



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 25 października 2018 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Sławomir Franek
	<i>Członek GKO:</i>	Agnieszka Szymankiewicz
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Arkadiusza Babczuka**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2018 r. odwołania wniesionego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 18 grudnia 2017 r. sygn. akt: RKO/7100/77/17, którym Komisja, uniewinniła z powodu braku znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na naruszeniu art. 22 ust. 4 (a obecnie art. 22 ust. 1a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) poprzez dokonanie w postępowaniach o udzielenie w 2015 r. zamówienia na realizację zadań pn.:

- „Kompleksowa termomodernizacja budynku oświatowo-komunalnego w (...)”,
- „Kompleksowa termomodernizacja budynku oświatowo-komunalnego w (...)”

opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Czas popełnienia czynu wskazano 8 czerwca 2015 r. oraz 24 września 2015 r., w którym zatwierdzono Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie powyższych postępowań.

Komisja Orzekająca I instancji na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych orzekła, iż koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 ze zm.) uchyla orzeczenie Komisji I instancji i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

W dniu 31 października 2017 roku do Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach (dalej zwaną również Komisją lub RKO) wpłynął wniosek Rzecznika dyscypliny finansów publicznych o ukaranie Pana (...)– Wójta Gminy (...) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1458 z późn. zm.; dalej: uondfp). Rzecznik skierował do Komisji wnioski o ukaranie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na skutek złożonego w dniu 9 sierpnia 2017 r. zawiadomienia działającego z upoważnienia Zarządu Województwa Śląskiego Z-cy Dyrektora Wydziału Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Po przeprowadzeniu w dniu 18 grudnia 2017 r. rozprawy Komisja orzeczeniem sygn. akt: RKO/7100/77/17 uniewinniła Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na naruszeniu art. 22 ust. 4 (a obecnie art. 22 ust. 1a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) poprzez dokonanie w postępowaniach o udzielenie w 2015 r. zamówienia na realizację zadań pn.:

- „Kompleksowa termomodernizacja budynku oświatowo-komunalnego w (...)”,
 - „Kompleksowa termomodernizacja budynku oświatowo-komunalnego w (...)”,
- opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia – z uwagi na brak znamion. Komisja Orzekająca I instancji na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych orzekła, iż koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia, odnosząc się do ustalonego stanu faktycznego, Komisja podniosła, że w Gminie(...) w pkt V.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących postępowań związanych przedmiotowo z wyszczególnionymi w sentencji zamówieniami publicznymi zamawiający wprowadził następujący opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia :

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia : wykonali zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 zadanie (może być oddzielnie lub razem na zakres jak powyżej) polegające na dociepleniu budynku styropianem i wykonaniem tynku silikonowego o pow. minimum 600 m².

W wyniku przeprowadzonych postępowań udzielono zamówień publicznych na podstawie umowy nr RGK.MB 271.1.2015 z dnia 28 lipca 2015 r. oraz umowy RGK.MB 271.5.2015 z dnia 23 listopada 2015 r.

Odnosząc się do udzielonych zamówień Komisja przytoczyła w uzasadnieniu przesłanki, które doprowadziły Zawiadającego do złożenia zawiadomienia a rzecznika do wniesienia wniosku o ukaranie. Wskazano, w stosunku do powyższego, tezy Zawiadającego, zgodnie z którymi, opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia uniemożliwił ubieganie się o to zamówienie wykonawcom, którzy wykonali szereg robót budowlanych w zakresie docieplania budynków oraz wykonywania tynków, lecz przy użyciu innych materiałów. Jako przykład innych materiałów termoizolacyjnych, zawiadamiający wskazał wełnę mineralną, polistyren ekstrudowany, poliuretan. Przykładem alternatywnej masy/zaprawy tynkarskiej jest surowiec mineralny, akrylowy, silikatowy, silikonowo-akrylowy. W zawiadomieniu o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych wskazano, że czynności związane z ociepleniem ścian budynku, takie jak: przygotowanie podłoża, przygotowanie zaprawy, mocowanie płyt izolacyjnych lub kołkowanie, wykonanie warstwy zbrojonej siatką, gruntowanie podłoża, wykonanie zaprawy tynkarskiej, malowanie elewacji są identyczne lub bardzo zbliżone zarówno dla styropianu jak i wełny mineralnej. Stosownie do powyższego opis oceny warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia naruszał wprost zasadę wyrażoną w art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W

ocenie rzeczownika kształtowanie opisu oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, które bez merytorycznego uzasadnienia ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, narusza zasadę proporcjonalności opisu takiego warunku do przedmiotu zamówienia.

Przez „proporcjonalność” w tym przypadku należy rozumieć sytuację, w której warunki udziału są ukształtowane tak, by istniał prawidłowy, bezpośredni związek pomiędzy przedmiotem zamówienia a opisem warunku udziału w postępowaniu. Prawidłowość tego związku polega natomiast na niedopuszczeniu do sytuacji, w której warunek jest opisany w sposób nadmierny (zbyt wygórowany) do przedmiotu zamówienia. Prawidłowość ta wymaga wykazania przez zamawiającego, że kształtując warunek zamawiający nie pozbawił w sposób nieuzasadniony merytorycznie udziału w postępowaniu jakiegoś wykonawcy. W ocenie Rzecznika, składającego wniosek o ukaranie, ww. opis warunku udziału w postępowaniu w sposób nieuzasadniony merytorycznie pozbawił możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali szereg robót budowlanych w zakresie docieplania budynków oraz wykonywania tynków, lecz przy użyciu innych materiałów. Zamawiający posiada swobodę w kształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym treści opisu warunków udziału w postępowaniu. Nie jest to jednak swoboda nieograniczona. Zamawiający posiada prawo do formułowania treści warunków udziału w postępowaniu, tak by dopuścić do postępowania tylko tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie zamawiający musi być w stanie w sposób merytoryczny uzasadnić, dlaczego takiej rękojmi odmawia wykonawcom niespełniającym warunków udziału określonym w specyfikacji. Powyższy stan faktyczny naruszał obowiązujący w momencie popełnienia czynu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przytoczonymi przepisami opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powyższy przepis został uchylony z dniem 28 lipca 2016 r. Powyższy stan faktyczny wg Rzecznika narusza także obowiązujący obecnie art. 22 ust. 1a ww. ustawy, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zarówno uchylony jak i obecny przepis nakładają na zamawiającego obowiązek ukształtowania opisu warunku udziału w postępowaniu o zamówienie w sposób proporcjonalny do jego przedmiotu. Powyższy czyn, zdaniem Rzecznika, wypełnia przesłanki naruszenia dyscypliny

finansów publicznych określone w przepisie art. 17 ust. 1 pkt 3 uodfp. Zgodnie z przytoczonym przepisem, w brzmieniu obowiązującym w chwili popełnienia czynu, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z dniem 28 lipca 2016 r. dokonano zmiany brzmienia ww. przepisu. Powyższy czyn wypełnia przesłanki naruszenia określone w powyższym przepisie w brzmieniu obowiązującym na moment rozpoznania czynu przez rzecznika, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Komisja odnosząc się w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia do zakresu przedmiotowego objętego wnioskiem o ukaranie stwierdziła, że brzmienie art. 17 ust. 1 pkt 3 uodfp uległo zmianie i przytoczyła przepisy wskazujące, że : *„Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia”*, natomiast w dacie orzekania *„Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia”*.

Odnosnie przepisów prawa materialnego, których naruszenia miał dopuścić się Obwiniony Komisja wskazała, że art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w dacie popełnienia czynu stanowił, iż *„Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”*, natomiast art. 22 ust. 5 stanowił, iż *„Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia”*.

W dacie orzekania art. 22 ust. 4 i ust. 5 nie obowiązywały, a sposób określenia warunków udziału w postępowaniu został uregulowany w art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”*.

Komisja podniosła, że wobec różnicy w stanie prawnym obowiązującym w chwili popełnienia zarzucanego czynu i stanie prawnym obowiązującym w dacie orzekania, Komisja stwierdza, iż zarzucono Obwinionemu czyn polegający na opisanu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny do jego przedmiotu, co stanowiło naruszenie dyscypliny finansów publicznych w dniu popełnienia czynu. Po nowelizacji, tj. na dzień orzekania, czynem naruszającym dyscyplinę finansów publicznych jest jednak określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Komisja Orzekająca uznała, iż czym innym jest opisanie warunków postępowania, a czym innym opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku. Komisja zauważyła, że obowiązujące w dniu popełnienia czynu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w art. 22 wyraźnie rozdzielały warunki udziału w postępowaniu od opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków. Uznanie, iż oba działania są tożsame stanowiłoby niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą tego przepisu.

Komisja Orzekająca stwierdziła zatem, iż w dniu orzekania ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie przewiduje już czynu polegającego na opisanu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny do jego przedmiotu.

Mając powyższe na uwadze Komisja Orzekająca na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych postanowiła Obwinionego Pana (...) uniewinnić od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W odwołaniu z dnia 22 stycznia 2018 r. Z-ca Rzecznika wniósł o uchylenie orzeczenia Komisji oraz przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO. W ocenie Rzecznika przedstawiony we wniosku stan faktyczny naruszał obowiązujący w momencie

Sygn. akt BDF1.4800.12.2018

popęnienia czynu art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.). Zgodnie z przytoczonymi przepisami opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powyższy przepis został uchylony z dniem 28 lipca 2016 r. Powyższy stan faktyczny narusza także obowiązujący obecnie obowiązujący art. 22 ust. 1a ww. ustawy, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zarówno uchylony jak i obecny przepis nakładają na zamawiającego obowiązek ukształtowania warunku udziału w postępowaniu o zamówienie w sposób proporcjonalny do jego przedmiotu.

Powyższy czyn wypełnia przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w przepisie art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp. Zgodnie z przytoczonym przepisem, w brzmieniu obowiązującym w chwili popełnienia czynu, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z dniem 28 lipca 2016 r. dokonano zmiany brzmienia ww. przepisu. Powyższy czyn wypełnia przesłanki naruszenia określone w powyższym przepisie w brzmieniu obowiązującym na moment rozpoznania czynu przez rzecznika, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Komisja uniewinniła Obwinionego od powyższego zarzutu w oparciu o art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W uzasadnieniu orzeczenia stwierdzono, że Komisja dokonała, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 ww. ustawy, porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia czynu ze stanem prawnym obowiązującym w dniu orzekania, w wyniku czego uznała, że zarzucany czyn nie jest narusza obecnie obowiązującego przepisu merytorycznego (art. 22 ust. 1a Prawa zamówień publicznych), a także nie jest penalizowany przez obecnie obowiązujący przepis art. 17 ust 1 pkt 3 ustawy o

odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie Komisji, stan prawny obowiązujący w momencie popełnienia czynu oraz w czasie orzekania dotyczy różnych pojęć i różnych etapów postępowania o zamówienie. „Określenie warunków udziału w postępowaniu” ma być w ocenie Komisji pojęciem merytorycznie odrębnym od pojęcia „opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków”.

Rzecznik podkreślił, że nie zgadza się ze stanowiskiem Komisji, która uniewinnienie Obwinionego uzasadniła wyłącznie faktem zmiany literalnego brzmienia ww. przepisów, bez dokonania analizy, czy zmiana tych przepisów powoduje zmianę norm prawnych w nich wyrażonych. Zdaniem Rzecznika zarzucany Obwinionemu czyn narusza przepisy Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zarówno na moment popełnienia czynu, jak i w chwili orzekania.

Formułując wniosek o ukaranie, a następnie decydując o skorzystaniu z prawa wniesienia odwołania rzecznik oparł się na orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 14 listopada 2016 r. (BDF1.4800.71.2016), w którym GKO, w sposób nie budzący wątpliwości, dokonała oceny prawidłowości analizy zmiany stanu prawnego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W orzeczeniu tym stwierdzono : Zarówno przed nowelizacją Prawa zamówień publicznych, jak i po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, cel i sposób postępowania zamawiającego nie zmienił się - wybór najkorzystniejszej oferty jest powiązany z oceną podmiotową wykonawcy. Ocena ta zmierza do ustalenia, czy dany wykonawca posiada pewien potencjał kompetencji i uprawnień zawodowych, zasobów ludzkich, technicznych oraz kapitału, który daje podstawy, aby uznać, że będzie on w stanie wywiązać się z wymogów umowy w sprawie zamówienia publicznego - zrealizować w sposób należyty postanowienia umowy.

Tak jak nie zmieniła się logika przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie oceny podmiotowej wykonawców a zmodyfikowana została jedynie stosowana terminologia, tak samo w tym obszarze nie zmienił się zakres naruszeń tej ustawy, które są zaliczone do deliktów finansowych. W omawianej nowelizacji, ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co do zasady, odwzorowuje tylko zmiany terminologiczne.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej GKO) po zbadaniu sprawy postanowiła na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp uchylić orzeczenie Komisji w całości i przekazać sprawę do ponownego rozstrzygnięcia.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 uondfp, GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez Komisję oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

Dokonana w wyniku złożonego odwołania kontrola instancyjna orzeczenia RKO uzasadnia konieczność uwzględnienia odwołania i przekazanie orzeczenia do ponownego rozpatrzenia.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że jedną z podstawowych zasad postępowania w sprawie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest działanie organów orzekających na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Wyjaśnienie stronom postępowania przesłanek, które doprowadziły organ orzekający do określonego rozstrzygnięcia w sposób jest podstawowym obowiązkiem tych organów wynikających z realizacji zasady państwa prawnego i zasady zaufania do organów państwa stosujących prawo.

Istotnym przepisem regulującym zasady działania organów orzekających jest m.in. art. 24 ust. 1 uondfp stanowiący, że 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. Przepis określa normę intertemporalną, wskazującą, jaka ustawa ma zastosowanie w przypadku zmiany przepisów pomiędzy momentem popełnienia czynu zabronionego, a momentem orzekania. Normatywne brzmienie art. 24 uondfp, przyznaje priorytet ustawie nowej, obowiązującej w dacie orzekania, z tym zastrzeżeniem, że ustawa obowiązująca w dacie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy danego naruszenia. Powyższe jest zgodne z abstrakcyjnym założeniem racjonalnego ustawodawcy, że nowe prawo jest prawem doskonalszym od obowiązującego uprzednio. Jedynie wyjątkowo, w sytuacjach gdy prawo obowiązujące w dacie naruszenia dyscypliny przewiduje korzystniejszą sytuację dla sprawcy tego naruszenia (niż nowe prawo), należy je zastosować. Może bowiem zdarzyć się, że zmieniająca się rzeczywistość społeczno-gospodarcza będzie wymagała od ustawodawcy w nowych regulacjach zaostrezenie norm zarówno sankcjonowanych, jak i sankcjonujących. Powyższe nie może obciążać Obwinionego, którego działanie podlega ocenie poprzez pryzmat norm prawnych. Możliwa

jest również sytuacja, w której ustawodawca rezygnuje z określonych regulacji zmniejszając tym samym prawne uwarunkowania, ograniczenia a tym samym dostępność określonych rozwiązań prawnych wpływających do zamówienia publiczne. Ustawa jest względniejsza przy tym wówczas, gdy daje Obwinionemu korzystniejsze prawa, skutkujące np. brakiem odpowiedzialności w związku z brakiem penalizacji określonego czynu w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak również mniej surową (korzystniejszą z punktu widzenia znamion przedmiotowych i podmiotowych) oceną naruszenia z uwagi na regulacje prawa materialnego, a nawet zastosowanie szczególnych przepisów w zakresie ukarania, np. związanych z instytucją odstąpienia od ukarania. Podkreślenia przy tym wymaga jednak fakt, że ustawowy nakaz stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy należy realizować w odniesieniu do konkretnego sprawcy i naruszenia, bowiem może się zdarzyć, że nowa ustawa, abstrakcyjnie łagodniejsza, może być w sytuacji konkretnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych surowsza dla sprawcy tego naruszenia. Określenie która z ustaw, tzn. nowa czy obowiązująca w czasie popełnienia naruszenia, jest dla sprawcy względniejsza, zostało pozostawione ocenie komisji orzekającej, która w każdej sprawie jest zobowiązana bezwzględnie rozważyć, czy wobec Obwinionego korzystniejsze będzie stosowanie starych czy nowych przepisów.

Odzwierciedlenie tych rozważań powinno mieć miejsce w uzasadnieniu orzeczenia. Obowiązek uzasadnienia orzeczenia zgodnie z wymogami art. 137 uodnfp to nie tylko swoistego rodzaju formalność, ale nakaz działania organów publicznych w sposób budzący zaufanie, wynikający z konstytucyjnej zasady państwa prawnego. W takim znaczeniu orzeczenie powinno przekonać strony postępowania kontradyktoryjnego, jakim jest postępowanie przed organem orzekającym, o wzięciu pod uwagę i należytych rozważeniu wszelkich okoliczności. Powyższe w szczególności dotyczy analizy stanu prawnego mającego wpływ m.in. na ustalenie powinności działań Obwinionego bądź też ustalenie obowiązków organu orzekającego w odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem subsumpcji pod określone normy prawne. Niedostateczne uzasadnienie orzeczenia może wywoływać wątpliwości co do faktu, czy komisja rzeczywiście rozważyła wszystkie istotne okoliczności sprawy, które mogą mieć wpływ na jego rozstrzygnięcie, nawet jeśli takie rozważania komisja przy orzekaniu przeprowadziła a jedynie nie znajdują one odzwierciedlenia w orzeczeniu stosownie do art. 137 uodnfp. Sytuacja taka jest niedopuszczalna zatem także ze względu na zachowanie społecznego poczucia sprawiedliwości i zaufania obywateli do prawa i pracy organów orzekających. W ocenie GKO uzasadnienie niespełniające tych wymogów nie daje stronom możliwości ustosunkowania się do motywów wydanego rozstrzygnięcia oraz

uniemożliwia organowi odwoławczemu dokonanie rzetelnej kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia.

Nie rozstrzygając, co należy wprost zaznaczyć, kierunku rozstrzygnięcia Komisji I instancji, z uwagi na zakres uzasadnienia prawnego Komisji skoncentrowany na str. 7-8 orzeczenia oraz brak odniesienia przytoczonych tam przepisów do stanu faktycznego, podkreślić należy zatem konieczność przeprowadzenia przez organy orzekające w przedmiotowej sprawie wyводу prawnego uwzględniającego jednoczesną analizę ustalonego na rozprawie stanu faktycznego.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia teza Komisji sprowadza się do stwierdzenia, że „w dniu orzekania ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie przewiduje już czynu polegającego na opisanu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny do jego przedmiotu” a zatem jak można domniemywać Komisja zidentyfikowała depenalizację czynu w stosunku do dnia popełnienia czynu. Brak jest jednak odniesienia w całym orzeczeniu do aktu wprowadzającego zmianę przepisów (ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy –Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) a co więcej do analizy nieograniczającej się jedynie do przytoczenia przypisów, ale do wskazania norm wynikających ze wskazanych przepisów i przełożenia tych norm (sankcjonujących) na normy sankcjonowane wynikające z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionych ww. ustawą i ustalony na rozprawie stan faktyczny. Porównanie przepisów polegające w istocie na ich przytoczeniu nie prowadzi zdaniem GKO do identyfikacji norm prawnych obowiązujących w danym momencie czasowym. Orzeczenie organu nie może sprowadzać się do ustalenia, iż Komisja stwierdza różnicę „w stanie prawnym obowiązującym w chwili popełnienia zarzucanego czynu i stanie prawnym obowiązującym w dacie orzekania” z przytoczeniem przepisów w odniesieniu do tak wskazanych momentów czasowych oraz, że Komisja „uznała, iż czym innym jest opisanie warunków postępowania, a czym innym opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku.” Właśnie ustalenie powyższego daje stronom należyte przekonanie, iż Komisja przeprowadziła określoną analizę.

Jeżeli tak jak wskazano w orzeczeniu „Komisja zauważyła, że obowiązujące w dniu popełnienia czynu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w art. 22 wyraźnie rozdzielały warunki udziału w postępowaniu od opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków” powinna w tym kierunku przeprowadzić stosowną wykładnię mającą na celu zidentyfikowanie norm prawnych obowiązujących w chwili popełnienia zarzucanego we wniosku o ukaranie czynu a obowiązująca w dniu orzekania Komisji zarówno w odniesieniu

do ustawy prawo zamówień publicznych, jak i ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Co więcej Komisja swoje rozważania powinna oprzeć o analizę tego co w istocie podlega kształtowaniu w przytoczonym fragmencie SIWZ zakreślającego, że *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia : wykonali zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 zadanie (może być oddzielnie lub razem na zakres jak powyżej) polegające na dociepleniu budynku styropianem i wykonaniem tynku silikonowego o pow. minimum 600 m²”*.

Główna Komisja Orzekająca wskazuje, iż stosownemu rozważeniu powinno podlegać orzecznictwo GKO, w tym m.in. orzeczenie powoływane przez Odwołującego, tj. z dnia 14 listopada 2016 r. BDF1.4800.71.2016 (baza orzeczeń GKO www.mf.gov.pl), w którym podniesiono okoliczności związane z analizą stanu prawnego w związku z nowelizacją ustawy Pzp, jak i uondfp poprzez powoływaną wyżej ustawę z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Podstawowym celem zamawiającego jest wybór najkorzystniejszej oferty co umożliwi mu bez wątpienia ocena podmiotowa wykonawcy. Ocena ta zmierza do ustalenia, czy dany wykonawca posiada pewien potencjał kompetencji i uprawnień zawodowych, zasobów ludzkich, technicznych oraz kapitału, który daje podstawy, aby uznać, że będzie on w stanie wywiązać się z wymogów umowy w sprawie zamówienia publicznego – zrealizować w sposób należyty postanowienia umowy. W dacie, w której sytuowane jest naruszenie dyscypliny finansów publicznych uprawnienie i zarazem obowiązek do określenia warunków udziału w postępowaniu był wywodzony z art. 22 ust. 3 i 4. Nowy przepis Prawa zamówień publicznych stanowi w art. 22 ust. 1a, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W konsekwencji ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co do zasady, odwzorowuje tylko zmiany terminologiczne.

Uprawnienie do określania warunków udziału w postępowaniu gwarantuje zamawiającemu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak z łatwością można zauważyć, art. 17 ust. 1 pkt 3 uondfp został zmieniony a nie uchylony, czy zastąpiony inną, nową jednostką redakcyjną. Jest to zabieg

Sygn. akt BDF1.4800.12.2018

celowy ustawodawcy, gdyż nowe brzemienie tego przepisu z jednej strony odpowiada temu samemu deliktowi finansowemu, jaki był regulowany przed zmianą tego przepisu a z drugiej strony stosuje terminologię adekwatną do tej użytej w Prawie zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.