



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 7 listopada 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Gryśka
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Iwona Bendorf-Bundorf (<i>spr.</i>)
	<i>Członek GKO:</i>	Artur Walasik
Protokolant:		<i>Anna Jedlińska</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2013 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (**X**) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Członka Zarządu Powiatu (...), zam. (...) oraz Obwinionej (**Y**) - pełniącej w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Starosty Powiatu (...), zam. (...)- od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu z 11 kwietnia 2013 r., sygn. DFP-53-23/2012, którym uznano Obwinionych (**X**) i (**Y**) winnymi naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 1c** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na udzieleniu 3 listopada 2010 r. (umowa nr 313/10) zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie sprzętu dydaktycznego dla czterech pracowni Szkolnych (...) w szkołach ponadgimnazjalnych podległych Powiatowi (...), wykonawcy (...), z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych w sposób, który miał wpływ na wynik postępowania.

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary każdemu z Obwinionych, natomiast obciążyła każdego z nich obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

- 1. Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) – zwanej dalej ustawą, uchyła orzeczenie I instancji w zaskarżonym zakresie.**
- 2. Na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinionego (X) od zarzucanego czynu.**
- 3. Na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinioną (Y) od zarzucanego czynu.**
- 4. Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy 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

Na podstawie zawiadomienia Starosty i Wicestarosty Powiatu (...) Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu złożył wniosek o ukaranie Nr Rdfp/51-26/3/12 z 17 września 2012 r. wobec m.in. (X) i (Y).

Rzecznik uznał, iż Obwinieni w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszyli prawo w sposób określony w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) – zwanej dalej ustawą, który stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w

sposób inny niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia. Zamówienie publiczne w niniejszej sprawie zostało udzielone przez Panie (Y) i (V), które, podpisując wspólnie w dniu 3 listopada 2010 r., umowę nr 313/10 z firmą (...), udzieliły w imieniu Powiatu (...) zamówienia publicznego, którego przedmiotem była dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu dydaktycznego dla czterech pracowni Szkolnych (...) w szkołach ponadgimnazjalnych podległych Powiatowi (...).

W ocenie Rzecznika, w toku badania i oceny ofert naruszony został przepis art. 87 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Pzp), uprawniający zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Pomimo prawnej możliwości wyjaśnienia treści oferty firmy (...) zamawiający dopuścił do uznania za najkorzystniejszą ofertę nieodpowiadającą opisowi przedmiotu zamówienia albowiem, jak udowodniano w wyniku porównania wymaganych przez zamawiającego minimalnych parametrów technicznych zamówienia, określonych w specyfikacji technicznej zamówienia, stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, z parametrami zawartymi w ofercie złożonej przez wykonawcę (...) stwierdzono, że wykonawca zaoferował łączenie za pomocą kabla USB z pominięciem komunikacji bezprzewodowej, gdy zamawiający wymagał komunikacji tablicy interaktywnej z komputerem „przez port USB, Bluetooth lub Wi-Fi”; wykonawca nie zaoferował także pilota do projektora multimedialnego, w ramach akcesoriów wchodzących w skład wyposażenia, wymaganych przez zamawiającego.

Rzecznik nie zaakceptował wyjaśnień Obwinionych i utrzymywał, że oferta wybranego wykonawcy, z którym zawarto umowę o zamówienie publiczne nie odpowiadała wymogom siwz zawartym w opisie parametrów technicznych urządzeń w załączniku nr 7 „Specyfikacja techniczna zamówienia”. Opis wymaganej komunikacji tablicy interaktywnej z komputerem wskazuje na wymaganie portu USB (łączość przewodowa) i Bluetootha lub Wi-Fi (łączość bezprzewodowa). Natomiast odnośnie do pilota niezrozumiałym jest podnoszenie przez Obwinionych za właściwe niewyliczenie pilota w ofercie, podczas gdy w specyfikacji technicznej był on wymieniony wśród akcesoriów a wg punktu 6 SIWZ „wypełniona specyfikacja techniczna zamówienia stanowiąca załącznik nr 7 do siwz” była bezwzględnie wymagana w przedłożonej do zamawiającego ofercie. Oferenci byli zatem zobowiązani wypełnić kolumnę „Oferowane parametry techniczne”.

Według Rzecznika, odpowiedzialność za naruszenie ponoszą (X) a także (Y) i (V), którym można przypisać winę za to, że udzieliły zamówienia publicznego wykonawcy, który

został wybrany z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania. Udzielenie zamówienia jest warunkiem koniecznym, aby dochodzenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy było możliwe. Pani (Y) jako Starosta, wykonująca obowiązki kierownika starostwa powiatowego, miała wiedzę o zastrzeżeniach uczestników postępowania co do treści wybranej oferty, bowiem dekretowała korespondencję, albowiem Zarząd Powiatu powierzył Pani (Y) nadzór nad realizacją uchwały w sprawie przeprowadzenia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej we Wrocławiu, zwana dalej Komisją, za bezsporne i udowodnione uznała popełnienie przez Obwinionych (Y) oraz (X) przypisanych im przez Rzecznika czynów polegających na udzieleniu w dniu 3 listopada 2010 r. (umowa nr 313/10) zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie sprzętu dydaktycznego dla czterech pracowni Szkolnych (...) w szkołach ponad gimnazjalnych podległych Powiatowi (...), wykonawcy (...) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych w sposób, który miał wpływ na wynik postępowania. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty firmy (...), która została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań technicznych określonych przez zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Komisja podzieliła poglądy Rzecznika, iż za popełnienie powyższych czynów odpowiedzialność ponoszą Pan (X) jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych oraz Pani (Y) jako sprawująca w imieniu Zarządu nadzór nad realizacją uchwały w sprawie przeprowadzenia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Komisja wzięła natomiast pod uwagę okoliczności popełnienia czynów, dotychczasową niekaralność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a także warunki osobiste Obwinionych i na podstawie art. 36 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, odstąpiła od wymierzenia kary.

Od niniejszego orzeczenia, pismem z dnia 29 maja 2013 r. , obrońca Obwinionych (X) i (Y) wniósł do Głównej Komisji Orzekającej odwołanie, zaskarżając orzeczenie wydane w postępowaniu w I instancji w całości, na korzyść Obwinionych oraz wnosząc o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionych od zarzucanych im czynów.

Podstawą odwołania było uznanie, iż w postępowaniu w I instancji przyjęto błędne ustalenia faktyczne polegające na bezpodstawnym uznaniu niezgodności oferty (...) z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy po uzyskaniu wyjaśnień w toku postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezgodność taka nie zachodziła.

Ponadto, Obrońca wskazał na błąd w ustaleniach faktycznych oraz naruszenie art. 19 ust.2 ustawy poprzez błędne uznanie , że Obwinieni (X) oraz (Y) są winni zarzucanych im czynów.

Uzasadniając wniesienie odwołania, Obrońca wskazał, że oferowany sprzęt i urządzenia techniczne zaoferowane przez firmę (...) odpowiadały treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak więc były wyposażone w USB oraz Bluetooth, projektory multimedialne, posiadały piloty a mikrofony spełniały wymagania zamawiającego. Zamawiający, stosując w postępowaniu przepis art. 26 ust. 3 Pzp, wyjaśnił wątpliwość dotyczącą czułości mikrofonów i potwierdził brak oczywistej omyłki w ofercie.

Ponadto, wskazał na brak zawinienia po stronie obojga Obwinionych, brak technicznej wiedzy i kompetencji informatycznych tych osób i fakt, iż do oceny ofert potrzebna była wiedza specjalistyczna a Obwinieni dołożyli staranności w zakresie nadzoru nad pracownikami (informatykami).

Główna Komisja Orzekająca, rozpoznając wniesione odwołanie, ustaliła i rozważyła, co następuje.

Obwinionym (X) i (Y) postawiony został zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy, polegający na udzieleniu w dniu 3 listopada 2010 r. (umowa nr 313/10) zamówienia publicznego na dostawę, montaż i uruchomienie sprzętu dydaktycznego dla czterech pracowni Szkolnych (...) w szkołach ponadgimnazjalnych podległych Powiatowi (...), wykonawcy (...) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych w sposób, który miał wpływ na wynik postępowania. W zarzucanym czynie wskazano na zaniechanie obojga Obwinionych polegające na nieodrzuconiu oferty firmy (...), która została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań technicznych określonych przez zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Główna Komisja Orzekająca, badając niniejsze zarzuty, przede wszystkim skoncentrowała się na zasadach odpowiedzialności osób uczestniczących w procesie zamówienia publicznego. Zarzucany, i też przypisany ostatecznie zaskarżonym orzeczeniem

czyn, popełniony został w dniu 3 listopada 2010 r., albowiem w tym dniu nastąpiło udzielenie zamówienia publicznego umową nr 313/10.

Zasady odpowiedzialności za naruszenia związane z udzielaniem zamówień publicznych uległy zmianie z dniem 11 lutego 2012 r. wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r.

Komisja w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazała, „że nowelizacja ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dokonana ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1429) nie zmieniła reguły odpowiedzialności wyłącznie za czyn zawiniony”.

Główna Komisja Orzekająca wyraża pogląd, iż na dzień zawarcia umowy o zamówienie publiczne, tj. 3 listopada 2010 r. ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych publikowana w Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zmianą obowiązującą od dnia 29 stycznia 2010 r. (Dz. U z 2009 r. Nr 223, poz. 1778) kwalifikowała czyny związane z procedurą zamówienia publicznego m.in. w art. 17 ust. 1, określając, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych;
- 2) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących:
 - a) przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
 - b) obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
 - c) obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
- 3) którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji;
- 4) z innym, niż wymienione w pkt 1-3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak więc przyjęta przez Rzecznika, a następnie przez Komisję podstawa prawna odpowiedzialności Obwinionych dotyczyła czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy (vide: pkt 4 podkreślony) według normy prawnej właściwej dla czasu popełnienia czynu.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, odpowiedzialność w 2010 r. związana była z udzieleniem zamówienia publicznego, czyli podpisaniem umowy, a więc czyn mógł być popełniony jedynie przez osoby udzielające zamówienie publiczne. Za takim rozumieniem kwalifikacji prawnej czynu jednoznacznie przemawia część wstępna art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz utrwalone w tym zakresie orzecznictwo i poglądy doktryny.

Obowiązujący aktualnie, w dacie orzekania, art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wiąże odpowiedzialności wyłącznie z działaniem polegającym na udzieleniu zamówienia publicznego, a zgodnie z intencją ustawodawcy, odpowiedzialność w sferze finansów publicznych ponoszą osoby, które swoim działaniem lub zaniechaniem naruszyły przepisy prawa materialnego czyli faktyczni sprawcy poszczególnych naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych. Odpowiedzialność związana z udzieleniem zamówienia publicznego (zawarciem umowy) dotyczy tylko przypadków określonych w art. 17 ust. 1b i 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wśród obowiązujących w chwili orzekania przypadków nie ma obecnie przypadku określonego poprzednio (w brzmieniu sprzed nowelizacji) w przywołanym wyżej art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z art. 24 ustawy, każdy organ orzekający zobligowany jest do orzekania w sprawie na podstawie aktów prawa obowiązujących w dacie orzekania chyba, że przepisy ustaw obowiązujących w dacie popełnienia zarzucanego czynu były dla obwinionego względniejsze. Istotne znaczenie ma również przepis art. 19 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którym odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zestawienie powyższych norm prowadzi do wniosku, że aby skutecznie przypisać zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych w sytuacji zmiany przez ustawodawcę jego znamion należy stwierdzić, że czyn sprawcy (a więc zakwestionowane przez organy jego konkretne zachowanie) sankcjonowała ustawa w brzmieniu obowiązującym w chwili działania lub zaniechania sprawcy (to wynika z przywołanego art. 19 ust. 1), oraz że czyn ten wypełnia znamiona naruszenia po dokonanej

przez ustawodawcę modyfikacji (w innym przypadku mamy bowiem do czynienia ze zmianą prawa na korzyść sprawcy, a więc obowiązek zastosowania art. 24).

GKO, dokonując z urzędu analizy stanu prawnego rozpatrywanej sprawy i uwzględniając fakt zmiany podstaw odpowiedzialności po dniu 11 lutego 2012 r. przyjęła, iż Obwiniony (X) nie popełnił przypisanego mu czynu. W stosunku do Pana (X) należy zastosować przepis art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy, albowiem brak jest dowodu udzielenia przez Obwinionego zamówienia publicznego. Umowa Nr 313/10 z dnia 3 listopada 2010 r. nie była podpisana przez Obwinionego, tak więc (X) nie udzielił spornego zamówienia publicznego. W tym stanie faktycznym i prawnym należy dostosować się do art. 78 ust. 3 i uniewinnić Obwinionego od przypisanego zarzutu albowiem, czynu udzielenia zamówienia Pan (X) nie popełnił. Okoliczności wymienione m.in. w art. 78 ust. 1 pkt 1 uwzględnia się z urzędu w każdej fazie postępowania, a jeżeli okoliczność, o której mowa w ust. 1 pkt 1 (zarzucanego czynu nie popełniono) stwierdzono po przeprowadzeniu postępowania dowodowego przed organem orzekającym, wydaje się orzeczenie o uniewinnieniu.

Zarzut przypisany Obwinionej (Y) związany był z udzieleniem zamówienia publicznego. Według Rzecznika, odpowiedzialność za udzielenie zamówienia ponoszą osoby podpisujące umowę nr 313/10 w dniu 3 listopada 2010 r. m.in. (Y). Nie kwestionując powyższego ustalenia faktycznego, Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że w obowiązującym w chwili orzekania stanie prawnym działanie polegające na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona (nie przesądzając w tym miejscu zasadności postawionego w ten sposób zarzutu) nie mieści się w znamionach czynów określonych w art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jak już bowiem wskazano wyżej zachowanie takie było objęte art. 17 ust. 1 pkt 4, który obowiązywał do 11 lutego 2012 r. Nie można natomiast rozważać wobec obwinionej zarzutu polegającego na nieodrzczeniu oferty, albowiem takie zachowanie nie było karalne w brzmieniu ustawy obowiązującej w czasie, w którym doszło do jego popełnienia. Rozważanie i ewentualne przypisanie zarzutu w oczywisty sposób naruszyłoby art. 19 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, albowiem skutkowałoby ukaraniem za czyn, który w czasie popełnienia nie był uznany za karalny przez przepis prawa. Z całą natomiast pewnością, zachowanie polegające na udzieleniu zamówienia nie jest tożsame z zaniechaniem odrzucenia oferty.

Jak wykazało postępowanie dowodowe przez GKO żadne z podjętych przez Obwinioną działań lub zaniechań nie było związane z zaniechaniem odrzucenia oferty firmy

(...). Obwiniona nie zatwierdzała protokołu (ZP) postępowania o zamówienie publiczne, nie podejmowała żadnych decyzji merytorycznych, z których wynikałby nakaz lub polecenie służbowe w kwestii odrzucenia lub nie spornej oferty. Z tego względu Główna Komisja Orzekająca nie rozważała sprawy na gruncie podglądu wyrażonego w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 listopada 2012 r. sygn. V SA/Wa 1487/12. Nie przesądzając, na ile pogląd w nim wyrażony jest podzielany przez obecny skład GKO, należy wskazać, iż zapadł on w odmiennym niż w niniejszej sprawie stanie faktycznym.

W tym stanie sprawy orzeczono, jak w sentencji.