodatkowych informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, aktualizuje się dopiero wówczas, gdy dochodzi do zmiany SIWZ, która jednocześnie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem składającego odwołanie, taka sytuacja niewątpliwie nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Obróńcy wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w żaden sposób nie zmieniały treści SIWZ, ani ogłoszenia o zamówieniu. Wyjaśnienia jedynie konkretyzowały, uszczegółwiały znajdujące się tam postanowienia. Stosownie do treści art. 38 ust. 2 Pzp oraz pkt 15.1. SIWZ treść udzielonych wyjaśnień została udostępniona wykonawcom, którym Zamawiający przekazał SIWZ, jak i również została umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W związku z powyższym, Obwiniony nie był obowiązany do przekazania do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z uwagi na fakt, że nie doszło do zmian treści SIWZ.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 i art. 137 ust. 2 uondfp Obrońca wskazał, że stosownie do treści tego przepisu, organ prowadzący postępowanie jest obowiązany do wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego.

„Zgodnie z treścią art. 137 ust. 2 udfp, uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać:

- 1) wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, a także
- 2) wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione;
- 3) wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia;
- 4) przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia.

Celem uzasadnienia jest wyjaśnienie stronom, na jakich dowodach oparła się komisja i dlaczego nie uwzględniła dowodów przeciwnych, wyjaśnienie stronom podstawy prawnej rozstrzygnięcia, nie tylko przez przytoczenie przepisów, ale też przez wyjaśnienie przyjętego sposobu ich interpretacji i zastosowania, odniesienie się do argumentacji stron tak, aby zostały one przekonane, że ich stanowiska i argumenty zostały wzięte pod uwagę i należycie rozważone. Uzasadnienie ma na celu też przedstawienie toku myślenia, który doprowadził skład orzekający do przyjęcia takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. Uzasadnienie nie spełniające tych wymogów, nie daje stronom możliwości ustosunkowania się do motywów wydanego rozstrzygnięcia, a tym samym utrudnia im realizację prawa do odwołania się od niego. Uniemożliwia też organowi odwoławczemu dokonanie rzetelnej kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia (orzeczenie GKO z dnia 30 września 2010 r., BDF1/4900/51/58/10/97, LEX nr 794500). Niedopuszczalne jest ogólne powoływanie się na "przeprowadzone na rozprawie dowody". Konieczne jest przedstawienie zależności przyjętego stanu faktycznego, w całości lub w konkretnym fragmencie, od poszczególnych dowodów (tak: orzeczenie GKO z dnia 6 lutego 2003 r., DF/GKO/Odw.-131/167/2002, LEX nr 80063). Co więcej, wskazuje się, że wydanie orzeczenia, którego uzasadnienie nie zawiera odniesienia się do okoliczności faktycznych podnoszonych przez obwinionego w postępowaniu przed komisją, stanowi naruszenie prawa (orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 28 marca 2011 r., BDF1/4900/10/11/11/432, LEX nr 798193).

Komisja orzekająca poprzestała jedynie na przytoczeniu w części uzasadnienia opisującej stan faktyczny sprawy treści wyjaśnień, które obwiniony złożył w niniejszej sprawie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia w zakresie przypisania obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp, brak jest jednak odniesienia się do ich treści. Należy mieć na względzie, że obwiniony, kwestionując zasadność przypisania mu jakiegokolwiek odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w niniejszej sprawie, złożył w toku postępowania wyjaśniającego obszernie pisemne wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 1 października 2015 roku. Co więcej, wyjaśnienia uzupełniające ujęte zostały również w piśmie obrońcy obwinionego z dnia 22 października 2015 roku. Odnośnie zarzucanego mu naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp, jak i pozostałych naruszeń, od których popełnienia został uniewinniony, obwiniony składał wyjaśnienia również na rozprawie, która miała miejsce dnia 14 grudnia 2015 roku.

Tymczasem, komisja orzekająca, uznając obwinionego winnym popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp i uzasadniając swoje rozstrzygnięcie w tym zakresie, nie odniosła się do wyjaśnień obwinionego, ani pozostałych dowodów zebranych w sprawie. Poprzestała jedynie na ogólnym stwierdzeniu, że z materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy odnośnie naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp bezspornie wynika, że obwiniony nie przekazał do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, naruszając art. 38 ust. 4a pkt 2) PZP. Komisja orzekająca nie uwzględniła, ani nie odniosła się w uzasadnieniu do wyjaśnień obwinionego, z których bezsprzecznie wynika, że obwiniony nie miał takiego obowiązku. Zamiast tego, ponownie przytoczona została treść zarzutu stawianego obwinionemu oraz art. 38 ust. 4a pkt 2) PZP.

Należy podkreślić, że z uzasadnienia orzeczenia nie wynika, że obowiązek przekazania do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do art. 38 ust. 4a pkt 2) PZP, w ogóle spoczywał na obwinionym. Komisja orzekająca wskazała jedynie, że obwiniony zaniechał zamieszczenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, a zatem jest odpowiedzialny za popełnienie czynu określonego przepisami art. 17 ust. 1 pkt 5) udfp. Nie sposób zatem ustalić, na jakiej konkretnie podstawie przypisuje się obwinionemu winę w oparciu art. 19 ust. 2 udfp.”

Obrońca podniósł, że „zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określa art. 4 pkt 1)-4) oraz art. 4a udfp. Tymczasem, komisja orzekająca jako podstawę odpowiedzialności obwinionego wskazała zarówno art. 4 pkt 1), jak i art. 4 pkt 4) udfp, uzasadniając, że w przedmiotowej sprawie obwiniony pełni funkcję organu - zarządu (zarząd jednoosobowy) podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych (sp. z o.o.), a zatem spełnia przesłanki określone w w/w przepisach i jest odpowiedzialny za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 5 udfp.” Ponadto, powołała się na art. 18 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego oraz wskazała, że środki przekazane przez WFOŚiGW są środkami publicznymi, stąd też przy ich wydatkowaniu należy przestrzegać przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

Obrońca wskazał także, że „uzasadnienie orzeczenia powinno przekonać stronę o wzięciu pod uwagę i należywym rozważeniu jej stanowiska. Uzasadnienie ma także spełniać wychowawczą rolę, przekonując stronę, że odmowa uwzględnienia jej stanowiska przed organem orzekającym odpowiada prawu i jest zgodna z zasadami sprawiedliwości i słuszności. Niedostateczne uzasadnienie orzeczenia może wywoływać wątpliwości co do faktu, czy komisja rzeczywiście rozważyła wszystkie istotne okoliczności sprawy, które mogą mieć wpływ na jego rozstrzygnięcie, nawet jeśli takie rozważania komisja przy orzekaniu przeprowadziła. Sytuacja taka jest niedopuszczalna zatem także ze względu na zachowanie społecznego poczucia sprawiedliwości i zaufania obywateli do prawa i pracy organów orzekających (orzeczenie GKO z dnia 19 lutego 2001 r., DF/GKC)/Odw.-275/465/2000, LEX nr 150151).”

Obrońca stwierdził, że „wskazane uchybienia komisji orzekającej uniemożliwiają obwinionemu zapoznanie się z motywami rozstrzygnięcia komisji orzekającej, zrozumienie tychże motywów, a w rezultacie ustosunkowanie się do nich w rzeczowy i wyczerpujący sposób, a tym samym utrudnia obwinionemu realizację jego prawa do odwołania się od niego.”

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, co następuje.

Orzeczenie RKO jest, co do zasady prawidłowe, a zarzuty określone w odwołaniu zasługują na uwzględnienie tylko w części. Nie wpływa to jednak na treść rozstrzygnięcia GKO.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp poprzez to, że w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia ww. przepisów, GKO stwierdza, że kluczowe dla oceny zachowania Obwinionego jest uznanie, iż pomimo tego, że ograniczono się do trybu wyjaśnienia treści SIWZ, to wyjaśnienia te spowodowały zmianę treści SIWZ oraz zmianę Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dz. Urz. UE z dnia 22 listopada 2013 r. Odpowiadając bowiem na pytanie 3 wykonawcy w piśmie z dnia 10 grudnia 2013 r. o treści: „Czy zamawiający dopuści, aby Wykonawca zamiast opłaconej polisy OC przedstawił oświadczenie, w którym zobowiązuje się po wygraniu przetargu, ale przed podpisaniem umowy z Zamawiającym zawsze niezbędne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 21 mln złotych?” podał, że: „Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania ubezpieczenia, określony w rozdz. 9 ust.2 pkt 3) lit.c) IDW, jeśli Wykonawca do składanej oferty dołączy oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się przed podpisaniem Kontraktu posiadać ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, o wartości, co najmniej 21 000 000 PLN”. Ta odpowiedź spowodowała zmianę postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w jej punkcie 9 ust.1 ppkt 3 lit. c) zgodnie z którym ubiegający się o udzielenie wykonawca zobowiązany był: „posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 21 000 000,-PLN”; W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku zamawiający w tym punkcie [przed jego zmianą] wymagał, aby Wykonawca złożył w ofercie opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.” Powyższa odpowiedź spowodowała także zmianę Ogłoszenia o zamówieniu w jego Sekcji II.2.2) lit. c), gdzie zawarto analogiczną regulację, jak w specyfikacji. Zamawiający zatem powinien był formalnie zmienić SIWZ, czego nie uczynił. Konsekwencją udzielonej odpowiedzi, a w zasadzie zmiany warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w SIWZ, było powstanie obowiązku przekazania do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie Ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wbrew temu, co twierdzi Obrońca, wyjaśnienia nie ograniczyły się

do doprecyzowania czy uszczegółowienia SIWZ, ale zmieniały te warunki, wpływając na nierówne traktowanie potencjalnych wykonawców. Tak jak wskazano, z treści SIWZ, zawartych w aktach postępowania wynika, że Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00 PLN. Natomiast w odpowiedzi na zapytania Wykonawców Zamawiający zmienił ten warunek wskazując, iż uzna za spełniony warunek posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jeżeli wykonawca do składanej oferty dołączy oświadczenie, że w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się przed podpisaniem kontraktu posiadać ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00 PLN. Już pobieżna analiza pierwotnej treści SIWZ i odpowiedzi na zapytanie wykonawców wskazuje na ewidentną zmianę warunku, nie zaś na jego uszczegółowienie. Zmiana spowodowała, że wykonawcy nie musieliby chociażby ponosić kosztów związanych z ubezpieczeniem przystępując do udziału w postępowaniu. Koszty te wykonawca poniósłby tylko wtedy, gdyby jego oferta została wybrana.

GKO w pełni podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, że, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej treści nowego znaczenia, mamy do czynienia ze zmianą treści SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11, zwróciła uwagę, że „wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację. Art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na uprawnienie zmiany przez zamawiającego treści specyfikacji po jej publicznym ogłoszeniu, a to, czy zmiana taka została dokonana, ocenia się nie poprzez oficjalne powołanie się na ten przepis, lecz ocenę faktyczną oświadczeń złożonych przez zamawiającego. Zatem możliwe jest, aby zamawiający dokonał zmiany specyfikacji, o której mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odpowiadając na pytania wykonawców - nie są to instytucje rozłączne i wyłączające się nawzajem”. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej treści nowego znaczenia, mamy do czynienia ze zmianą treści specyfikacji (zob. wyrok KIO z dnia 31 marca 2014 r., KIO 503/14).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 i art. 137 ust. 2 uoondfp poprzez sporządzenie zbyt lakonicznego i ogólnikowego uzasadnienia orzeczenia w części odnoszącej się do przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1 pkt 5 uoondfp, sugerującego zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, GKO wskazuje, że uzasadnienie RKO nie jest doskonałe, ale zawiera podstawowe, wymagane elementy i wyjaśnia główne motywy rozstrzygnięcia. Wskazuje, na czym polegał przypisany czyn (w tym podstawy prawne) oraz, dlaczego Obwiniony jest odpowiedzialny za jego popełnienie. Co prawda RKO powołuje dwie podstawy odpowiedzialności podmiotowej, tj. art. 4 pkt 1 i 4 uoondfp, ale nie można uznać tego za uchybienie, ponieważ obie te podstawy są adekwatne do stanu faktycznego i prawnego sprawy. Obwiniony działał zarówno, jako osoba wchodząca w skład organu zarządzającego podmiotu nienależącego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania środki publiczne oraz osoba, o której mowa w art. 4 pkt 4 uoondfp, ponieważ Obwiniony był zobowiązany, na podstawie umowy, którą podpisał, do działania w imieniu beneficjenta środków europejskich (Program Operacyjny Infrastruktury i Środowiska). Okolicznością niekwestionowaną przez Obwinionego jest także to, że nie powierzono nikomu innemu obowiązków, których zaniechanie stanowiło naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

GKO stwierdza także, wbrew twierdzeniu obrońcy, że nie przedstawiono dowodów przeciwnych do tych zgromadzonych w aktach postępowania, które wpływałyby na inną ocenę sprawy. W szczególności dowodów takich nie przedstawił Obwiniony. W toku postępowania odwoławczego natomiast nie wniesiono o uzupełnienie materiału dowodowego. Odniesienie się do argumentów i ocen przedstawionych przez Obwinionego i obrońcę znajduje się w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia oraz w niniejszym uzasadnieniu.

GKO uznała także, że Obwinionemu można przypisać winę, ponieważ od kierownika podmiotu wykorzystującego środki publiczne wymagać można znajomości przepisów dotyczących zamówień publicznych i ich prawidłowej interpretacji. W niniejszej sprawie nie trzeba było dokonywać skomplikowanej wykładni, aby stwierdzić, że doszło do zmiany SIWZ; zmiana ta była oczywista.

GKO potwierdza także, że naruszenie było szkodliwe dla finansów publicznych w stopniu wyższym niż znikomy. Obwiniony poważnie naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a sposób naruszenia tych zasad zgodnie z art. 28 ust. 3

Sygn. akt BDF1.4800.11.2016

uondfp należy brać w szczególności pod uwagę. Obwiniony, jako zamawiający mógł doprowadzić do tego, że część potencjalnych wykonawców nie przystąpiło do postępowania, nie mając wiedzy, że nie muszą w dniu składania ofert posiadać ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 21.000.000,00 PLN.

Biorąc pod uwagę powyższe, GKO orzekła jak w sentencji.