

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

Warszawa, dnia 16 lipca 2018 r.

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Agata Mikołajczyk</i></b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)</i></b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Elżbieta Gnatowska</i></b>
Protokolant:		<b>Dorota Machnicka</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter,  
po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 16 lipca 2018 r., odwołań wniesionych przez:

Obwinionego (...) (zam. (...)) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...)i oraz jego Obrońcy, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2018 r. sygn. akt: RKO.6111.3.2018, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.), zwanej uondfp polegającego na zaniechaniu wezwania – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze późn. zm.) – wykonawcy „(...) Sp. z o.o. – Uczestnik Konsorcjum, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że (...)wskazany do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót (budowy) sanitarnych w zakresie co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m; dokonując wyboru oferty wyżej wymienionego wykonawcy obwiniony naruszył obecnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień

publicznych a w czasie popełnienia czynu art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Czasem popełnienia czynu jest dzień 26 lutego 2015 r., tj. dzień następujący po zakończeniu prac komisji przetargowej zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamówienie publiczne pn.: „*Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...), etap II, cz. 3*” zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcy – „(...)Sp. z o.o. – Uczestnik Konsorcjum w dniu 10 marca 2015 r. umową Nr 14, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy wynosi 6.547.293,83 zł;

Regionalna Komisja Orzekająca wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł;

**orzeka:**

- 1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uondfp uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i uniewinnia (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uondfp,**
- 2) na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

**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 9 kwietnia 2018 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie (dalej „RKO”) uznała Obwinionego (...) (dalej „Obwiniony”) – będącego w czasie popełnienia czynu wójtem gminy (...) - winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej „uondfp”) polegającego na zaniechaniu wezwania – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm., dalej „ustawa Pzp”) – wykonawcy (...) Sp. z o.o. – Uczestnik Konsorcjum, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że (...)wskazany do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót (budowy) sanitarnych w zakresie co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m. Dokonując wyboru oferty wyżej wymienionego wykonawcy Obwiniony naruszył obecnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w czasie popełnienia czynu art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Czasem popełnienia czynu zdaniem RKO jest dzień 26 lutego 2015 roku, tj. dzień następujący po zakończeniu prac komisji przetargowej i zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 uoondfp wymierzono Obwinionemu karę nagany. Na podstawie art. 167 ust. 1 uoondfp w związku art. 30 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o szczególnych rozwiązaniach służących realizacji ustawy budżetowej na rok 2018 (Dz. U. z 2017 r. poz. 2371) oraz art. 5g ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2191), RKO obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu – na rzecz Skarbu Państwa – kosztów postępowania w wysokości 316,18 zł.

**RKO ustaliła następujący stan faktyczny:**

W dniu 7 stycznia 2015 roku gmina (...) (dalej „Zamawiający”) wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...), etap II, cz. 3*” w trybie przetargu nieograniczonego (dalej „Postępowanie”). Wartość szacunkowa zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 5.694.315,47 zł, co stanowi równowartość 1.416.637,34 EURO (k. 57 akt).

Zamawiający dokonując opisu warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia żądał od wykonawców dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się określonym doświadczeniem i kwalifikacjami zawodowymi, w tym kierownikiem robót sanitarnych posiadającym m.in. co najmniej 4 letnie doświadczenie zawodowe obejmujące wykonanie, będąc na stanowisku kierownika robót (budowy)

sanitarnych, co najmniej 1 roboty budowlanej w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m (k. 24 akt).

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty. Wybrano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (...)Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum”). Pismem z 25 lutego 2015 roku Zamawiający poinformował Konsorcjum o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo I.Z.271.1.2015 – k. 109 akt; e-mail – 111 akt).

Konsorcjum załączyło do oferty formularz „Potencjał kadrowy”, w którym do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych wskazany został (...). Z treści ww. formularza nie wynika, że wskazany do pełnienia funkcji na tym stanowisku (...)pełnił funkcję kierownika robót (budowy) sanitarnych podczas realizacji co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m. Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do uzupełnienia oferty i wybrał ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą.

W dniu 10 marca 2015 roku Zamawiający i Konsorcjum została zawarta umowa Nr 14 o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...), etap II, cz. 3*” (k. 112 – 121 akt). Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy wyniosło 6.547.293,83 zł (k. 116 akt). Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Uwzględniając powyższe RKO zważyła, co następuje.

RKO oceniła, iż Zamawiający zaniechał w przedmiotowej sprawie zastosowania przepisu art. 26 ustawy Pzp nie wzywając Konsorcjum do uzupełnienia formularza „Potencjał kadrowy” o informacje, które pozwoliłyby potwierdzić, że Konsorcjum dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, która pełniła funkcję kierownika robót (budowy) sanitarnych podczas realizacji co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m.

RKO argumentowała, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obecnie i w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowił, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli

wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W dniu orzekania przepis ten stanowił, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Analizując zmianę wyżej cytowanych przepisów ustawą z dnia z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, dalej „ustawa nowelizująca”) RKO doszła do przekonania, że w rozpatrywanej sprawie zastosowanie ma ustawa „nowa”, gdyż „stara” nie jest w tym przypadku względniejsza dla sprawcy.

Zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, narusza w opinii RKO przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1c uo ndfp. Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty i udzielił zamówienia wykonawcy niespełniającemu warunku udziału w postępowaniu.

W toku postępowania wyjaśniającego w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Obwiniony złożył wyjaśnienia, wskazując, iż brak podstaw do przypisania mu winy. Na rozprawie 9 kwietnia 2018 roku Obwiniony podniósł, że powołał komisję

przetargową, w skład której wchodziły osoby przeszkolone w sprawach zamówień publicznych i które odpowiadały za prawidłowe przeprowadzenie postępowania. Odnosząc się do tej części wyjaśnień RKO zauważyła, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny dla przypisania winy konieczne jest uwzględnianie funkcji pełnionych przez daną osobę w zakresie gospodarki finansowej. W konsekwencji wymóg zachowania należytej staranności trzeba osądzać w kontekście konkretnej funkcji lub stanowiska. Zatem przesłanką przypisania winy jest niedołożenie należytej staranności właściwej na danym stanowisku, która zależy od pozycji zajmowanej przez daną osobę. W kontekście powyższego, oraz dalszych wyjaśnień Obwinionego, w których wskazuje na swoją rolę jako wójta, naprzestrzeganie przepisów Pzp poprzez stworzenie odpowiedniej komórki merytorycznej od zamówień, a także na poleganiu na wiedzy i doświadczeniu osób zatrudnionych w Urzędzie, należy wskazać, że to Obwiniony jest kierownikiem jednostki, przyjmując powierzone Mu stanowisko, przyjął w ten sposób także pełną odpowiedzialność związaną z wykonywaniem tej funkcji. RKO wskazała, że *„Oczywistym jest, że kierownik jednostki nie wykonuje sam wszystkich zadań ale właśnie kieruje, a kierować powinien tak by zapewnić przestrzeganie prawa przez jednostkę”*. Ponadto, wskazanie: *„Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...)Etap II cz. 3” (...)* szczególnie pozostawało w kręgu mojego zainteresowania”, a także *„w trakcie prowadzonego postępowania wielokrotnie zapewniany byłem przez Komisję”* świadczy o zaangażowaniu. RKO zwróciła uwagę, że zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 oraz art. 20 ust. 1 ustawy Pzp komisja przetargowa jest jedynie ciałem doradczym dla kierownika zamawiającego. Zatem Obwiniony bezpodstawnie uznał, że powołanie komisji przetargowej zdejmuje z niego obowiązek prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

W dalszej części wyjaśnień Obwiniony wskazał na znikomy stopień społecznej szkodliwości: *„W mojej ocenie, najistotniejszym jest, że w niniejszej sprawie nie tylko nie zaistniały istotne skutki naruszenia dyscypliny finansów publicznych ale także to, że tychże skutków po prostu nie ma. Zamawiający brakiem wezwania nie naruszył przede wszystkim zasady sformułowanej w art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o finansach publicznych, zgodnie z którą wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem m.in. zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. W niniejszym postępowaniu została wybrana oferta, która była ofertą najtańszą, zaniechanie Zamawiającego zatem nie spowodowało żadnego uszczerplenia środków publicznych”*. W kwestii szkodliwości czynu RKO wskazała, że wszystkie czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych

są szkodliwe odwołując się do orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z 13 stycznia 2014 roku, sygn. akt BDF1/4900/79/84/13/RWPD-77840, iż „...szkodliwości dla finansów publicznych (...) nie można utożsamiać wyłącznie ze szkodą finansową ponoszoną przez jednostkę. Potwierdza to chociażby katalog naruszeń dyscypliny finansów publicznych, w którym wskazano szereg czynów, z popełnieniem których nie muszą łączyć się żadne wymierne straty finansowe. GKO zwraca również uwagę, że pojęcia szkodliwość i szkoda nie są to pojęcia tożsame...”. Ponadto wielokrotnie przytaczany w wyjaśnieniach Obwinionego art. 28 uoondfp w ustępie 3 stanowi „Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego 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”.

W złożonych wyjaśnieniach Obwiniony podniósł, że: „przedmiot umowy został w całości prawidłowo wykonany. Wykonane prace są wysokiej jakości, zgodne z umową, a kanalizacja sanitarna funkcjonuje bezusterkowo. Podkreślić należy, że inwestycja została bardzo dobrze odebrana przez mieszkańców miejscowości (...). Sposób wykonania przedmiotu umowy jest na tyle modelowy, że mieszkańcy zorganizowali spotkanie z wybranym w przetargu Wykonawcą, pragnąc podziękować mu za wykonane prace osobiście.”

Uwzględniając powyższe wina Obwinionego nie budzi w przekonaniu RKO wątpliwości. Obwiniony w dniu popełnienia zarzucanego mu czynu (RKO przyjęła, że czasem popełnienia czynu jest 26 lutego 2015 roku, tj. dzień następujący po zakończeniu prac komisji przetargowej i zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty) był wójtem gminy (...). Udzielił zamówienia publicznego, w którym Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia oferty czym naruszył art. 26 ust. 3 ustawyPzp, a dokonując wyboru oferty tego wykonawcy naruszył obowiązujący obecnie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawyPzp a w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zaniechanie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1c uoondfp.

RKO także podkreśliła, że zawiadomienie w sprawie niniejszej złożył Prezes UZP wyrażając tym samym opinię w sprawie w rozumieniu przepisu art. 86 ust. 2 uondfp. Skład orzekający RKO podzielił to stanowisko.

Odpowiedzialność Obwinionego wynika zatem z:

- art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *„Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego”* i
- art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp w brzmieniu obowiązującym obecnie i w dacie popełnienia zarzucanego czynu, który stanowi iż *„Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych”*.

Zgodnie z przepisem art. 20 ust. 1 ustawy Pzp komisja przetargowa jest jedynie zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego. Obwiniony mógł i powinien zweryfikować dokumenty z przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności, że było to zamówienie o znacznej wartości. Budżet Gminy na 2015 rok wyniósł: dochody – 33.893 tys. zł, wydatki – 33.593 tys. zł. W związku z powyższym znaczny był również stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych.

Obwiniony nie był wcześniej karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Inwestycja będąca przedmiotem postępowania została wykonana i jest użytkowana. W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, a wybrana była oferta najniższą. Inwestycja była o znacznej wartości. Mając na uwadze, że Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych nieумыślnie, a stopień szkodliwości czynu jest dla finansów publicznych znaczny, RKO wymierzyła Obwinionemu za przypisany mu czyn karę nagany, co spełni cele społecznego oddziaływania, dyscyplinujące i zapobiegawcze wobec Obwinionego.

Z przedstawionym rozstrzygnięciem nie zgodził się Obwiniony kwestionując jego prawidłowość w odwołaniu z 14 maja 2018 roku.

Obwiniony zarzucił orzeczeniu obrazę art. 17 ust. 1c uondfp oraz art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 (dawniej: art. 24 ust. 2 pkt 4), a także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia i uznanie Obwinionego winnym popełnienia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów



publicznych. Obwiniony wskazał także na błędną ocenę dowodów zebranych w sprawie, co miało istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, w szczególności poprzez nieprawidłowe ustalenie, iż wina popełnienia zarzucanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie budzi wątpliwości i błędnego ustalenia stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych, jako znaczny.

Mając na uwadze powyższe Obwiniony wniósł o uchylenie orzeczenia RKO oraz wydanie orzeczenia uniewinniającego od zarzucanego czynu.

Pismem z 22 maja 2018 roku zostało wniesione odwołanie obrońcy Obwinionego.

Obrońca Obwinionego zarzucił:

- 1) obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 17 ust. 1c uoondfp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 (dawniej: art. 24 ust. 2 pkt 4), a także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie, co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem, iż w niniejszej sprawie doszło do naruszenia wymienionych przepisów, w sytuacji, w której z zebranego materiału dowodowego wynika, iż oceniane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami, a Obwiniony nie ponosi winy;
- 2) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 86 ust. 2 w zw. z art. 92 uoondfp poprzez oparcie orzeczenia na stwierdzeniach Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawartych w zawiadomieniu nr UZP/DKUE/W3/421/88(24)/16/KS z 11 stycznia 2017 roku, w sytuacji, w której zawiadomienie to nie może stanowić opinii, o której mowa w art. 86 ust. 2 uoondfp, ponieważ jest wyłącznie zawiadomieniem, o którym mowa w art. 168a ustawy Pzp, nie zostało sporządzone na żądanie RKO, ani w wyznaczonym terminie, a organem zawiadamiającym był Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, który nie działał w tym zakresie z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak również nie wystąpiły okoliczności wymagające wiadomości specjalnych lub wiedzy specjalistycznej z zakresu ustawy Pzp, a RKO nie stwierdziła, iż niezbędne jest wyjaśnienie zawitych kwestii z zakresu ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia,
- 3) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 89 ust. 1 w zw. z art. 137 ust. 2 pkt 2 uoondfp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego, w

szczegółności przez pominięcie dowodów zgłoszonych przez obrońcę na rozprawie 9 kwietnia 2018 roku, tj. referencji z 8 grudnia 2014 roku od Gminy (...) dla (...) Sp. z o.o., oświadczenia (...) z 28 grudnia 2014 roku, protokołu posiedzenia komisji przetargowej nr 2 z 17 lutego 2015 roku, z informacji pokontrolnej 2/RPMA.04.01.00-14-005/12-00, z których wynikało, iż wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia,

- 4) błąd w ustaleniach faktycznych w zakresie: ustalenia stopnia szkodliwości dla finansów publicznych oraz wagi naruszonych obowiązków, sposobu i okoliczności ich naruszenia, w tym sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania, których ustalenie miało istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia i uznanie Obwinionego winnym popełnienia zarzucanego mu czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Mając na uwadze powyższe naruszenia, na podstawie art. 138 ust. 5 w zw. z art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp wniesiono o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz wydanie orzeczenia uniewinniającego Obwinionego od zarzucanego mu czynu.

Ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez GKO, iż doszło do naruszenia art. 17 ust. 1c uondfp wniesiono o uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz umorzenie postępowania na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 8 uondfp z uwagi na znikomy stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych.

W odwołaniu argumentowano, że wbrew ustaleniom RKO, z treści formularza „Potencjał kadrowy”, załączonego do oferty Konsorcjum wynika, że (...), wskazany na stanowisko kierownika robót (budowy) sanitarnych, posiadał odpowiednie doświadczenie, wymagane przez Zamawiającego, tj. doświadczenie w realizacji co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m. Z formularza „Potencjał kadrowy” wynikało bowiem, iż (...) posiadał 8 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót. Sporządzone zatem w ten sposób oświadczenie pozwalało Obwinionemu uznać, iż wskazana osoba - (...) - posiada odpowiednią liczbę lat przepracowanych na stanowisku kierownika robót. Oświadczenie to nie budziło wątpliwości Obwinionego, stąd nie zmaterializowała się podstawa wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia czy uzupełnienia oświadczenia w zakresie posiadania przez (...) doświadczenia w postaci co najmniej 4 lat na stanowisku kierownika

robót (budowy) sanitarnych, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w brzmieniu aktualnym na dzień udzielenia zamówienia). W dodatku wykonawca wskazał w tabeli numer uprawnień budowlanych (...), które to uprawnienia zostały nadane w 2006 roku, jak to wynika z numeru uprawnień (MAZ/0459/OWOS/()6).

Jednakże RKO nie odniosła się do powyższej okoliczności, wobec czego brak jest możliwości ustalenia jej motywów do stwierdzenia nieprawidłowości w tym zakresie.

Dalszej analizy wymagała kwestia potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku w zakresie realizacji robót budowlanych w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m.

Z załączonych do oferty referencji Gminy (...) dla Przedsiębiorstwa Robót Wodno-Inżynieryjnych Sp. z o.o. wynika, iż zakres rzeczowy zamówienia realizowanego dla Gminy (...) obejmował, m.in. wykonanie sieci grawitacyjnej o długości 5703 m oraz sieci tłocznej o długości 1225,5 m.

Dowód: Referencje Gminy (...) dla Przedsiębiorstwa Robót Wodno-Inżynieryjnych (...)Sp. z o.o. - w aktach sprawy.

Nie można zapominać także o fakcie posiadania przez zamawiającego oświadczenia Pana (...), które zostało załączone do oferty Konsorcjum w drugim postępowaniu. Istotne jest bowiem, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co do którego Obwiniony ma postawione zarzuty, jest trzecim postępowaniem na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...), etap II cz. 3. Pierwsze dwa postępowania (ogłoszenia o zamówieniu o numerach: 2014/S 183-322226 oraz 2014/S 218-384733) zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż ceny najniższych ofert przewyższały kwoty, jakie Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W drugim postępowaniu o numerze ogłoszenia o zamówieniu 2014/S 218-384733 jedyną ofertę złożyło właśnie Konsorcjum. Co więcej, oferty w drugim postępowaniu zostały otwarte na 9 dni przed wszczęciem trzeciego postępowania. Już w tym czasie Zamawiający posiadał informacje na temat doświadczenia (...).

Dowód: kopia oświadczenia (...)z dnia 28 grudnia 2014 r. - w aktach sprawy.

Posiadając te informacje zamawiający wiedział, że (...)wskazany na kierownika robót sanitarnych, posiada doświadczenie w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej o długości 6928,5 m, co jest doświadczeniem znacznie większym od wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Konsorcjum złożyło także oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Dowód: oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum - w aktach sprawy

Wskazano, że o ile zamawiający zwykle korzystają z oświadczeń i dokumentów składanych w danym postępowaniu przez wykonawcę, to jednak ciężar sprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na zamawiającym. Celem każdego postępowania jest szybkie i zgodne z procedurami udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a którego oferta jest najkorzystniejsza.

Obwiniony zapewnił zatem, by postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy zarzut, zostało udzielone w sposób efektywny. W przypadku, gdy zamawiający był w posiadaniu oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, formularza „Potencjał Kadrowy”, referencji Gminy (...)(...) oraz oświadczenia (...), nie było podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które by ponownie potwierdzały doświadczenie kierownika robót sanitarnych.

Zdaniem wnoszącego odwołanie nie było żadnych przeszkód, aby Zamawiający zweryfikował sytuację podmiotową Konsorcjum na podstawie:

- 1) oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
- 2) formularza „Potencjał kadrowy” - który zawierał informacje na temat posiadanych uprawnień przez (...), zgodnych z SIWZ,
- 3) referencji,
- 4) oświadczenia (...)- osoby wskazanej do wykonania zamówienia, zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ.

Dalej, RKO w sposób lakoniczny oceniła, iż dokonanie ww. czynności przez Obwinionego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wyczerpywało znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1c uoondfp. RKO nie wyjaśniła, w czym upatruje chociażby potencjalnego wpływu czynności dokonanych przez Obwinionego na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W braku wykazania wpływu na wynik postępowania w orzeczeniu RKO z ostrożności obrońca wskazał, że Konsorcjum wykazało brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożyło ofertę najkorzystniejszą cenowo, zgodną z treścią SIWZ, i wykonano przedmiot zamówienia w sposób należyty.

Nawet, gdyby przyjąć założenie o formalnym uchybieniu wobec braku wezwania wykonawcy do uzupełnienia formularza „Potencjał kadrowy” w zakresie liczby metrów wykonanej przez kierownika robót sanitarnych kanalizacji sanitarnej, to nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż Konsorcjum dysponowało kierownikiem robót sanitarnych - (...), który posiadał doświadczenie znacznie przewyższające warunki określone w SIWZ.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie można przypisać Obwinionemu winy w popełnieniu czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp. RKO błędnie uznała, iż wina Obwinionego nie budzi wątpliwości. Po pierwsze RKO ostatecznie wskazała, iż Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych nieумыślnie, co oznacza, że RKO miała wątpliwości co do świadomości Obwinionego popełnienia zarzucanego mu czynu. Samo to świadczy o niekonsekwencji RKO przy ocenie zachowania Obwinionego. Jeżeli RKO uznała, iż w świetle art. 19 ust. 2 uoondfp ponosi winę, to powinna była wyjaśnić, dlaczego jej zdaniem - mimo posiadania jednoznacznego stanowiska komisji przetargowej, przy braku odwołań innych wykonawców - można Obwinionego uznać za winnego oraz dlaczego zdaniem RKO, nie dochował on należytej staranności wymaganej od Obwinionego, jako kierownika Zamawiającego. Tymczasem RKO uznała, iż komisja przetargowa jest wyłącznie zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, wobec czego powinien był samodzielnie weryfikować dokumenty z przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Udowodnienie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych spoczywało na rzeczniku dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony nie miał obowiązku dowodzenia swojej niewinności ani dostarczenia dowodów winy. Przypisanie winy polega na wskazaniu, jak Obwiniony powinien działać by nie naruszyć dyscypliny finansów publicznych w sytuacji, gdy obiektywnie, w konkretnej sytuacji miał taką możliwość (analogicznie orzekła Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 22 maja 2017 r., sygn. akt BDF1.4800.2.2017).

W okolicznościach niniejszej sprawy Obwiniony nie miał możliwości odmiennego zachowania się, bowiem:

- 1) został zapewniony o słuszności wyboru oferty Konsorcjum przez wyspecjalizowany zespół tworzący komisję przetargową; Obwiniony wyjaśnił na rozprawie 9 kwietnia 2018 roku, iż członkami komisji były osoby wyszkolone w zakresie ustawy Pzp, które przygotowywały SIWZ, w tym dwie osoby posiadały uprawnienia budowlane;
- 2) w świetle posiadanych oświadczeń i dokumentów Konsorcjum Obwiniony uważał, iż Konsorcjum spełniał warunki udziału w postępowaniu, wobec czego unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej byłoby nieuprawnione;
- 3) w przypadku nieuprawnionego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej Obwiniony naraziłby środki finansowe gminy na uszczuplenie z uwagi na niedotrzymanie terminu realizacji umowy w przedmiocie finansowania ze środków unijnych przedmiotowego postępowania (termin: czerwiec 2015, a wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany 25 lutego 2015 r.);
- 4) Obwiniony nie posiadał ani przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ani przed zawarciem umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego informacji od któregokolwiek z wykonawców bądź innego podmiotu, iż dokonał czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (umowa została zawarta w dniu 10 marca 2015 roku, natomiast pierwsze pismo od wykonawcy (...)Sp. z o.o. wpłynęło dopiero później w dniu 10 marca 2015 r. - co istotne pismo to nie było odwołaniem, czyli środkiem zaskarżenia, jaki przysługiwał temu wykonawcy),  
- co wyklucza możliwość przypisania mu winy za zarzucany czyn naruszenia art. 17 ust. 1c uoondfp.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, zachowanie Obwinionego nie spełniało przesłanek z art. 17 ust. 1c uoondfp.

Niezależnie od zarzutu naruszenia prawa materialnego, obrońca Obwinionego wskazał, iż RKO dopuściła się naruszenia prawa procesowego przy wydawaniu orzeczenia poprzez oparcie orzeczenia na stwierdzeniach Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawartych w zawiadomieniu nr UZP/DKUE/W3/421/88(24)/16/KS z dnia 11 stycznia 2017 roku.

Obowiązkiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zawiadomienie właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (art. 168a ustawy Pzp).

Art. 86 ust. 2 uoondfp upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wydawania opinii, w terminie określonym przez organ prowadzący postępowanie, w sprawach dotyczących przepisów o zamówieniach publicznych.

Należy jednakże odróżnić obie instytucje. Opinia, którą niejako „zleca” organ prowadzący postępowanie, jest szczególnym środkiem dowodowym w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Opinia, o której mowa w art. 86 ust. 2 uoondfp wydawana jest w razie zaistnienia potrzeby wyjaśnienia istotnych, kluczowych dla sprawy, kwestii związanych z przepisami o zamówieniach publicznych. Organ prowadzący postępowanie musi więc:

- 1) rozpatrywać zagadnienie rodzące wątpliwości w zakresie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych,
- 2) stwierdzić niezbędność skorzystania z takiej opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy - tj. brak możliwości samodzielnego rozstrzygnięcia spornej kwestii,
- 3) wyznaczyć Prezesowi UZP zakres zagadnień, które są wątpliwe i o których wyjaśnienie się zwraca,
- 4) wyznaczyć Prezesowi UZP termin na sporządzenie opinii.

Natomiast zawiadomienie, o którym mowa w art. 168a ustawy Pzp jest jedynie pismem informacyjnym Prezesa UZP o stwierdzonych naruszeniach podczas prowadzonej kontroli.

W niniejszej sprawie nie została natomiast sporządzona opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Po pierwsze RKO nie stwierdziła potrzeby skorzystania z takiej opinii - w sprawie nie trzeba było korzystać z wiedzy specjalistycznej w zakresie zawiłych zagadnień dotyczących stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Po drugie nie został wyznaczony zakres zagadnień oraz termin, w których Prezes Urzędu Zamówień miałby przygotować opinię. Po trzecie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie jest autorem zawiadomienia, a jedynie Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, który zgłaszając zawiadomienie działał w imieniu własnym. Świadczą o tym zarówno główka pisma, jak i podpis Wiceprezesa. Brak jest jakiegokolwiek informacji, iż działa on z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Dowody: zawiadomienie Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 stycznia 2017 r. nr UZP/DKUE/W3/421/88(24)/16/KS - w aktach sprawy.

Wobec tego, abstrahując od ww. kwestii formalnych zlecenia sporządzenia takiej opinii, przedmiotowe zawiadomienie Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie może zostać potraktowane, jako opinia, o której mowa w art. 86 ust. 2 uoondfp również z uwagi tożsamość podmiotu jej wydającego.

Kwestia ma istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, albowiem RKO na str. 8 uzasadnienia orzeczenia wskazuje, iż przedmiotowe zawiadomienie Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 stycznia 2017 r. nr UZP/DKUE/W3/421/88(24)/16/KS traktuje jako opinię, o której mowa w art. 86 ust. 2 uoondfp, podziela ją i między innymi na jej podstawie wydaje orzeczenie.

RKO naruszyła również art. 89 ust. 1 uoondfp, ponieważ zaniechała wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego, do czego była zobowiązana przez wspomniany artykuł. Wszechstronne rozpatrzenie materiału dowodowego powinno oznaczać wnikliwą analizę tego materiału, w tym przede wszystkim wyjaśnienie ewentualnych sprzeczności. W uzasadnieniu orzeczenia winna znaleźć się wnikliwa i krytyczna ocena dowodów. Brak oceny przeprowadzonych dowodów w uzasadnieniu orzeczenia stanowi naruszenie dyspozycji art. 137 ust. 2 pkt 2 uoondfp (tak też orzekła Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 20 maja 2013 r., sygn. akt BDF1.4900.19.24.13.RWPD-13543 czy w orzeczeniu z dnia 26 lutego 2016 r., sygn. akt BDF1.4800.171.2015: „*Uzasadnienie*



*orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych powinno precyzować ustalenia zawarte w orzeczeniu, odpowiadające ustawowym znamionom naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Nie może się ono ograniczać do przytoczenia przepisu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Uzasadnienie powinno wskazywać fakty, które uznano za udowodnione i wyjaśniać, dlaczego przyjęto dany pogląd prawny. Powinno wreszcie uzasadnienie przytoczyć okoliczności, które komisja orzekająca miała na względzie przy wymierzaniu kary”.*

Skoro więc obrońca Obwinionego przedstawił w postępowaniu toczącym się przed RKO, na rozprawie 9 kwietnia 2018 roku dokumenty na obronę Obwinionego, tj.:

- 1) referencje z 8 grudnia 2014 roku od Gminy (...) dla (...)Sp. z o.o.,
- 2) oświadczenie (...)z 28 grudnia 2014 roku,
- 3) protokół posiedzenia komisji przetargowej nr 2 z 17 lutego 2015 roku,
- 4) informację pokontrolną 2/RPMA.04.01.00-14-005/12

- a przewodniczący RKO zarządził włączenie tych dokumentów w poczet materiału dowodowego (vide: str. 3 protokołu rozprawy z dnia 9 kwietnia 2018 r.), to do obowiązku RKO należało właściwie je skomentować, ze szczególnym uzasadnieniem argumentów i dowodów, którym RKO nie dała wiary lub nie uwzględniła lub inaczej oceniła. Tymczasem RKO wydała orzeczenie w ogóle nie odnosząc się do tych dowodów, podczas gdy dowodzą one, iż w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia przepisów uondfp.

Z tego powodu orzeczenie obarczone jest istotną wadą, która doprowadziła do uznania Obwinionego za winnego zarzucanego mu czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Oceniając zachowanie Obwinionego RKO dopuściła się także błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegającego na błędnym ustaleniu stopnia szkodliwości dla finansów publicznych oraz wagi naruszonych obowiązków, sposobu i okoliczności ich naruszenia, w tym sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 uondfp nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy, a jeżeli naruszenie nie wywołuje skutków finansowych, to zgodnie z art. 28 ust. 3 uondfp uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności naruszenia, w tym sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania.

RKO stwierdziła, iż stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny, biorąc pod uwagę, iż zamówienie to charakteryzowało się wysoką wartością, budżet gminy wyniósł w 2015 r.: dochody - 33.893 tys. zł, wydatki - 33.593 tys. zł. Dochody i wydatki gminy, które uwzględniła RKO przy ocenie stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych, nie mają w rzeczywistości żadnego znaczenia w świetle art. 28 ust. 1 i 3 uondfp. RKO nie uwzględniła natomiast przy tej ocenie w szczególności faktu, iż oferta Konsorcjum była ofertą najtańszą - tańszą aż o 1.148.669,68 zł od oferty drugiego w rankingu ofert wykonawcy - (...) Sp. z o.o., a także ryzyka utraty finansowania zamówienia ze środków pochodzących z funduszy unijnych.

Kierując się zasadami ekonomii i legalności Obwiniony zdecydował się wybrać ofertę znacznie tańszą. Okoliczność ta wyraźnie pokazuje, iż Obwiniony działał w celu zapewnienia gminie jak najlepszego przedmiotu zamówienia za jak najniższą cenę. W przeciwnym razie naraziłby gminę na znaczną szkodę majątkową. Szkoda ta związana byłaby nie tylko z wyborem oferty droższej, ale także z potencjalną utratą środków pochodzących z funduszy unijnych (co również nie zostało uwzględnione).

RKO przy ocenie stopnia szkodliwości nie uwzględniła również tak istotnego faktu, jakim jest należyte wykonanie inwestycji, będącej przedmiotem zamówienia, na co zwracał uwagę Obwiniony jeszcze przed zamknięciem rozprawy (vide: str. 5 protokołu z rozprawy z 9 kwietnia 2018 roku).

Powyższe okoliczności zostały uwzględnione dopiero przy ocenie wymiaru kary, jaką wymierzyła Obwinionemu RKO.

Okoliczności te mają istotny wpływ na treść orzeczenia i uznanie Obwinionego winnym popełnienia zarzucanego mu czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wobec

czego konieczne jest przy ocenie dokonywanej przez GKO uwzględnienie wszystkich aspektów wpływających na stopień szkodliwości dla finansów publicznych.

**Uwzględniając powyższe GKO po przeprowadzeniu rozprawy 16 lipca 2018 roku na podstawie zebranego materiału dowodowego ustaliła i zważyła, co następuje.**

Rozstrzygnięcie RKO, jako wadliwe nie może się ostać, na co wskazują niżej opisane okoliczności faktyczne i prawne.

GKO podziela ustalenia faktyczne RKO w zakresie dotyczącym brzmienia SIWZ odnośnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego i treści dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku. Niewątpliwie z dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum nie wynika, że wskazany na funkcję kierownika robót sanitarnych (...)pełnił funkcję kierownika robót (budowy) sanitarnych podczas realizacji co najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m. Nie jest także kwestionowane, że Zamawiający nie zastosował w realiach sprawy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wzywając Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w zakresie koniecznym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego odnośnie doświadczenia osoby wskazanej na funkcję kierownika robót.

RKO w swoich rozważaniach pominęła jednak dokumenty przedłożone przez Obwinionego w toku rozprawy przed RKO 9 kwietnia 2018 roku, w szczególności nie poddała ocenie:

- 1) referencji z 8 grudnia 2014 roku od gminy (...) dla jednego z Konsorcjantów - (...)Sp. z o.o.,
- 2) oświadczenia (...)z 28 grudnia 2014 roku,
- 3) informacji pokontrolnej 2/RPMA.04.01.00-14-005/12.00.

Z powołanych wyżej dokumentów wynika jednoznacznie, że (...)posiadał wymagane w SIWZ doświadczenie. W referencjach wystawionych przez wójta gminy (...) dotyczących budowy sieci kanalizacyjnej z przyłączami w miejscowościach (...)zostało wprost wskazane, że przedmiot zamówienia obejmował, m.in. wykonanie sieci tłocznej o długości 1 225,5 m.b., a „*kierownikiem robót był majster budowy Pan (...)*” (k. 248 akt). Z treścią

przytoczonych referencji koresponduje treść oświadczenia (...)z 28 grudnia 2018 roku (k. 249 akt) potwierdzone przez (...)” Sp. z o.o. (na oświadczeniu znajduje się adnotacja prezesa zarządu spółki, że oświadczenie jest zgodne ze stanem faktycznym). Jakkolwiek przedmiotowe oświadczenie wskazuje, że (...)pełnił obowiązki majstra na budowie (zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN majster to m.in. „*na budowie: osoba nadzorująca pracę podległych sobie robotników*”), to w przywołanych wcześniej referencjach określono jego funkcję jako kierownika budowy. Zatem obydwie dokumenty, tj. referencje i oświadczenie uzupełniają się wzajemnie potwierdzając spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego.

Dalej wymaga zauważenia, że w toku rozprawy 9 kwietnia 2018 roku obrońca Obwinionego podkreślał, że ww. dokumenty zostały złożone przez Konsorcjum wraz z ofertą w poprzednio prowadzonym postępowaniu - przedmiotowe postępowanie było trzecim z kolei na ten sam przedmiot zamówienia (protokół rozprawy z 9 kwietnia 2018 roku, k. 261 akt). Fakt dysponowania przez Zamawiającego ww. dokumentami w trakcie Postępowania Obwiniony jednoznacznie podtrzymał w toku rozprawy przed GKO 16 lipca 2018 roku.

GKO ocenia ww. wyjaśnienia za wiarygodne. Brak podstaw w zebranych materiale dowodowym do ich kwestionowania. W szczególności Postępowanie poddane było kontroli Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Programów Unijnych, która w Informacji pokontrolnej 2/RPMA.04.01.00-14-005/12-00 z 23 kwietnia 2015 roku (k. 151258 akt) nie stwierdziła uchybień w omawianym zakresie.

W świetle okoliczności sprawy zatem należy przyjąć, iż ww. dokumenty znajdowały się w dyspozycji Zamawiającego na moment dokonywania oceny ofert w postępowaniu.

Pozostaje do oceny zatem, czy dokumenty te powinny być wzięte pod uwagę w celu zweryfikowania prawidłowości przypisania przez RKO Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uoandfp polegającego na zaniechaniu wezwania – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że (...)wskazany do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót (budowy) sanitarnych w zakresie co

najmniej 1 budowy kanalizacji sanitarnej o długości co najmniej 1000 m, a tym samym naruszenie obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w czasie popełnienia czynu - art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi pozytywnej.

Za punkt wyjścia rozważań GKO przyjęła przepis art. 24 uondfp, zgodnie z którym jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia danego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy.

Po pierwsze zatem należy ustalić czas popełnienia czynu. Błędnie RKO za moment popełnienia czynu przyjęła dzień następujący po zakończeniu prac komisji przetargowej, tj. 26 lutego 2015 roku. Tym czasem przypomnieć należy, że postępowanie o zamówienie publiczne finalizuje zawarcie umowy. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Głównej Komisji Orzekającej (np. orzeczenie GKO z 19 kwietnia 2018 roku, sygn. akt BDF1.4800.17.2018), jak również Sądu Najwyższego. W uchwale z 17 grudnia 2010 roku (sygn. akt III CZP 103/10) Sąd Najwyższy zauważył, że „(...) *postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. (...), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*”. Zatem dniem popełnienia czynu jest dzień zawarcia umowy (w stanie faktycznym sprawy 10 marca 2015 roku). Z tym dniem czynności zamawiającego w postępowaniu pozostają nieodwracalne. Do chwili zawarcia umowy Zamawiający miał możliwość unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Po drugie prawidłowo zauważyła RKO, iż aktualne brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie odbiega od brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp obowiązującego w dniu popełnienia czynu (mimo, że RKO wadliwie ten dzień określiła, to zarówno 26 lutego 2015 roku, jak i 10

marca 2015 roku brzmienie omawianej regulacji było tożsame) w zakresie istotnym dla rozpoznania sprawy. Także przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uległ istotnym z punktu widzenia niniejszej sprawy zmianom.

RKO jednak pominęła w swoich rozważaniach regulację przepisu art. 26 ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym wprowadzonym ustawą nowelizującą przepisem wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy. Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się, m.in. do dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (np. dotyczących potencjału osobowego wykonawcy). Omawiany przepis będzie znajdował w myśl regulacji wynikającej z art. 24 uoondfp zastosowanie do oceny stanu faktycznego tej sprawy.

Konsekwencją powyższego jest przyjęcie, iż na gruncie obowiązującej w dniu orzekania przez GKO (i także RKO) stanu prawnego zamawiający jest nie tylko uprawniony, lecz zobowiązany do uwzględnienia w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów znajdujących się w jego dyspozycji np. w wyniku wcześniej przeprowadzonego postępowania. Zatem konieczne jest wzięcie pod uwagę referencji z 8 grudnia 2014 roku wystawionych przez wójta gminy (...) oraz oświadczenia (...). Dokumenty te dowodzą, że Konsorcjum to dysponowało wymaganym w SIWZ potencjałem kadrowym, a co za tym idzie brak podstaw do przypisania odpowiedzialności Obwinionemu na podstawie art. 17 ust. 1 c uoondfp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając zaprezentowane stanowisko GKO zobowiązana była do uchylenia orzeczenia RKO w całości na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uoondfp w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uoondfp i uniewinnienia Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c uoondfp. Na podstawie art. 167 ust. 2 uoondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państw

Niezależnie od powyższego należy wskazać na kolejne uchybienie w rozstrzygnięciu RKO, jakkolwiek pozostające bez wpływu na niniejsze rozstrzygnięcie. Błędnie bowiem RKO zakwalifikowała pismo Wiceprezesa UZP stanowiące zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny

finansów publicznych z 11 stycznia 2017 roku wskazane w art. 168a ust. 2 ustawy Pzp, jako opinię, o której mowa w przepisie art. 86 ust. 2 uondfp. Są to bowiem odrębne instytucje prawne.

Art. 86 ust. 2 uondfp upoważnia Prezesa UZP do wydawania opinii, w terminie określonym przez organ prowadzący postępowanie, w sprawach dotyczących przepisów o zamówieniach publicznych. Opinia ta jest sporządzana na wniosek organu prowadzącego postępowanie, w terminie zakreślonym przez ten organ, i stanowi szczególny środek dowodowy w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jest wydawana w razie zaistnienia potrzeby wyjaśnienia istotnych dla sprawy kwestii związanych z wykładnią przepisów o zamówieniach publicznych. Natomiast zawiadomienie, o którym mowa w art. 168a ustawy Pzp jest jedynie pismem informacyjnym Prezesa UZP o stwierdzonych naruszeniach podczas prowadzonej kontroli. W niniejszej sprawie zatem RKO błędnie utożsamiała te instytucje. GKO podkreśla, iż brak podstaw do uznania zawiadomienia w trybie art. 168a ustawy Pzp za opinię w rozumieniu art. 86 ust. 2 uondfp.

Zważywszy powyższe orzeczono, jak w sentencji.