



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 29 września 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Przemysław Szelerski (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Agata Mikołajczyk</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jacek Najfeld</i>
Protokolant:		<i>Dorota Machnicka</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 29 września 2016 r., odwołania **Obwinionego** - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Starosty - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2016 r., sygn. akt: RKO-522/71/15, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała Pana (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającym na naruszeniu w dniu 5 lipca 2012 r. przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem było zadanie pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej”, w wyniku niewykluczenia z postępowania wykonawcy (*konsorcjum firm: Zakładem Usługowym Remontowo-Budowlanym z siedzibą i Zakładem Systemów Komputerowych*), którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, a który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907),

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

orzeka:

- 1. Na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2, art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 i z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.), zwanej ustawą, uchyla orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w zaskarżonym zakresie i uniewinnia Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 c ustawy.**
- 2. Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy, 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

Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie, po przeprowadzeniu kompleksowej kontroli Powiatu, stwierdził nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Domu Pomocy Społecznej” dotyczące naruszenia postanowienia art. 26 ust. 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej także: „Pzp”) oraz skierował 23 kwietnia 2015 r. zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych – naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej: „uondfp”). Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie w dniu 17 sierpnia 2015 roku skierował do tej Komisji wnioski o ukaranie (znak: RDFP-510/66/15). Oskarżyciel wskazał, że do naruszenia dyscypliny finansów publicznych doszło w dniu 5 lipca 2012 r., tj. w dniu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i przekazania informacji o wyborze

wykonawcy. Dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty dopuszczono do naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez wybór wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W par. VI pkt 2 ppkt 2.3.I. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający żądał, by wykonawca wykazał m.in., że posiada: kierownika robót w specjalności drogowej, kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych, projektanta w specjalności architektonicznej, projektanta branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych oraz projektanta branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca, który złożył wybraną ofertę nr 7, nie wykazał dysponowania ww. osobami w sposób wystarczający w świetle zapisów SIWZ, natomiast zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia odpowiedniego dokumentu. Powyższe narusza postanowienia art. 26 ust. 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie, dalej zwana także „Komisją Orzekającą I instancji” lub „RKO”, orzeczeniem z dnia 22 kwietnia 2016 r. uznała Obwinionego, , odpowiedzialnym za naruszenie w dniu 5 lipca 2012 r. przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem było zadanie pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej”, w wyniku niewykluczenia z postępowania wykonawcy (konsorcjum firm: Zakładem Usługowym Remontowo-Budowlanym z siedzibą i Zakładem Systemów Komputerowych), którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, a który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a tym samym art. 17 ust. 1c uoondfp. Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 35 uoondfp wymierzona została Obwinionemu kara upomnienia i obciążono go kosztami postępowania.

Inna osoba, obwiniona o ten sam czyn, została uniewinniona przez RKO – nie jest to przedmiotem niniejszego orzeczenia.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Komisja Orzekająca I Instancji ustaliła następujący stan faktyczny.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej kwoty wskazanej w art. 11 ust. 8 Pzp, którego przedmiotem było zadanie pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej”, zamawiający w par. VI pkt 2.3. ppkt I SIWZ, odnoszącym się do warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, żądał by wykonawca wykazał, że posiada m.in.:

- kierownika robót w specjalności drogowej,
- kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych,
- projektanta w specjalności architektonicznej,
- projektanta branży instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych,
- projektanta branży instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

W § VI.3 SIWZ zapisano cyt. „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów (...) Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawić w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Ocena potwierdzenia, czy Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału, zawartych [w ust. 2 SIWZ niniejszego paragrafu nastąpi na podstawie wymaganych i załączonych przez Wykonawcę do oferty dokumentów i oświadczeń, wymienionych] w § VII ust. I SIWZ. Z dokumentów i oświadczeń musi wynikać, że Wykonawca spełnia warunki udziału na dzień składania ofert. Nie wykazanie w wystarczający sposób potwierdzenia spełnienia tego warunku spowoduje wykluczenie Wykonawcy z postępowania po wyczerpaniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli Wykonawca wykaże, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, polegając na zasobach innych podmiotów (...) a nie udowodni, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi na czas realizacji części zamówienia, Zamawiający wykluczy Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia (...)”.

Ustalono również, że w dniu 16 lutego 2012 roku Powiat zawarł umowę nr OR.272.2.2012 z przedsiębiorcą Nieruchomości Kancelaria na świadczenie usług Inwestora Zastępczego w ramach przedmiotowego postępowania. W treści wspomnianej umowy, jak i w załączniku do niej zostały sprecyzowane zadania Inwestora zastępczego w tym, m.in. zadania związane z przygotowaniem przetargu nieograniczonego dla wyłonienia wykonawcy robót, SIWZ oraz przeprowadzenie weryfikacji i oceny ofert. Spod odpowiedzialności inwestora zastępczego wyłączono jednak zatwierdzenie wyboru wykonawcy.

Nadto stwierdzono, iż zarządzeniem nr 26/2012 z dnia 14 maja 2012 r. powołano Komisję Przetargową dla oceny ofert. Przewodniczącym Komisji przetargowej była osoba wyznaczona przez Inwestora Zastępczego legitymująca się wysokimi kwalifikacjami w zakresie zamówień publicznych, były arbiter UZP a także biegły sądowy w zakresie zamówień publicznych.

RKO ustaliła także, że funkcję kierownika zamawiającego, odpowiedzialnego za przygotowanie i przeprowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pełnił Obwiniony. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalono bowiem, iż to Obwiniony zatwierdził kluczowy dla przedmiotowego postępowania dokument, tj. SIWZ (karta 52).

W dalszej kolejności Komisja Orzekająca I instancji ustaliła, iż wykonawca, który złożył ofertę nr 7, tj. konsorcjum firm: Zakład Usługowo Remontowo-Budowlany z siedzibą i Zakład Systemów Komputerowych, w załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wskazał, iż są to osoby oddane do dyspozycji przez inny podmiot. W odniesieniu do stanowiska:

- 1) kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych, w ofercie nr 7, brak jednak było - czego wymagała SIWZ – zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy ww. osoby. W szczególności, nie wymieniono ww. osoby w załączonym do oferty zobowiązaniu podwykonawcy (firma) do udostępnienia wiedzy i doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia,
- 2) projektanta w specjalności architektonicznej, minimalne wymagania: in. in. doświadczenie w pracy na stanowisku projektanta min. jednego obiektu użyteczności publicznej o wartości

robót wykonanych co najmniej 5.000.000,00 zł, w załączonym do oferty Konsorcjum firm; Zakład Usługowo Remontowo-Budowlany i Zakład Systemów Komputerowych, wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia nie wykazano - czego wymagała SIWZ - wartości budynku zaprojektowanego przez osobę przewidzianą na projektanta w specjalności architektonicznej,

3) projektanta branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych, minimalne wymagania: ni. in. wykonanie jednego projektu w zakresie swojej specjalności dla budynków użyteczności publicznej o całkowitej wartości wykonanych robót budynku co najmniej 5.000.000,00 zł, w załączonym do oferty nr 7 wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia nie wykazano - czego wymagała SIWZ - wartości budynku zaprojektowanego przez osobę przewidzianą na projektanta branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych,

4) projektanta branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, minimalne wymagania m.in.: wykonanie jednego projektu w zakresie swojej specjalności dla budynków użyteczności publicznej o całkowitej wartości wykonanych robót budynku co najmniej 5 000 000,00 zł, w załączonym do oferty nr 7 wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia nie wykazano – czego wymagała SIWZ – wartości budynku zaprojektowanego przez osobę przewidzianą na projektanta branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych.

Zgodnie z ww. zapisem § VI pkt 2.3. ppkt I w zw. z par. VI pkt 3. SIWZ, powyższe uchybienia winny skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Ustalono ponadto, że Zamawiający nie wzywał Wykonawcy: konsorcjum firm: Zakład Usługowo Remontowo-Budowlany i Zakład Systemów Komputerowych, do uzupełnienia złożonej przez nie oferty w zakresie wykazu ww. osób, mających uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. RKO ustaliła następnie, że w dniu 5 lipca 2012 r. Obwiniony podpisał informację o wyborze, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, oferty konsorcjum firm: Zakład Usługowo Remontowo-Budowlany i Zakład Systemów Komputerowych. Wspomniana informacja została wywieszona na tablicy ogłoszeń Starostwa.

W konsekwencji powyższego w dniu 8 sierpnia 2012 r. doszło do podpisania przez Starostwo umowy Nr OR.272.3.2012 z konsorcjum firm: Zakładem Usługowym Remontowo-Budowlanym i Zakładem Systemów Komputerowych, na realizację zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej”.

W uzasadnieniu wydanego orzeczenia Komisja I Instancji przeanalizowała aspekt podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i ustaliła, że Obwiniony był odpowiedzialny z tytułu pełnienia funkcji kierownika zamawiającego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 18 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 3 Pzp. Jest to podstawa do ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Analizując zakres naruszonych przepisów Prawa zamówień publicznych RKO wskazała, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. RKO dodała, że przesłanka określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, może być podstawą wykluczenia wówczas, gdyż odnosi się do warunków udziału w postępowaniu. Warunki zostały określone w art. 22 omawianej ustawy. Zamawiający określa je w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Mogą one dotyczyć – oprócz zagadnień wprost określonych w art. 22 – także takich, które określił sam zamawiający. Na równi z niezłożeniem oświadczenia należy traktować złożenie oświadczenia z brakami, ale niezupełnionymi w trybie art. 26 ust. 2a i 2c oraz ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

RKO potwierdziła, że oferta konsorcjum firm: Zakład Usługowo Remontowo-Budowlany z siedzibą i Zakład Systemów Komputerowych, która została uznana za najkorzystniejszą w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie odpowiadała wymogom zawartym w par. VI pkt 2.3. ppkt I w zw. z par. VI pkt 3 SIWZ, w zakresie warunków, jakie winny spełniać osoby, które miały uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia:

- kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych, w zakresie zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy ww. osoby,

- projektant w specjalności architektonicznej, w zakresie wartości budynku zaprojektowanego przez tę że osobę,
- projektanta branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych, w zakresie wartości budynku zaprojektowanego przez tę że osobę,
- projektant branży instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w zakresie wartości budynku zaprojektowanego przez tę że osobę.

Z przedstawionych powyżej przyczyn, zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia oferty w przedmiotowym zakresie w myśl art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro tego nie uczynił, konsorcjum firm: Zakład Usługowo Remontowo-Budowlany z siedzibą i Zakład Systemów Komputerowych, winno zostać wykluczone z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu. W dalszej kolejności RKO wskazała, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1c uoondfp jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i ust. 1b tej ustawy, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że w sprawie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art.17 ust. 1 i ust. 1b tej ustawy, a konkretnie do naruszenia wskazanego powyżej art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zdaniem RKO, to wspomniana norma winna stanowić materialną podstawę czynu zarzucanego Obwinionemu, nie zaś art. 26 ust. 3 Pzp. Ten ostatni z przywołanych przepisów kreował bowiem po stronie Zamawiającego jedynie obowiązek wezwania konsorcjum firm: Zakład Usługowo Remontowo-Budowlany i Zakład Systemów Komputerowych do uzupełnienia oferty w zakresie, którym nie wypełniała ona wymogów SIWZ. Bezpośrednią jednak przyczyną wpływającą na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp, było niewykluczenie z postępowania Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu po myśli art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Komisja miała w tym miejscu również na względzie, iż w dniu 8 sierpnia 2012 r., doszło do podpisania przez Starostwo umowy Nr OR.272.3.2012 z konsorcjum firm: Zakładem Usługowym Remontowo-Budowlanym z i Zakładem Systemów

Komputerowych na realizację zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej”. Ziściła się bowiem tym samym wymagana treścią art. 17 ust. 1c uoondfp przesłanka „udzielenia zamówienia publicznego”, warunkująca odpowiedzialność z omawianego deliktu.

Następnie RKO podkreśliła, że za czynność, która wpłynęła na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, najeży uznać wybór w jego ramach najkorzystniejszej oferty, która to czynność wyznaczyła również czas popełnienia przedmiotowego naruszenia dyscypliny finansów publicznych RKO uznała, iż to Obwiniony, dokonując w dniu 5 lipca 2012 r., wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było zadanie pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej”, wpłynął na wynik tegoż postępowania, czym naruszył art. 17 ust. 1c uoondfp. RKO za bezsporne uznała to, że Obwiniony jako kierownik jednostki ponosi odpowiedzialność na podstawie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja Orzekająca I instancji przeanalizowała kwestie winy i uznała, że czyn był zawiniony. Mając powyższe na uwadze uznała, iż stopień szkodliwości przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie był znaczny. W ślad za wspomnianą decyzją RKO, w oparciu o treść art. 31 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 35 uoondfp, wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia – podając uzasadnienie takiego rozstrzygnięcia.

Odwołanie od orzeczenia Komisji I Instancji – pismo z dnia 30 maja 2016 r. – zostało wniesione w części dotyczącej Obwinionego (pkt III orzeczenia) i na jego korzyść z wnioskiem o zmianę orzeczenia RKO i umorzenie postępowania z uwagi na brak znamion w zarzucanym czynie. Alternatywny wniosek – w przypadku nieuwzględnienia wniosku o umorzenie – dotyczy uchylecia zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienia. Zaskarżonemu orzeczeniu składający odwołanie zarzucił naruszenie:

- 1) przepisu art. 17 ust. 1c uoondfp - albowiem w sposób chybiony ustalono, iż Obwiniony dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób mający wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – gdy powyższe winno być poprzedzone poczynieniem stanowczych ustaleń co do takiego związku – zaś w okolicznościach sprawy takie ustalenie nie miało miejsca. Składający odwołanie stwierdza, że *„Główna Komisja Orzekająca stanęła na stanowisku, że w konkretnej sprawie musi istnieć pewność, że zachowanie osoby obwinianej o naruszenie dyscypliny*

finansów publicznych miało taki wpływ na wynik postępowania. Powyższe winno sprowadzać się do udowodnienia i wykazania zarazem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie zakończyłoby się wyborem innego wykonawcy”. Skoro zaś tak w okolicznościach sprawy nie jest, to nie sposób zaakceptować orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej;

2) naruszenie przepisu prawa materialnego - poprzez niezastosowanie przepisu art. 28 uondfp - w konsekwencji błędnego uznania, iż zarzucany Obwinionemu czyn jest szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia Obwiniony polemizuje z ustaleniami i ocenami orzeczenia RKO dotyczącymi naruszenia art. 26 ust. 3 w zestawieniu z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obwiniony uważa, że opisane naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, w realiach ustalonego stanu faktycznego jedynie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Naruszenie to, miałyby wpływ na wynik postępowania tylko wtedy, gdyby wykonawca nie posiadał dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu lub gdyby wykonawca nie przedłożył ich na wezwanie zamawiającego w wyznaczonym terminie. Natomiast w sytuacji, gdyby wykonawca te dokumenty posiadał i przedłożyłby je w wyznaczonym terminie, to nie byłoby podstaw do jego wykluczenia. Przeprowadzony wywód prowadzi do konkluzji, że naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, w ustalonym stanie faktycznym mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustalenie to jest niewystarczające - w świetle wymogów określonych w art. 17 ust. 1c uondfp – do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przytoczony przepis ustawy wymaga bowiem jednoznacznego stwierdzenia, że naruszenie przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych, miało wpływ na wynik postępowania.

Dalej, w ocenie obrony zaskarżone orzeczenie RKO nie analizuje kwestii szkodliwości czynu. Odnośnie dodatkowo sformułowanego zarzutu naruszenia przepisu prawa materialnego związanego ze znikomą społeczną szkodliwością czynu w okolicznościach sprawy występującą – otóż co cały proces budowlany wykazał – że wykonawca miał potencjał, żeby zadanie zrealizować i dodatkowo uczynił to w najniższej, najbardziej konkurencyjnej cenie. Tym samym formułowane przez Regionalną Komisję Orzekającą oczekiwanie w treści zaskarżonego orzeczenia jest wadliwe – albowiem oczekiwanie odrzucenia oferty wykonawcy bez wezwania do jej uzupełnienia w istocie

wywoływałoby właśnie zachowanie stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych i dalej przekładające się na wymierną szkodę.

Wnoszący odwołanie zreasumował, że nie zachodzą stanowcze relacje pomiędzy brakiem wezwania do uzupełnienia treści oferty a wynikiem postępowania traktowanym jako wybór wykonawcy zamówienia, zaś dodatkowo (z ostrożności) w okolicznościach sprawy próżno twierdzić skutecznie o szkodliwości czynu w stopniu wyższym niż znikomy.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca doszła do wniosku, że zaskarżone orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2016 roku nie może się ostać, jednak z innych przyczyn niż wskazane w odwołaniu.

Po pierwsze, Główna Komisja Orzekająca dostrzega, że orzeczenie RKO zawiera pewne niekonsekwencje pomiędzy opisanym w początkowej części uzasadnienia stanem faktycznym a ustaleniami dotyczącymi przypisywanemu Obwinionemu naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Początkowo, w ustaleniach stanu faktycznego, orzeczenie przywołuje niektóre wymagania określone w SIWZ dotyczące potencjału kadrowego wykonawcy: dwóch specjalistycznych kierowników robót oraz trzech specjalistycznych projektantów (por. par. VI pkt 2.3. ppkt I - „Potencjał kadrowy” SIWZ). W dalszej części uzasadnienia, gdzie dokonuje się oceny zgromadzonego materiału dowodowego, RKO analizuje już tylko fakt dysponowania przez Wykonawcę czterema, a nie pięcioma, osobami. Bez trudu można zauważyć, że z orzeczenia Komisji I instancji wymyka się ocena dysponowania przez Wykonawcę kierownikiem robót w branży drogowej. GKO przyjmuje, że w zaskarżonym orzeczeniu nie stwierdzono nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez Wykonawcę ww. specjalistą. Ponieważ RKO nie przypisała Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w tym obszarze, a Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych nie wnosił odwołania, to odwołanie wnoszone przez Obwinionemu nie może mu szkodzić, zgodnie z zasadą zakazu *reformationis in peius*.

Po drugie, Komisja I Instancji błędnie uznaje, że kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych, to osoba, która nie jest w dyspozycji konsorcjum składającego ofertę nr 7. Jak wynika z lektury tej oferty, a w szczególności z „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, Wykonawca, z którym zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego samodzielnie dysponował odpowiednim kierownikiem robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych. Osoba wymieniona w pkt 4 ww. wykazu – mgr inż., to osoba będąca w dyspozycji wykonawcy a nie osoba udostępniana przez inny podmiot. Tym samym zbędne jest, aby wymagać od Wykonawcy dokumentu – zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy ww. osoby. W tym zakresie oferta była prawidłowa a Wykonawca nie podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Po trzecie, Główna Komisja Orzekająca przeanalizowała SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (par. VI SIWZ). Zamawiający szczegółowo opisał wymagany od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia potencjał kadrowy. Ocena tego warunku udziału w postępowaniu miała zostać dokonana na podstawie oświadczeń wykonawcy – „*Wykonawca złoży oświadczenie o spełnieniu warunków zgodnie z wzorem nr 2, 4 i 4a, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.*”. Zamawiający zaprojektował i załączył do SIWZ wzór „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (załącznik nr 4), w którym w formie tabelarycznej wykonawcy mieli zadeklarować, że do realizacji zamówienia skierują podane osoby – każdy wiersz miał zostać wypełniony dla każdej scharakteryzowanej w SIWZ osoby.

Tabela została przygotowana w ten sposób, aby wykonawcy ją wypełnili poprzez podanie następujących informacji w poszczególnych kolumnach:

- 1) l.p.,
- 2) imię i nazwisko, wykształcenie (proszę podać wykształcenie),
- 3) zakres rzeczowy wykonywanych czynności,
- 4) posiadane kwalifikacje – uprawnienia (nr, rodzaj),
- 5) doświadczenie w latach w sprawowaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie – wymagane/posiadane,
- 6) informacja o podstawie dysponowania osobami.

Jak wynika z przypisu nr 1 pod wzorem tabeli „*wykonawca nie jest zobowiązany do dołączania dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe. składa jedynie niniejsze oświadczenie*”.

Działanie powyższe należy uznać za zgodne z przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych, w szczególności z art. 25 Pzp. To zamawiający określa w SIWZ zasady, na jakich zamierza wybrać ofertę najkorzystniejszą. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, Zamawiający nie określił sposobu wykazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia „wartości zaprojektowanych budynków przez osobę przewidzianą na projektanta w danych specjalnościach”, tj. 5.000.000 zł. Ponieważ tego nie uczynił, to nie można oczekiwać, że był w stanie weryfikować i faktycznie zweryfikował te aspekty potencjału kadrowego wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego nie można czynić zarzutu błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarzutu zaniechania do wezwania do uzupełnienia oferty a tym bardziej zarzutu niewykluczenia wykonawcy w postępowaniu.

Reasumując, orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2016 roku, uznające Obwinionego, , odpowiedzialnym za naruszenie w dniu 5 lipca 2012 r. przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem było zadanie pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej”, w wyniku niewykluczenia z postępowania wykonawcy (konsorcjum firm: Zakładem Usługowym Remontowo-Budowlanym i Zakładem Systemów Komputerowych), którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, a który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jest bezpodstawne.

W zarzucanym Obwinionemu czynie, tj. w delikcie z art. 17 ust. 1c uondfp, brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp). Główna Komisja Orzekająca miała obowiązek uwzględnić powyższą okoliczność z urzędu, stosownie do art. 78 ust. 2 uondfp. Natomiast, zgodnie z art. 78 ust. 3 tej ustawy, stwierdzenie opisanej okoliczności po przeprowadzeniu postępowania dowodowego obligowało do wydania orzeczenia o uniewinnieniu.

Ustalenie powyższego, jako najdalej idące i najbardziej korzystne dla Obwinionego, uczyniło zbytecznym szczegółowe rozważanie argumentów podniesionych w odwołaniu.

Mając na uwadze niniejsze ustalenia, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.