



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Emil Kawa
Protokolant:		Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2018 r., odwołania złożonego przez Obwinionego (...) – zam. (...) Warszawa, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z dnia 4 grudnia 2017 r. sygn. akt: RKO.5011.17.2017, którym Komisja uznała (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję osoby świadczącej pomoc prawną w Zarządzie Dróg Miejskich (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 4 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 dalej uondfp, polegającego na tym, że wykonując czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „(...)”, nie złożył pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579). Czasem naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskazano 11 kwietnia 2015 r. tj. dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie (złożenie oświadczenia) powinno nastąpić.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 3.161,77 zł i 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:

- 1) uchyla zaskarżone orzeczenie w całości,**
- 2) uniewinnia od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 4 uondfp.**

2. na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie (dalej „RKO”) orzeczeniem z 4 grudnia 2017 roku uznała Obwinionego (...) (dalej „Obwiniony”) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 4 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311 z późn. zm.) (dalej „uondfp”) polegającego na tym, że wykonując czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „(...)”, nie złożył pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.). Jako czas naruszenia dyscypliny

finansów publicznych wskazano 11 kwietnia 2015 roku, tj. dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie (złożenie oświadczenia) powinno nastąpić.

Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 uondfp Obwinionemu wymierzono karę pieniężną w wysokości 3.161,77 zł oraz na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp Obwinionego zobowiązano do zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kwoty 316,18 zł tytułem kosztów postępowania.

RKO ustaliła następujący stan faktyczny:

Dnia 27 marca 2015 roku Zarząd Dróg Miejskich (...) (dalej „Zamawiający”) wszczął w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie na realizację zadania pn. „(...)”.

Negocjacje warunków zamówienia (warunków umowy w sprawie zamówienia) prowadzone były z zaproszonymi wykonawcami 1-2 kwietnia 2015 roku.

Dnia 2 kwietnia 2015 roku Obwiniony „*jako jeden z przedstawicieli Zarządu Dróg Miejskich (...), uczestniczył w negocjacjach warunków wykonania zamówienia podstawowego*”.

Wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano 10 kwietnia 2015 roku i również w tym dniu została zawarta umowa w sprawie zamówienia podstawowego.

Dalej RKO stwierdziła, że Obwiniony – jako osoba uczestnicząca w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowego – złożył pisemne oświadczenie o braku okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania dopiero 14 kwietnia 2015 roku, a zatem 4 dni po udzieleniu zamówienia (zawarciu umowy).

Obwiniony – jako inna osoba wykonująca czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia – do 10 kwietnia 2015 roku nie złożył oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania, a zatem nie dopełnił obowiązku, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp”.

RKO zauważyła, iż w toku postępowania wyjaśniającego Obwiniony twierdził, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącym realizacji zadania pn. „(...)” (dalej „Postępowanie”), nie wykonywał w imieniu Zamawiającego żadnych czynności, w tym czynności zobowiązujących do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Argumentował, iż nie zostało sprecyzowane, jakie czynności w Postępowaniu wykonywał. Podniósł, że w każdym przypadku, gdy wykonywał powierzone czynności w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, składał pisemne oświadczenie o braku okoliczności powodujących wyłączeniu z postępowania (nigdy w czasie świadczenia przez niego pomocy prawnej u Zamawiającego nie zaszły okoliczności powodujące wyłączenia z postępowania). Dodatkowo wskazał, że nie był pracownikiem Zamawiającego, a w roku 2015 pomoc prawną świadczył na podstawie umowy zlecenia.

W trakcie rozprawy 4 grudnia 2017 roku przeprowadzono dowody z przesłuchania świadków: (...) (kierownik zespołu zamówień publicznych Zamawiającego) oraz (...) (główny specjalista Zamawiającego).

RKO stwierdziła, że świadek (...) w swoich zeznaniach wskazała, że postępowania nie przeprowadzała, jednakże posiada wiedzę, że w momencie kontroli prowadzonej przez NIK zadane zostało pytanie odnośnie rozbieżności dat w oświadczeniu, które Obwiniony podpisał. W celu odpowiedzi na ten zarzut zapytała sekretarza (...) o przebieg zdarzeń w Postępowaniu. I wówczas dostrzegła, że Obwiniony „zaistniał na liście obecności na któryś negocjacji”. W dalszych zeznaniach podniosła, iż w zakresie procedury uczestnictwa przez inne osoby w wykonywaniu czynności w postępowaniu przy realizacji danego zamówienia - zgodnie z ówczesnie obowiązującymi zasadami zamówień publicznych (obecnie są zmienione) - „radcowie prawni podpisywali wszelkie dokumenty wychodzące z wydziału zamówień publicznych, to był oddzielny wydział prawny. Każdy dokument, każda umowa, każde odpowiedzi na pytania, wszystkie protokoły były parafowane przez radców prawnych. Postępowanie trafiło do konkretnego radcy prawnego i on obejmował opieką to postępowanie i podpisywał się pod każdym dokumentem. Natomiast w tym momencie został wydział prawny połączony z wydziałem zamówień publicznych. Jest jeden wydział, w którym są porobione zespoły i radcowie prawni już nie podpisują się na dokumentach wychodzących z zespołu zamówień publicznych. Natomiast oczywiście parafują projekt umowy i później umowę do podpisu, a wszelkie dokumenty, które występują w trakcie postępowania oni już nie podpisują,

chyba, że dotyczy to jakiegoś prawnego zagadnienia, np. w umowie, wtedy radca prawny musi odnieść się do odpowiedzi na pytania. Z kolei protokół jest prowadzony w trakcie postępowania przetargowego. Komisja przetargowa jest wpisywana we wniosku o wszczęcie postępowania, czyli w pierwszym dokumencie, który w ogóle powstaje. Natomiast inne osoby są kwalifikowane na podstawie całego postępowania, jeżeli występują w danym postępowaniu, Sekretarz komisji wie, że to jest inna osoba, która brała udział w przygotowaniu postępowania albo inna osoba, która już brała udział w przeprowadzeniu postępowania. Sekretarz w oparciu o całą dokumentację zebraną w trakcie postępowania sporządza protokół oraz wykazuje jakie osoby, jakie inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu, charakter jaki wykonywały, kiedy uczestniczyły, z imienia i nazwiska. Powyższe odbywało się na podstawie podpisu, który widnieje w dokumentach. Wszystkie osoby, które są wpisane i biorące udział w postępowaniu, albo przygotowujące postępowanie muszą gdzieś istnieć w dokumentacji postępowania”. Dalej wskazała, że „zgodnie z ustawą każdy sekretarz komisji jest zobowiązany do tego, aby robić to wszystko na bieżąco, i kartka po kartce wypełniać dane, natomiast jak się okaże, że jest osoba, która zaistniała w danym postępowaniu, bo taki protokół jest drukowany na samym końcu, nie jest tak, że pierwsza karta protokołu jest drukowana i podpisywana od razu, tylko ona jest w komputerze i ona jest cały czas uzupełniania. Czasami takie sytuacje się zdarzały, że nie było radcy, który opiekował się danym postępowaniem a trzeba było wysłać jakieś pismo, to inny radca podpisywał się pod nim, taka była ówczesna praktyka, wtedy taka osoba była dopisywana do protokołu jako inna osoba dokonująca czynności w postępowaniu, one muszą być dopisane, a nie są ręcznie dopisywane, choć mogą się zdarzyć wyjątki. Taka sytuacja wystąpiła również w przedmiotowej sprawie, gdzie obwiniony (...) został wpisany jako inna osoba biorąca udział w postępowaniu”.

RKO dalej wskazała, że świadek (...) - ówczesny sekretarz komisji przetargowej - zeznała, że „obwiniony (...) uczestniczył w negocjacjach z wykonawcami, które były przeprowadzane w dwóch dniach, w jednym z nich brał udział. Ale czy uczestniczył w całych negocjacjach nie jest w stanie powiedzieć. Zeznała, że była taka sytuacja, że obwiniony (...) był proszony, ale nie przypomina sobie z jakiego powodu. Był przez kogoś poproszony, aby przyjść na te negocjacje, ale nie jest w stanie sobie przypomnieć, czy mecenas w jakikolwiek sposób merytorycznie uczestniczył w negocjacjach, czy został poproszony wyłącznie po to, by być”. I dalej RKO zauważyła, że „świadek nie była w stanie sobie przypomnieć czy obwiniony

akceptował jakiegokolwiek dokumenty, ani dlaczego jest wpisane jego uczestnictwo”. Świadek wskazał, że każdy, kto uczestniczy w postępowaniu powinien oświadczenie ZP-1 złożyć. W przedmiotowym Postępowaniu oświadczenie ZP-1 wypełnione zostało przez nią w zakresie imienia i nazwiska Obwinionego. Jednocześnie świadek wyjaśnił, że nie wypisywał ani daty „14.04.2015”, ani miejscowości złożenia oświadczenia „(...)”, ani podpisu osoby obowiązanej do złożenia przedmiotowego oświadczenia. Zeznał dalej, że „takie oświadczenia składa każdy sam, w tym jednym dniu pamięta, że obwiniony (...) był na sali na negocjacjach oraz to, że był wpisany na listę obecności podczas negocjacji, którą przewodniczący przygotowywał. Sekretarz jak przedstawia komuś oświadczenia, to nie jest w żaden sposób wymuszanie na kimś podpisu. Nie była w stanie sobie przypomnieć, jak było w tym konkretnym przypadku, jednakże wskazuje, iż takie oświadczenie zostało złożone”.

Uwzględniając zaprezentowane ustalenia faktyczne RKO zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 17 ust. 4 uoondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania.

W myśl art. 21 uoondfp naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Za czas, w którym sprawca zaniechał działania, uważa się dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić, zatem za datę naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 4 uoondfp przyjęto 11 kwietnia 2015 roku.

RKO stwierdziła, że fakt dokonania przez Obwinionego zarzucanego mu czynu nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Kluczowe znaczenie dla uznania, iż Obwiniony dopuścił się czynu, był zebrany w toku postępowania nieosobowy materiał dowodowy, jak również treść wyjaśnień złożonych przez Obwinionego oraz osobowe źródła dowodowe (zeznania świadków (...) oraz (...)).

Następnie RKO wskazała, iż ustawą z 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) dokonano

zmiany obowiązującego stanu prawnego. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 uodnfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. RKO dokonała analizy obu stanów prawnych (przed i po nowelizacji wprowadzonej ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw) i stwierdziła, że są one tożsame oraz nie występują okoliczności pozwalające na uznanie, że stan prawny obowiązujący w czasie popełnienia zarzucanego czynu był względniejszy dla Obwinionego.

RKO wywodziła, że Obwiniony - jako jeden z przedstawicieli Zamawiającego - uczestniczył w negocjacjach warunków wykonania zamówienia. Wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano 10 kwietnia 2015 roku i w tym dniu także zawarto umowę z wybranym wykonawcą. Obwiniony - jako osoba uczestnicząca w Postępowaniu – złożył pisemne oświadczenie o braku okoliczności powodujących wyłączenie z postępowania dopiero 14 kwietnia 2015 roku, a zatem po zakończeniu Postępowania.

RKO argumentowała, że zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, tj. o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania. Przepis ten kreuje po stronie osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z pozycji zamawiającego, obowiązek złożenia oświadczenia w przedmiocie istnienia okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania. RKO zaznaczyła, że złożenie oświadczenia, z którego wynikać będzie, iż zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, skutkować będzie wyłączeniem danej osoby z postępowania. Prawdziwość składanych oświadczeń obwarowana jest odpowiedzialnością karną za składanie fałszywych zeznań określoną w art. 233 k.k. RKO wyjaśniła, że wszczęcie postępowania następuje z chwilą uzewnętrznienia woli zamawiającego o zamówieniu, co z reguły będzie następować z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu (*vide* art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1, art. 60c ust. 1, art. 63 ust. 1, art. 68 ust. 1, art. 71 ust. 1, art. 75 ust. 1 ustawy Pzp). Od tego momentu mamy do czynienia z czynnościami w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1 *in principio* ustawy Pzp). Analiza przesłanek wyłączenia z postępowania określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustalenie istnienia, bądź nie istnienia tych przesłanek, możliwe jest dopiero w momencie, gdy ujawnione zostaną wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniu (wykonawcy). Za wystarczające do wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać złożenie przedmiotowego oświadczenia do chwili zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, gdyż ustawa Pzp nie zawiera wskazania terminu, w którym oświadczenie to powinno być złożone oraz nie wiąże żadnych negatywnych skutków prawnych z niezłożeniem takiego oświadczenia na określonym etapie postępowania.

Biorąc pod uwagę zaprezentowane rozważania RKO, odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Obwinionego zarówno na etapie postępowania wyjaśniającego, jak i w toku rozprawy zaznaczyła, że *„nie uwzględniła ich treści w całości. Nie obdarzyła ich walorem wiarygodności, uznając je w pełni jako wypracowaną i przyjętą linię obrony. Regionalna Komisja Orzekająca wprost nie dała wiary wyjaśnieniom obwinionego (...), albowiem treści tymże wyjaśnieniom przeczą nieosobowe źródła dowodowe, a w tym przedmiocie sama treść złożonego oświadczenia ZP-1”*.

Zdaniem RKO *„Z zeznań świadków jednoznacznie wynika, że w zakresie procedury uczestnictwa przez inne osoby w wykonywaniu czynności w postępowaniu przy realizacji danego zamówienia, ówczesnie zgodnie z zasadami zamówień publicznych które obowiązywały w Zarządzie Dróg Miejskich (...) (obecnie są zmienione) radcowie prawni podpisywali wszelkie dokumenty wychodzące z wydziału zamówień publicznych, to był oddzielny wydział prawny. Każdy dokument, każda umowa, każde odpowiedzi na pytania, wszystkie protokoły były parafowane przez radców prawnych. Postępowanie trafiło do konkretnego radcy prawnego i on obejmował opieką, to postępowanie i podpisywał się pod każdym dokumentem. Natomiast inne osoby są kwalifikowane na podstawie całego postępowania, jeżeli występują w danym postępowaniu, Sekretarz komisji wie, że to jest inna osoba, która brała udział w przygotowaniu postępowania albo inna osoba, która już brała udział w przeprowadzeniu postępowania. Sekretarz komisji w oparciu o całą dokumentację zebraną w trakcie postępowania sporządza protokół oraz wykazuje jakie osoby, jakie inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu, charakter jaki wykonywały, kiedy uczestniczyły,*

z imienia i nazwiska. Powyższe odbywało się na podstawie podpisu, który widnieje w dokumentach. Wszystkie osoby, które są wpisane i biorące udział w postępowaniu, albo przygotowujące postępowanie muszą gdzieś istnieć w dokumentacji postępowania”.

Dalej RKO przywołała zeznania świadka (...) wskazując, „że czasami takie sytuacje się zdarzały, że nie było radcy, który opiekował się danym postępowaniem a trzeba było wysłać jakieś pismo, to inny radca podpisywał się pod nim, taka była ówczesna praktyka, wtedy taka osoba była dopisywana do protokołu jako inna osoba dokonująca czynności w postępowaniu, one muszą być dopisane, a nie są ręcznie dopisywane, choć mogą się zdarzyć wyjątki. Taka sytuacja wystąpiła również w przedmiotowej sprawie, gdzie obwiniony (...) został wpisany jako inna osoba biorąca udział w postępowaniu”.

Kolejno RKO podniosła, że świadek (...) - ówczesny sekretarz komisji przetargowej - zeznała, iż „obwiniony (...) uczestniczył w negocjacjach z wykonawcami, które były przeprowadzane w dwóch dniach, w jednym z nich brał udział. Zeznała, że była taka sytuacja, że obwiniony (...) był proszony, ale nie przypomina sobie z jakiego powodu. Dodatkowo zeznała, że każdy kto uczestniczy w postępowaniu powinien oświadczenie ZP-1 złożyć. Czy po złożeniu oferty, czy po rozpoczęciu postępowania, po zaproszeniu wykonawców do złożenia ofert w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Świadek zeznała, iż oświadczenie ZP-1 wypełnione zostało przez nią, co do imienia i nazwiska obwinionego (...), jednocześnie zaprzeczyła, iż nie wypisywała ani daty „14.04.2015”, ani miejscowości złożenia oświadczenia „(...)”, ani podpisu osoby obowiązanej do złożenia przedmiotowego oświadczenia. Zeznała dalej, że takie oświadczenia składa każdy sam, w tym jednym dniu pamięta, że obwiniony (...) był na sali na negocjacjach oraz to, że był wpisany na listę obecności podczas negocjacji, którą przewodniczący przygotowywał. Sekretarz jak przedstawia komuś oświadczenia, to nie jest w żaden sposób wymuszanie na kimś podpisu. Nie była w stanie-sobie przypomnieć, jak było w tym konkretnym przypadku, jednakże wskazuje, iż takie oświadczenie zostało złożone”.

Uwzględniając powyższe, należy – zdaniem RKO - bezspornie uznać, iż Obwiniony uczestniczył jako inna osoba w Postępowaniu.

Kolejnym dowodem przeczącym przyjętej linii obrony Obwinionego jest fakt, iż na w oświadczeniu ZP-1 ani daty oświadczenia - „14.04.2015”, ani miejscowości złożenia

oświadczenia - „(...)”, ani podpisu osoby obowiązanej do złożenia przedmiotowego oświadczenia – nie wpisał świadek, ówczesny sekretarz komisji przetargowej, (...). W ocenie RKO Obwiniony w toku Postępowania „*ewaluował w swoich wyjaśnieniach, albowiem podczas rozprawy zmienił swoją dotychczasową obronę, w zakresie wskazania osoby, która przedłożyła mu do podpisania oświadczenie ZP-1*”, stwierdzając, iż „*chciałbym tylko uzupełnić, iż w tej chwili nie do końca jestem przekonany, chciałem sprostować, te moje zeznania, iż jednoznacznie stwierdziłem, że to oświadczenie otrzymałem od Pani (...). W tym momencie, nie jestem w 100 % przekonany czy to była ta Pani czy ktoś inny*”.

W przekonaniu RKO wyjaśnieniom Obwinionego przeczą nie tylko prawidłowo udokumentowane czynności przez instytucje prawem przypisane, ale również nie znajdują one potwierdzenia w zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Obwiniony bowiem posiada wieloletnie doświadczenie na zajmowanym stanowisku radcy prawnego. Tym samym należało przyjąć, iż wieloletnie profesjonalne świadczenie usług prawnych nie tylko powinno umocnić postawę prawidłowego wypełniania obowiązków w zakresie, o którym mowa w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 roku, poz. 1870), ale przede wszystkim „*wzmoczoną czujność podpisywanych dokumentów, której to czynności uchybił*”.

RKO w konsekwencji wyjaśnień Obwinionego nie uwzględniła, nie obdarzyła walorem wiarygodności, uznała je za nieprzekonywujące, wypracowane na potrzeby postępowania przed RKO. Wyjaśnienia te w opinii RKO „*nie były spójne, albowiem nie uzupełniały się z nieosobowym i osobowym materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy, w tym z zeznaniami świadków. Regionalna Komisja Orzekająca nie dopatrzyła się przesłanek warunkujących podważenie złożonych zeznań przez świadków Pani (...) oraz Pani (...). Zeznania te, znalazły swoje wzajemne potwierdzenie, czy też w analizie treści złożonego przez obwinionego (...) oświadczenia ZP-1. Powyższe wzmocniło przekonanie Regionalnej Komisji Orzekającej, iż przedstawione wyjaśnienia obwinionego (...) w całości należy uznać za chybione*”.

W dalszej kolejności RKO zauważyła, że Obwinionemu powierzono świadczenie pomocy prawnej, w tym między innymi w sprawach związanych z zawieraniem umów dotyczących zakresu działalności statutowej Zamawiającego oraz w zakresie przepisów ustawy Pzp.

Aktem powierzającym ww. czynności była umowa zlecenia nr (...) z (...) grudnia 2014 roku. Zdaniem RKO Obwinionemu powierzono udział w negocjacjach z wykonawcami prowadzonymi 2 kwietnia 2015 roku. Podstawą do powierzenia Obwinionemu tego obowiązku był art. 15 ustawy Pzp uprawniający do powierzenia osobie trzeciej doradztwa dotyczącego przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym w świetle zebranego materiału dowodowego wina Obwinionego nie budzi wątpliwości. Przy dochowaniu większej staranności mógł przewidzieć możliwość popełnienia deliktu dyscyplinarnego i jemu zapobiec. Miał zatem możliwość zachowania zgodnego z prawem, co jednocześnie uchroniłoby go od negatywnych konsekwencji prawnych. Oczywiście – wyjaśniła RKO - nie sposób nie dostrzec, że oświadczenie zostało złożone z opóźnieniem czterech dni, co przesądza o świadomości oraz wiedzy Obwinionego. Czynność ta jednak została dokonana z opóźnieniem, które *de facto* nie może być uznane za spełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Obwiniony ponosi więc odpowiedzialność za zarzucany czyn.

Wymierzając karę RKO uwzględniła dyrektywy zawarte art. 33 ust. 2 uondfp. Wpływ na wymiar kary miały okoliczności obciążające, takie jak bezprawność działania w zakresie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych oraz profesjonalny charakter świadczonych usług (radca prawny, wieloletnie doświadczenie w zakresie stosowania przepisów prawa).

Zgodnie z przedstawionym stanem faktycznym i prawnym RKO nie dopatrzyła się okoliczności uwalniających Obwinionego od zarzutu stawianego we wniosku o ukaranie. *„Przy dołożeniu staranności mógł zapobiec naruszeniu dyscypliny finansów publicznych nie godząc się na akceptowane przez niego działania. Uznanie tych działań świadczy o tym, że to, do czego dążył było dla niego tak istotne, że ewentualność popełnienia czynu karalnego nie wpłynęła na jego decyzję, co do określonego zachowania. To wszystko przesądza o winie Obwinionego, a także o wymierzeniu przez Regionalną Komisję Orzekającą kary pieniężnej”*.

Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 uondfp orzeczono karę pieniężną w wysokości 3 161,77 zł stanowiącej jednokrotność przeciętnego wynagrodzenia. Wymierzona kara pieniężna mieści się w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego dyspozycją

art. 31 ust. 2 i 3 uondfp, a osiągnany przez Obwinionego dochód jest wystarczający, aby uiścić orzeczoną wobec niego karę pieniężną.

RKO wskazała, iż wniosek Obwinionego o uniewinnienie nie mógł się w żaden sposób ostać, albowiem w sprawie występują, jak to zostało udowodnione, przesłanki stanowiące podstawę dla przypisania winy Obwinionemu i odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Odnośnie dwóch złożonych alternatywnych wniosków o odstąpienie od wymierzenia kary lub umorzenie postępowania ze względu na znikomą szkodliwość dla finansów publicznych RKO uznała, iż *„w takim zarysie obwiniony (...), posiadał pełną świadomość, m.in. z racji posiadanego wykształcenia oraz posiadanych kwalifikacji i doświadczenia zawodowego (radca prawny, profesjonalny pełnomocnik), że tak złożone wnioski ewidentnie świadczą o fakcie wystąpienia zawinionego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co wynika expressis verbis z dyspozycji art. 36 ust. 1 uondfp (złagodzenie kary, instytucja odstąpienie od wymierzenia kary) czy też z art. 28 ust. 1 uondfp (ocena stopnia szkodliwości naruszenia)”*.

RKO doszła również do przekonania, że wymierzona Obwinionemu kara pieniężna *„spełni swoje zadanie w zakresie prewencji ogólnej, umocni powagę i poszanowanie prawa, będzie elementem kształtowania odpowiedzialnych, pozytywnych postaw w społeczeństwie i przekonania, że popełniony delikt finansowy spotka się z należytą i sprawiedliwą reakcją organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Następnie należy wskazać, iż wymierzona obwinionemu (...) kara w ocenie Regionalnej Komisji Orzekającej jest sprawiedliwa, nie wykracza poza rzeczywistą potrzebę, jak również nie jest to kara nadmiernie łagodna. Jest to kara celowa, która uwzględni wszystkie elementy decydujące o jej rodzaju i wymiarze. Ponadto wymierzona obwinionym kara spełni swoje cele wychowawcze i zapobiegawcze, a przede wszystkim zapobiegnie powrotowi na drogę popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jak również będzie dla obwinionego motywacją do zmiany postępowania w przyszłości i skłoni go do przestrzegania ustawowych nakazów i zakazów (norm) zachowania”*.

RKO podsumowała, że *„Nieosobowy materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania nie budzi wątpliwości, co do swej prawdziwości i autentyczności, jest w pełni wiarygodny. Nie był kwestionowany przez strony w żadnym stadium postępowania i w pełni odzwierciedla*

przebieg dokonanych zgodnie z wymogami stawianymi przez ustawę o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych czynności procesowych”.

Z uwagi na przypisanie Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych RKO działając na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp, obciążyła Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia na rzecz Skarbu Państwa.

Przedstawione rozstrzygnięcie zakwestionował Obwiniony wnosząc pismem z 23 stycznia 2018 roku odwołanie do GKO, w którym wskazał, co następuje:

Obwiniony na podstawie art. 137 ust. 5 i art. 138 uondfp zaskarżył orzeczenie RKO w całości oraz wniósł o jego uchylenie i uniewinnienie od stawianych i przypisanych mu zarzutów ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy RKO do ponownego rozpoznania.

Zaskarżonemu orzeczeniu RKO zarzucono:

- 1) sprzeczność istotnych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego - poprzez uznanie, że Obwiniony wykonywał czynności w imieniu Zamawiającego w Postępowaniu, a także przez uznanie, że Obwiniony brał udział w negocjacjach warunków wykonania zamówienia w Postępowaniu oraz negocjował warunki umowy z tymi wykonawcami,
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego, przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności przepisów art. 15 ust. 2, 3 i 4, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 4 uondfp, poprzez uznanie, że Obwiniony wykonywał czynności w imieniu Zamawiającego w Postępowaniu, a także uznanie, że Obwiniony miał obowiązek złożyć oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z Postępowania,
- 3) naruszenie przepisów prawa procesowego mającego wpływ na wynik sprawy, w szczególności przepisów art. 28, art. 31, art. 33, art. 76 oraz art. 78 uondfp, poprzez uznanie, że Obwiniony umyślnie naruszył dyscyplinę finansów publicznych oraz poprzez wymierzenie Obwinionemu kary pieniężnej w wysokości 3 161,77 zł.

W odwołaniu Obwiniony podkreślił, iż stanowisko, twierdzenia i ustalenia przyjęte przez RKO są bezzasadne, sprzeczne z przepisami prawa oraz z treścią materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania.

W opinii Obwinionego nie można zgodzić się ze stanowiskiem RKO, że Obwinionemu Zamawiający powierzył przeprowadzenie Postępowania na podstawie art. 15 ustawy Pzp, poprzez doradztwo dotyczące przeprowadzenia wyżej wymienionego Postępowania. Zamawiający nie powierzył również Obwinionemu udziału w negocjacjach prowadzonych w 2 kwietnia 2015 roku. Obwiniony podtrzymał dotychczas prezentowaną argumentację, że Obwinionemu nie powierzono wykonywania jakichkolwiek czynności w Postępowaniu na podstawie przepisów art. 15 ust. 2 ustawy Pzp ani też na podstawie przepisów art. 4 ust. 1 pkt 3 uoandfp. W aktach sprawy brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających powierzenie przez Zamawiającego Obwinionemu wykonywanie jakichkolwiek czynności w Postępowaniu. Jak przyjęto w piśmiennictwie *„osoby wykonujące czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne po stronie zamawiającego to nadal jedynie osoby, którym kierownik (Zamawiający) powierzył pisemnie wykonywanie tej czynności.”* (T. Bolek, K. Borowska, A. Kościńska-Paszkowska - Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II, LexisNexis 2012).

Jak Obwiniony podnosił na rozprawie 3 lipca 2017 roku, Obwiniony nie wykonywał czynności w Postępowaniu, nie uczestniczył *„w negocjacjach warunków wykonania zamówienia podstawowego”*, nie negocjował również warunków umowy z wykonawcami. Obwiniony nie podpisywał żadnych dokumentów i pism dotyczących Postępowania ani też jakichkolwiek protokołów sporządzanych w tym Postępowaniu. Obwiniony nie opiniował, nie akceptował, ani też nie przygotowywał żadnych pism i dokumentów w Postępowaniu. Obwiniony podpisał jedynie oświadczenie ZP-1 o braku okoliczności powodujących wyłączenie z Postępowania - na usilną prośbę pracownika Zamawiającego. Zdaniem Obwinionego bezsporne jest zatem, w świetle zebranego w postępowaniu materiału dowodowego, iż Obwiniony nie wykonywał jakichkolwiek czynności, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik Postępowania.

Obwiniony przypomniał swoje zeznania prezentowane na rozprawie 3 lipca 2017 roku: *„wnoszę o uniewinnienie, ponieważ nie popełniłem zarzucanego czynu, nie naruszyłem art.*

17 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jak podnosiłem w wyjaśnieniach złożonych z 22.03.2017 r., nie wykonywałem czynności które mogły mieć wpływ na wynik tego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu obsługę prawną prowadziła radca prawny Pani (...), która przygotowywała wszystkie dokumenty. To ona wykonywała wszelkie czynności i ona prowadziła całościową obsługę tego postępowania, wraz z opiniowaniem dokumentów, przygotowywaniem wzoru umowy, akceptowaniem projektu umowy. Ja nie brałem udziału w negocjacjach, nie negocjowałem warunków umowy. Jak wyraźnie wynika z protokołów z negocjacji, nie zostałem wpisany jako uczestnik - przedstawiciel zamawiającego, ani po stronie wykonawcy, natomiast zostałem dopisany wyłącznie do listy obecności. Nie podpisywałem protokołów z negocjacji, nie figurują moje podpisy, bo mnie w tych protokołach po prostu nie było. Natomiast do listy obecności zostałem dopisany, co nie znaczy, że uczestniczyłem w negocjacji. Proszę zwrócić uwagę, że na listach obecności występują 3 grupy nazwisk. Jedna grupa po stronie wykonawcy, druga po stronie zamawiającego, natomiast ja zostałem wpisany w trzeciej grupie Inne osoby. Ponadto należy dodać, że wszystkie te osoby po stronie wykonawcy i zamawiającego wpisywały się same, co wynika z charakteru pisma. Natomiast w tej części Inne osoby wpisywał ktoś inny, prawdopodobnie pracownik, który sporządzał protokół. A ja nie podpisywałem tego, ani nie miałem świadomości, że jestem tutaj wpisany. Natomiast w trakcie negocjacji z niektórymi wykonawcami, ale nie ze wszystkimi, już nie pamiętam z iloma - prawdopodobnie z dwoma byłem poproszony do pomieszczenia, w którym odbywały się negocjacje z wykonawcą, które dotyczyły spraw ściśle formalno-prawnych, a które wystąpiły w trakcie negocjacji. Odnosiły się do spraw proceduralnych, tj. stosowania prawa, natomiast nie dotyczyły spraw merytorycznych odnoszących się do tego konkretnego postępowania. (...) Zostałem poproszony tylko dlatego, że Pani (...) tego dnia była nieobecna w pracy. Więc ja, jako radca prawny zostałem poproszony do przedstawienia konkretnej opinii prawnej. Nie pamiętam dokładnie czego to dotyczyło, ale były to sprawy formalne. Natomiast faktycznie podpisałem to oświadczenie o którym mowa w przedmiotowym postępowaniu tylko i wyłącznie dlatego, że pracownica, która sporządzała protokół z postępowania nalegała bym oświadczenie podpisał, twierdząc, że byłem w czasie negocjacji. Ja faktycznie podpisałem, natomiast, o ile pamiętam to ja daty nie wpisywałem, data już była wpisana, a ja nie miałem żadnej świadomości, nie wiedziałem, kiedy to postępowanie się skończyło, nie wiedziałem również kiedy była zawarta umowa, ponieważ ja byłem zupełnie poza tym postępowaniem. Ponadto byłem przekonany podpisując to

oświadczenie, że umowa jeszcze nie została zawarta. Oczywiście mam pełną świadomość, że obowiązek wynikający z art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych [powinno być art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych] jest wymagany kiedy to oświadczenie jest spisywane w trakcie postępowania. Ja po prostu uległem tej osobie i podpisałem, natomiast do tej pory uważam, że takiego oświadczenia nie miałem obowiązku składać, w związku z tym uważam, że nie naruszyłem dyscypliny”.

Natomiast świadkowie przesłuchiwani na rozprawie 4 grudnia 2017 roku nie potwierdzili, iż Obwiniony wykonywał jakiejkolwiek czynności w Postępowaniu, mogące mieć wpływ na wynik tego Postępowania. Ani (...), ani też (...), nie wskazały żadnych konkretnych czynności wykonywanych przez Obwinionego w Postępowaniu. (...) zeznała, iż w dokumentacji postępowania zobaczyła, że Obwiniony „zaistniał na liście obecności na któryś negocjacjach”, (...) zaś zeznała, iż „mimo, że upłynęło 2,5 roku nie przypominam sobie, aby mecenas [czyli Obwiniony] miał jakikolwiek wpływ na to postępowanie”. Również RKO w uzasadnieniu orzeczenia podniosła, iż świadek (...) „zeznała, że była taka sytuacja, że obwiniony (...) był proszony, ale nie przypomina sobie z jakiego powodu”.

Także pozostały materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu nie potwierdza, że Obwiniony wykonywał czynności w Postępowaniu, mogące mieć wpływ na wynik tego Postępowania. Wbrew twierdzeniom RKO wyjaśnienia Obwinionego, są spójne, a także uzupełniają się z nieosobowym i osobowym materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy.

Dlatego też całkowicie bezzasadne i sprzeczne z treścią zebranego w postępowaniu materiału dowodowego, jest twierdzenie RKO iż „fakt dokonania przez obwinionego (...) zarzucanego mu czynu we wniosku o ukaranie, który wyczerpuje dyspozycję art. 17 ust. 4 uondfp - nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Kluczowe znaczenie dla uznania, iż obwiniony (...) dopuścił się czynu, był zebrany w toku postępowania nieosobowy materiał dowodowy, jak również treść wyjaśnień złożonych przez obwinionego (...) oraz osobowe źródła dowodowe (zeznania świadków Pani (...) oraz Pani (...)).”. W przedmiotowym postępowaniu nie udowodniono bowiem, iż Obwiniony wykonał jakąkolwiek czynność w Postępowaniu, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Obwiniony podniósł jednocześnie, iż Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 22 lutego 2010 roku, BDF1/4900/87/89/09/3148, uznała, że „*art. 17 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustanawiając samoistną przesłankę odpowiedzialności, wymaga jednocześnie udowodnienia wykonywania czynności (choćby jednej) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*”. Obwiniony podkreślił także, iż zgodnie z przepisami art. 76 uodfp obwinionego uważa się za niewinnego, dopóki jego odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie zostanie udowodniona i potwierdzona prawomocnym orzeczeniem w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności i może bez podania powodów odmówić składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania, a niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść obwinionego. Podstawą rozstrzygnięcia mogą być jedynie dowody ujawnione w postępowaniu przed organem orzekającym. Natomiast Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 5 maja 2003 roku (DF/GKO/Odw.-174/223/2002), uznała, że „*Obwiniony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności, a tym bardziej dostarczania dowodów winy*”.

Obwiniony podniósł także, że bezzasadne jest twierdzenie RKO, iż „*wymierzona obwinionemu kara spełni swoje cele wychowawcze i zapobiegawcze, a przede wszystkim zapobiegnie powrotowi na drogę popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jak również będzie dla obwinionego motywacją do zmiany postępowania w przyszłości i skłoni go do przestrzegania ustawowych nakazów i zakazów (norm) zachowania*”. Jak bowiem Obwiniony wskazał w odwołaniu, wymierzona przez RKO kara pieniężna jest bezzasadna, ponieważ Obwiniony nie naruszył dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 4 uodfp.

Uwzględniając powyższe GKO, po przeprowadzeniu rozprawy 19 kwietnia 2018 roku, na podstawie zebranego materiału dowodowego, ustaliła i zważyła, co następuje.

W toku rozprawy 19 kwietnia 2018 roku zarówno Obwiniony, jak i Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wnieśli o uchylenie zaskarżonego orzeczenia RKO i uniewinnienie Obwinionego.

Analiza orzeczenia RKO, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, przemawia za przychyleniem się przez GKO do ww. wniosków. Obwinionego należało uniewinnić od zarzucanego mu czynu, polegającego na niezłożeniu do 10 kwietnia 2015 roku, przez Obwinionego, jako osobę wykonującą czynności w Postępowaniu, oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z Postępowania, wskazanych w przepisie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. GKO jednocześnie podziela stanowisko RKO w zakresie, w którym za podstawę rozstrzygnięcia przyjęła przepisy aktualnie obowiązujące, nie znajdując podstaw do stosowania regulacji obowiązujących na moment popełnienia zarzucanego czynu.

Istotą przedmiotowej sprawy jest ustalenie, czy przeprowadzone postępowanie dowodowe pozwala na przyjęcie, że Obwiniony wykonywał jakiegokolwiek czynności w Postępowaniu, a jeśli tak – to czy ich wykonywanie zostało skutecznie powierzone Obwinionemu przez Zamawiającego.

GKO, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, dokonała odmiennych ustaleń, niż RKO.

Podkreślenia wymaga, że w aktach sprawy brak dokumentów, które potwierdzałyby wykonanie przez Obwinionego jakiegokolwiek czynności w Postępowaniu. Wręcz przeciwnie – z protokołu negocjacji z 2 kwietnia 2015 roku wprost wynika, iż Obwiniony nie występował w ich trakcie jako przedstawiciel Zamawiającego, gdyż jego nazwisko zostało wpisane w kolumnie „inne osoby”. Także żaden ze świadków zeznających 4 grudnia 2017 roku nie potwierdził, aby Obwiniony wykonał jakąkolwiek czynność w Postępowaniu. Ani (...), ani (...), nie wskazały żadnych konkretnych czynności wykonywanych przez Obwinionego w Postępowaniu.

(...) zeznała, co wynika z protokołu rozprawy z 4 grudnia 2017 roku, w odpowiedzi na pytania RKO dotyczące tego, czy Obwiniony wykonywał jakieś czynności w Postępowaniu albo jaka była jego rola w Postępowaniu, że nie pamięta, że nie wie, jaka była rola Obwinionego. Wskazywała wprost „*nie mogę powiedzieć co Pan mecenas robił, bo nie uczestniczyłam w tych negocjacjach i nawet nie mam pojęcia, że on był na tych negocjacjach*”. Jedyne, „*jako świadek ze słuchu*” wskazała, że w dokumentacji Postępowania zobaczyła, że Obwiniony „*zaistniał na liście obecności na któryś*

negocjacjach”. Wyjaśniła także, że sekretarz sporządzający protokół postępowania, opracowuje go „*na podstawie podpisu, który widnieje w dokumentach*”.

(...) zaś na pytania dotyczące udziału Obwinionego w Postępowaniu wskazywała, że „*posiłkując się dokumentacją, wiem, że Pan mecenas uczestniczył w negocjacjach z wykonawcami, które z tego co pamiętam były przeprowadzone w dwóch dniach, w jednym z nich brał udział. Ale czy uczestniczył w całych negocjacjach nie jestem w stanie powiedzieć*”. Poinformowała, że obsługę prawną Postępowania prowadziła (...). Dalej stwierdziła, że „*pamiętam, że była taka sytuacja, że mecenas był proszony, ale też nie przypominam sobie powodu, żeby na te negocjacje w tym jednym dniu przyszedł, ale czy miał jakkolwiek wkład merytoryczny, też trudno mnie sobie to przypomnieć czy cokolwiek takiego, co miałyby wpływ na to postępowanie. Był widocznie przez kogoś poproszony aby przyjść na negocjacje. Ja akurat Pana nie prosiłam*”. Świadek potwierdziła, że to ona wpisała nazwisko Obwinionego w protokole negocjacji z 2 kwietnia 2015 roku. Następnie ponownie stwierdziła, że „*z tego co sobie przypominam był w tym dniu na negocjacjach, ale nie jestem sobie w stanie przypomnieć, czy mecenas w jakikolwiek sposób merytorycznie uczestniczył w negocjacjach, czy został poproszony po to, by być*”. Na pytanie RKO, czy Obwiniony negocjował warunki umowy świadek ponownie zeznała, iż „*(...) nie przypominam sobie, aby mecenas miał jakkolwiek wpływ na to postępowanie*”. Na pytanie RKO, czy Obwiniony przedstawił jakąś opinię prawną świadek odpowiedziała, że „*nie jestem w stanie sobie przypomnieć co było w tym danym dniu na negocjacjach*”. Świadek także nie przypomniała sobie, aby Obwiniony akceptował jakiegokolwiek dokumenty. Wskazała, że „*nie jestem w stanie sobie dokładnie przypomnieć, dlaczego jest wpisane jego uczestnictwo*”. RKO dopytywała, czy Obwiniony przebywał w pomieszczeniach, w których odbywały się negocjacje. Świadek wyjaśniła, że „*w tym jednym dniu pamiętam, że mecenas był na Sali na negocjacjach. Ale nie przypominam sobie aby wnosił jakkolwiek wkład merytoryczny*”. Pytana o to, dlaczego Obwiniony złożył oświadczenie określone przepisem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp świadek wyraziła opinię, że „*Będąc ostrożnym, pewnie takie oświadczenie zostało złożone*”.

Zeznania świadków potwierdzają jedynie zatem, że Obwiniony był obecny na negocjacjach, gdyż został o to ad hoc poproszony, co nie sposób uznać za równoznaczne z uczestnictwem

w negocjacjach, czy negocjowaniem warunków umowy z wykonawcami, czy też wykonanie innej czynności w Postępowaniu.

Zeznania świadków w pełni korespondują z wyjaśnieniami Obwinionego, który również wskazywał w toku rozprawy 3 lipca 2017 roku oraz 4 grudnia 2017 roku, że sama obecność na negocjacjach nie oznacza, że wykonywał czynności w Postępowaniu. Podkreślał, że nie podpisywał żadnych dokumentów w tym Postępowaniu, oraz żadnych protokołów z negocjacji. W toku rozprawy 3 lipca 2017 roku wyjaśnił, iż obsługę prawną Postępowania zapewniała (...). Kilkukrotnie oświadczył, że nie wykonywał żadnych czynności w Postępowaniu mogących mieć wpływ na jego wynik. Wprost stwierdził *„Ja nie brałem udziału w negocjacjach, nie negocjowałem warunków umowy. Jak wyraźnie wynika z protokołów z negocjacji, nie zostałem wpisany ani jako uczestnik-przedstawiciel zamawiającego, ani po stronie wykonawcy, natomiast zostałem dopisany wyłącznie do listy obecności. Nie podpisywałem protokołów z negocjacji, nie figurują moje podpisy, bo mnie w tych protokołach o prostu nie było. Natomiast do listy obecności zostałem dopisany, co nie znaczy że uczestniczyłem w negocjacji (...) na listach obecności występują 3 grupy nazwisk. Jedna grupa po stronie wykonawcy, druga po stronie zamawiającego, natomiast ja zostałem dopisany w trzeciej grupie Inne osoby (...) W tej części inne osoby wpisywał ktoś inny, prawdopodobnie pracownik, który sporządzał protokół (...) Natomiast w trakcie negocjacji z niektórymi wykonawcami, ale nie ze wszystkimi, już nie pamiętam iloma – prawdopodobnie z dwoma byłem poproszony do pomieszczenia, w którym odbywały się negocjacje z wykonawcą, które dotyczyły spraw ściśle formalnoprawnych, a które wystąpiły w trakcie negocjacji. Odnosiły się do spraw proceduralnych, tj. Do stosowania prawa, natomiast nie dotyczyły spraw merytorycznych odnoszących się do konkretnego postępowania (...) Zostałem poproszony tylko dlatego, że Pani (...) tego dnia była nieobecna w pracy. Więc ja, jako radca prawny zostałem poproszony do przedstawienia konkretnej opinii prawnej. Nie pamiętam dokładnie czego to dotyczyło, ale były to sprawy formalne. Natomiast faktycznie podpisałem to oświadczenie (...) tylko i wyłącznie dlatego, że pracownica (...) nalegała bym oświadczenie podpisał twierdząc, że byłem w czasie negocjacji (...) nie wiedziałem, że kiedy to postępowanie się skończyło (...), ponieważ ja byłem zupełnie poza tym postępowaniem. Ponadto byłem przekonany podpisując to oświadczenie, że umowa jeszcze nie została zawarta (...). Ja po prostu uległem tej osobie i podpisałem, natomiast do tej pory uważam, że takiego oświadczenia nie miałem obowiązku składać (...). Stwierdziłem, że ostatecznie nawet*

jeśli przedobrze w drugą stronę to nic się nie stanie”. Odnosząc także zaprzeczył, aby zostały mu powierzone czynności w tym Postępowaniu na podstawie przepisu art. 4 ust. 1 pkt 3 uondfp.

Zaprezentowane stanowisko Obwiniony podtrzymał w toku rozprawy przed GKO 19 kwietnia 2018 roku podkreślając, że w czasie negocjacji wydał opinię prawną dotyczącą kwestii formalnych, natomiast nie wykonywał żadnych czynności w Postępowaniu. GKO uznała i w tym zakresie twierdzenia Obwinionego za wiarygodne. Naturalnym, logicznym i zgodnym z zasadami doświadczenia życiowego jest, że radca prawny jest doraźnie proszony na posiedzenie komisji czy – jak w tym przypadku – na spotkanie, w toku którego prowadzone są negocjacje, aby rozwiązać bieżący problem prawny. W realiach sprawy radca prawny świadczący pomoc prawną przy tym Postępowaniu był nieobecny, stąd poproszono Obwinionego. Ani przed, ani po negocjacjach Obwiniony nie zatwierdzał ani nie opiniował żadnych dokumentów tego Postępowania, co potwierdza stanowisko o doraźnym wsparciu prawnym Zamawiającego przez Obwinionego w Postępowaniu.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z szeroko przytoczonych zeznań świadków oraz wyjaśnień Obwinionego wynika jednoznacznie, iż Obwiniony był jedynie obecny na negocjacjach 2 kwietnia 2018 roku, w czasie których świadczył doraźną pomoc prawną.

Tym czasem stosownie do treści przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp jedynie osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązane są złożyć, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1 tego przepisu. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zgodnie z przepisem art. 17 ust. 4 uondfp niezłożenie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z Postępowania.

W pierwszym rzędzie należy wskazać na ramy czasowe, w których toczy się postępowanie o zamówienie publiczne. Jak prawidłowo zauważyła RKO postępowanie o zamówienie

publiczne rozpoczyna się z momentem jego wszczęcia, a kończy zawarciem umowy (ewentualnie unieważnieniem postępowania), zatem oświadczenie winno zostać złożone do momentu zawarcia umowy (tak też orzeczenie GKO z 15 lutego 2018 roku, sygn. akt BDF1.4800.97.2017). Zauważenia jednocześnie wymaga, że zawarcie umowy nie stanowi już czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne, lecz finalizację przeprowadzonego postępowania, co znajduje potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego 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*”.

Uwzględniając powyższe rozważania podkreślić trzeba, że wyłączenie z postępowania w związku ze złożeniem oświadczenia na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy osób dokonujących czynności w postępowaniu, a zatem czynności składających się na procedurę udzielenia zamówienia. Będą to czynności istotne z punktu widzenia samej procedury, które mają wpływ na jej przebieg. W konsekwencji czynnościami w postępowaniu o zamówienie publiczne, do których odnosi się przepis art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, będą przede wszystkim czynności związane z wyborem oferty najkorzystniejszej, wykluczeniem wykonawcy, odrzuceniem oferty, oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badaniem i oceną ofert. Za czynności w postępowaniu należy tym samym uznać takie czynności jak wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, wybór najkorzystniejszej oferty, czy też wystąpienie z wnioskiem o unieważnienie postępowania. Art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie dotyczy osób, które dokonują czynności o charakterze pomocniczym, czy też techniczno-organizacyjnym, a zatem czynności, które wprost nie wywierają wpływu na przebieg samej procedury zamówienia publicznego. Także wydanie opinii prawnej nie mieści się zatem w katalogu czynności wykonywanych w postępowaniu.

Zważywszy zaprezentowane stanowisko GKO wyraża pogląd, iż w orzeczeniu RKO błędnie przyjęto, że Obwiniony wykonywał czynności w Postępowaniu, w szczególności polegające

na negocjowaniu warunków umowy. Są to twierdzenia całkowicie gołosłowne, nie znajdują potwierdzenia w zeznaniach świadków ani w treści zebranych w sprawie dokumentów. W omawianym zakresie RKO w sposób wadliwy oceniła zebrany w sprawie materiał dowody, w szczególności wyciągnęła nieuprawnione wnioski z zeznań przesłuchanych świadków. Bezzasadnie także pominęła wyjaśnienia Obwinionego, które są spójne z zeznaniami świadków.

Prawidłowo i wszechstronnie przeanalizowane dowody zebrane w sprawie nie pozwalają na przyjęcie, że Obwiniony wykonywał jakiegokolwiek czynności w Postępowaniu. Ani listy obecności, ani protokół postępowania, ani przebieg negocjacji nie pozwalają na stwierdzenie, że Obwiniony wykonywał czynności w Postępowaniu. Obwiniony wiarygodnie wyjaśnił, i podtrzymał to stanowisko w toku rozprawy przed GKO, że został poproszony ad hoc na negocjacje prowadzone przez komisję przetargową, gdyż tego dnia u Zamawiającego był nieobecny radca prawny zapewniający obsługę prawną Postępowania. Nie prowadził negocjacji warunków umowy, a jedynie świadczył pomoc prawną Zamawiającemu. Tym czasem świadczenie pomocy prawnej, w tym wydanie opinii, nie stanowi - w świetle wykładni przepisu art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp dokonanej przez GKO - czynności w Postępowaniu.

RKO uznała, że braku wiarygodności stanowiska Obwinionego dowodzą jego zeznania dotyczące tego, kto mu przedstawił do podpisu oświadczenie. RKO stwierdziła, że zeznania Obwinionego ewoluowały w toku postępowania, gdyż 3 lipca 2017 roku jednoznacznie wskazał, że osobą, która przedstawiła mu oświadczenie do podpisu, była sekretarz komisji (...), podczas gdy na rozprawie 4 grudnia 2017 roku sprostował swojej uprzednie zeznania wskazując, że nie jest pewien, od kogo otrzymał owe oświadczenie do podpisu. Zeznania (...) potwierdziły, że to ona przygotowała i przedstawiła do podpisu oświadczenie. Co więcej, okoliczność, kto przedstawił Obwinionemu oświadczenie do podpisu, jest bez znaczenia dla niniejszej sprawy wobec w ogóle braku po stronie Obwinionego obowiązku złożenia tego oświadczenia. Zatem jedynie dodatkowo na marginesie rozważań należy wskazać, że za okoliczność obciążającą Obwinionego nie można uznać podpisania przez niego oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, 14 kwietnia 2015 roku. Po pierwsze nie zostało wykazane, aby Obwiniony miał świadomość, że umowa już została zawarta. Obwiniony twierdzi, że nie dysponował taką informacją, co GKO ocenia jako

wiarygodne, gdyż Obwiniony jedynie – jak zostało udowodnione - wpadkowo był obecny w czasie negocjacji. Po drugie złożenie tego oświadczenia 14 kwietnia 2015 roku, zatem jedynie 4 dni po zawarciu umowy, przy świadomości, że Postępowanie jest w toku, wskazuje, iż Obwiniony był przekonany, iż nie zachodziły wobec Obwinionego okoliczności uzasadniające jego wyłączenie z Postępowania. Fakt złożenia oświadczenia, mimo braku takiego obowiązku, także nie może obciążać Obwinionego.

RKO przyjęła również, że Obwinionemu powierzono udział w negocjacjach z wykonawcami prowadzonymi 2 kwietnia 2015 roku. Podstawą do powierzenia Obwinionemu tego obowiązku był art. 15 ustawy Pzp uprawniający do powierzenia osobie trzeciej doradztwa dotyczącego przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zważywszy przedstawione rozważania jednak brak podstaw do twierdzenia, aby Obwinionemu zostały powierzone na jakiegokolwiek podstawie prawnej czynności w Postępowaniu. W tym zakresie ustalenia RKO są całkowicie gołosłowne. W dokumentacji brak jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego powierzenie Obwinionemu czynności w Postępowaniu. Za taki dokument nie sposób uznać umowy na obsługę prawną Zamawiającego, w której treści brak postanowienia, aby Obwinionemu powierzono czynności w Postępowaniu. Zatem fakt powierzenia Obwinionemu czynności w Postępowaniu nie został udowodniony.

Co więcej, gdyby nawet jednak doszło do skutecznego powierzenia Obwinionemu czynności w Postępowaniu, to skoro żadnej czynności Obwiniony w tym Postępowaniu nie wykonał, także nie zaktualizował się w stosunku do niego obowiązek złożenia oświadczenia określonego przepisem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Podsumowując, skoro Obwiniony nie wykonywał czynności w Postępowaniu, tym samym wobec Obwinionego nigdy nie zaktualizował się obowiązek złożenia w Postępowaniu oświadczenia wskazanego w art. 17 ust.2 ustawy Pzp. Konieczne jest podkreślenie, że w myśl przepisu art. 17 ust. 4 uondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie m.in. przez osobę wykonującą czynności w postępowaniu oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania, a zatem biorąc pod uwagę, iż Obwiniony nie był w ogóle zobowiązany do złożenia oświadczenia określonego art. 17 ust. 2

Sygn. akt BDF1.4800.17.2018

ustawy Pzp, nie można stwierdzić, aby Obwiniony w ogóle popełnił zarzucany czyn. Tym samym GKO zobligowana była na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 uondfp w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 uondfp, do uniewinnienia Obwinionego. Wobec takiego rozstrzygnięcia koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Uwzględniając powyższe GKO orzekła, jak w sentencji.