



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

Warszawa, dnia 9 maja 2016 r.

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

<b>Przewodnicząca:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk (spr.)</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Marek Gluch</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Jacek Najfeld</b>
Protokolant:		<b>Anna Jedlińska</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego,**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2016 r. odwołania Obwinionego (...), zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z dnia 22 stycznia 2016 r., sygn. akt: RKO.5011.52.2015, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta (...) - winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na nie wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Zagospodarowanie terenu wokół świetlicy wiejskiej w (...)” wykonawcy – Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „(...)”, którego oferta zawierała gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 998-A 450 529 z dnia 3 listopada 2014 r., nieuwzględniającą aktualnego w dacie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne (20 października 2014 r.) brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Powyższe miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w wyniku powyższego udzielono zamówienia temu Wykonawcy, mimo że stosownie do

art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Wykonawca ten podlegał wykluczeniu

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

**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 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie.**

**Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

**Uzasadnienie**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie orzeczeniem z dnia 22 stycznia 2016 r. Sygn. akt RKO.5011.52.2015 uznała (...), pełniącego w czasie popełnienia czynu funkcję wójta (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 168 oraz z 2012r. poz. 1529) {Ustawa} polegającego na nie wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: „ Zagospodarowanie terenu wokół świetlicy wiejskiej w (...)” wykonawcy - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „(...)”, którego oferta zawierała gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 998-A 450 529 z dnia 3 listopada 2014 r. nie uwzględniającą aktualnego w dacie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne (20 października 2014 r.) brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), czym naruszono przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Powyższe, zdaniem RKO, miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w wyniku powyższego udzielono zamówienia wskazanemu wykonawcy, pomimo że stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca ten podlegał wykluczeniu. Za powyższe, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierzyła obwinionemu karę upomnienia, a na podstawie art. 167

## Sygn. akt BDF1.4800.12.2016

ust. 1 Ustawy w związku z art. 19 ustawy z dnia 16 grudnia 2015 r. o szczególnych rozwiązaniach służących realizacji ustawy budżetowej na rok 2016 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2199) oraz art. 5e ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 111 z późn. zm.), obciążyła go obowiązkiem zwrotu - na rzecz Skarbu Państwa - kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych siedemdziesiąt jeden groszy), co stanowi 10% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia, ogłoszonego obwieszczeniem Prezesa GUS z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej w 2010 r. i w drugim półroczu 2010r. (M.P.Nr 15, poz. 156). Orzeczenie w stosunku do obwinionego (...), na podstawie art. 121 ust. 3 cyt. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wydane zostało w trybie zaocznym. W uzasadnieniu orzeczenia podano, że cyt.: (...) Komisja Orzekająca rozpatrując sprawę, ustaliła: Naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie (...) zostało ujawnione przez Wójta Gminy (...). Stwierdzono, iż w Urzędzie Gminy (...) w 2014 roku udzielono zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. W zawiadomieniu złożonym Rzecznikowi Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie w dniu 17 sierpnia 2015 roku Wójt Gminy (...) wskazała, jako osobę, której zarzuca naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Pana (...) - byłego Wójta Gminy (...) w zakresie objętym tym zawiadomieniem (karty 7-9 akt sprawy). W dniu 22 września 2015 roku Rzecznik dyscypliny finansów publicznych wydała postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego wobec Pana (...) - byłego Wójta Gminy (...) (karty 49-50 akt sprawy) w zakresie objętym zawiadomieniem. W dniu 20 listopada 2015 roku Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wniosła do Przewodniczącego Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie wniosek o ukaranie Pana (...) - Wójta Gminy (...) w czasie popełnienia przypisanego czynu w zakresie objętym postanowieniem o wszczęciu postępowania wyjaśniającego (karty 1-26 akt sprawy). Rzecznik poinformowała, że Obwiniony nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wniosła o wymierzenie dla Obwinionego kary upomnienia. W toku czynności prowadzonych przez Rzecznika Obwiniony złożył w dniu 8 października 2015 roku wyjaśnienia (karty 52-53 akt sprawy). W swoich wyjaśnieniach wskazał m.in, cyt. „W dniu 20 października 2014r. ogłosiłem przetarg na w/w zadanie z terminem wykonania robót do 31 grudnia 2014r. Ustawa zmieniająca art. 46 ust. 4a. o brzmieniu: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn

leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej." obowiązywała od 19 października 2014r. (niedziela); Przetarg, o którym mowa wyżej winien być ogłoszony w dniu 17 października 2014r.(piątek), jednakże z przyczyn leżących po stronie Gminy nie możliwe było jego ogłoszenie, w związku z powyższym, w kolejnym dniu roboczym tj. 20 października 2014 r. (poniedziałek) zamówienie publiczne zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 349416 - 2014. Przez przeoczenie w SIWZ nie uwzględniono zmiany ustawy, aczkolwiek w pkt. 8.7. SIWZ podano zapis: Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami również w sytuacji, gdy w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, Wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie, oraz zapis pkt. 8.6.SIWZ: Zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: -odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „(...)” wniosło zabezpieczenie zapłaty wadium w zgodzie z SIWZ, jak również dokumenty określone w SIWZ na bazie których dokonano ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; Przepis art, 46 ust. 4a p.z.p. ma zastosowanie do sytuacji, w której występuje brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie ma on zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie. Zasadą wynikającą z art, 46 ust. 1 p.z.p. jest obowiązek zamawiającego dokonania zwrotu wadium, a uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a p.z.p.) stanowi jedynie wyjątek od tej zasady. Ponadto dopuszczalna jest droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. Opisanie zabezpieczonego rezultatu w treści gwarancji bankowej może nastąpić w różny sposób i nie musi polegać na zacytowaniu okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. Istotne jest jednak to, aby opis ten nie budził wątpliwości, nie powodując niepewności zamawiającego, co do możliwości zaspokojenia się z wadium. Dodać należy, iż zamówienie poniżej progów unijnych, może - wedle swojego uznania - żądać wniesienia wadium od wykonawców, albo odstąpić od jego

żądania. W tym przypadku stworzyłem barierę finansową zapewniającą uczestnictwo w przetargu wyłącznie podmiotów zdolnych finansowo i faktycznie zainteresowanych zamówieniem. Ze względu na krótki termin wykonania zamówienia chciałem wyeliminować Wykonawców niesolidnych, nieuczciwych lub przed ewentualną znową wykonawców. Uwzględnić również trzeba, iż na w/w roboty budowlane, zawarłem umowę Nr 00063- 6930-UM-0730137/14 w dniu 1października 2014 r. w (...) pomiędzy Samorządem (...) a Gminą (...) w sprawie przyznania pomocy w ramach działania 413 „Wdrażanie lokalnych strategii rozwoju” w zakresie operacji odpowiadających warunkom przyznania pomocy w ramach działania „Odnowa i Rozwój wsi” objętego PROW na lata 2007-2013 dla projektu pod nazwą Zagospodarowanie terenu wokół świetlicy wiejskiej w (...) Nie wywiązanie się z terminu skutkowało by utratą dotacji”. Na rozprawę przed Komisją Orzekającą w dniu 22 stycznia 2016 roku Obwiniony nie stawiał się mimo prawidłowo doręczonego zawiadomienia o rozprawie. Komisja Orzekająca dokonała oceny stanu prawnego w okresie popełnienia przypisanego obwinionemu czynu, a datą rozstrzygnięcia i przeanalizowała niniejsze w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 168 oraz z 2012r. poz. 1529), który nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej chyba, że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla sprawcy. Analizie poddano zarówno przepisy cyt. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jak i przepisy prawa materialnego, których naruszenie skutkowało naruszeniem dyscypliny finansów publicznych tj. ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) oraz ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz.907 ze zm.). Do oceny popełnionego czynu Komisja Orzekająca zastosowała przepisy obowiązujące obecnie uznając, iż stan prawny obowiązujący w chwili popełnienia czynu nie był względniejszy dla sprawcy. Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego stanowiącego całość akt sprawy (karty 1 - 74) oraz przeprowadzonej w dniu 22 stycznia 2016 r. rozprawie Komisja Orzekająca ustaliła, że Zamawiający postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zagospodarowanie terenu wokół świetlicy wiejskiej w Mąkosach Starych” w trybie przetargu nieograniczonego, wszczął w dniu 20 października 2014 r. (ogłoszenie o zamówieniu -karty 21-25 akt sprawy). Wykonawca - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „(...)” przedłożył ofertę, która zawierała gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 998-A 450 529 z dnia 3 listopada 2014 r. (karta 18 akt sprawy). Treść udzielonej gwarancji nie uwzględniała aktualnego w dacie wszczęcia postępowania o zamówienie

publiczne (20 października 2014 r.) brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Trzeba bowiem wziąć pod uwagę, iż ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) zmieniony został z dniem 19 października 2014 r. art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, który otrzymał brzmienie, cyt. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej. Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium złożona przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „(...)” nie obejmuje zobowiązania gwaranta do zapłaty wadium w sytuacji określonej obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne (20 października 2014 r.) art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyżej opisany czyn wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu obowiązującego obecnie i w dacie popełnienia czynu art. 17 ust. 1c cyt. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Doszło bowiem do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), tj. w sposób inny niż określony w art. 17 ust. 1 i 1b ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a zaniechanie obowiązku wykluczenia wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „(...)” miało wpływ na wynik postępowania, gdyż w dniu 24 listopada 2014 r. Zamawiający udzielił mu zamówienia. Protokół postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zatwierdził (...), jako Wójt Gminy (...) (karta 33 akt sprawy). Przedmiotowe zamówienie zostało udzielone w dniu 24 listopada 2014 r. umową Nr 93/2014, którą w imieniu Gminy (...) podpisał (...), jako Wójt Gminy (karta 47 akt sprawy). Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego i przeprowadzonego postępowania Komisja Orzekająca uznała, iż odpowiedzialność za powyższe ponosi Pan (...) - Wójt Gminy (...) w czasie popełnienia przypisanego czynu. Odpowiedzialność ta, zdaniem Komisji Orzekającej, wynika z art. 4 ust. 1 pkt 2 cyt. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż zgodnie z: art. 9 pkt 2 cyt. cyt. ustawy o finansach publicznych do sektora finansów publicznych zalicza się jednostki samorządu terytorialnego, do których niewątpliwie Gmina (...) się zalicza, natomiast kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej, co wynika z przepisów

cyt. ustawy o finansach publicznych tj. art. 53 ust. 1; art. 44 ust. 4 cyt. ustawy jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej; art. 3 ust. 1 pkt 1 jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych udzielają zamówień publicznych na podstawie cyt. ustawy Prawo zamówień publicznych natomiast z art. 18 ust. 1 cyt. ustawy wynika, iż za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego. W toku analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego Komisja Orzekająca uznała, iż złożone przez obwinionego wyjaśnienia nie mogą stanowić okoliczności uwalniających od naruszenia dyscypliny finansów publicznych objętej niniejszym rozstrzygnięciem. Przeoczenie w SIWZ uwzględnienia zmiany ustawy, na które powołuje się Obwiniony w swoich wyjaśnieniach, jak również utrata dotacji wynikająca z nie dotrzymania terminu realizacji przedmiotowego zadania, zdaniem tut. Komisji Orzekającej, nie może stanowić przesłanki uwalniającej od odpowiedzialności za działania niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Obwiniony miał możliwość alternatywnego zachowania polegającego na wypełnieniu zapisu z art. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co pozwoliłoby na uniknięcie przypisanego naruszenia. Był On w analizowanym przypadku zobowiązany wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „(...)”. Przepis ten stanowi bowiem, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...) wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Słusznie Rzecznik w uzasadnieniu wniosku o ukaranie wskazała, iż przepis ten obliguje Zamawiającego do określonego działania - wykluczenia wykonawcy, który wniósł wadium, które nie obejmowało sytuacji określonej przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Obwiniony zaniechał naruszając dyscyplinę finansów publicznych. Obwiniony zatwierdził również protokół z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia jak i podpisał umowę Nr 93/2014. Jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych miał obowiązek znać i stosować obowiązujące przepisy prawa w realizacji zadań kierowanej przez siebie jednostki. Komisja Orzekająca uważa, iż osoby na stanowiskach kierowniczych odpowiedzialne za gospodarkę finansową powinny wykazywać niezbędną wiedzę i orientację prawną w podstawowych uregulowaniach prawnych, które wiążą się z funkcjonowaniem kierowanej przez siebie jednostki, a do takich regulacji niewątpliwie należą w/w ustawy. Zasady w nich określone jasno precyzują kwestie

związane z udzielaniem zamówień publicznych a ich naruszenie w zakresie określonym przepisami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlega penalizacji. Komisja Orzekająca uważa, iż w oparciu o zgromadzony i ujawniony na rozprawie materiał dowodowy, wina Obwinionego została w przedmiotowym zakresie udowodniona i nie budzi wątpliwości. Za przypisany czyn Komisja Orzekająca na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 cyt. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w stosunku do Pana (...) wymierzyła karę upomnienia. Komisja Orzekająca przy wymiarze kary wzięła pod uwagę okoliczności łagodzące jak fakt, iż Obwiniony nie był wcześniej karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jednakże w sprawie wystąpiły również okoliczności obciążające jak ranga naruszonych przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. Komisja Orzekająca wyraża przekonanie, że przeprowadzone postępowanie wobec Obwinionego spełni swoje zadanie prewencyjne i przyczyni się do umocnienia właściwej postawy wytwarzając przekonanie, że naruszenie ustalonego porządku prawnego spotyka się z odpowiednią reakcją. O kosztach orzeczono zgodnie z art. 167 ust. 1 cyt. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

**Odwołanie zostało wniesione przez obwinionego**, który wniósł o zmianę kary upomnienia i odstąpienie od ukarania ze względu na jego zdaniem karę nie adekwatną do przewinienia. W uzasadnieniu podał, że jego intencją było ogłoszenie przetargu przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp i w związku z tym polecił (...) pracownikowi odpowiedzialnemu za zamówienia publiczne ogłoszenie przetargu wg „starej ustawy”. Tak przygotowano dokumentację przetargową. Ostatnim dniem ogłoszenia miał być dzień 17 października 2014 r. (piątek), gdyż „nowa” ustawa miała obowiązywać od dnia 19 października 2014 r. (niedziela). Pracownik źle zinterpretował przepisy i samowolnie ogłosił przetarg w dniu 20 października 2014 r. (poniedziałek) (ewentualne oświadczenie pracownika będzie doręczone). Uważał bowiem, że jeśli data wejścia przepisu przypada na niedzielę, to przepisy obowiązują od pierwszego dnia roboczego po tym terminie.” Obwiniony stwierdził, że nie wiedział o powyższym i był przekonany, że przetarg został ogłoszony 17 października 2014 r. Dalsze postępowanie i rozstrzygnięcie następowało wg „starych” przepisów. Wskazując na powyższe okoliczności obwiniony stwierdził, że ranga przewinienia nie jest wysoka, a fakt jego wcześniejszej wieloletniej niekaralności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zasługuje na uwzględnienie. Podkreślił, że w samorządzie pracuje od 1990 roku, w tym ponad 20 lat na stanowisku wójta w dwóch różnych gminach oraz, że



przeprowadził w tym okresie może nawet 100 różnych przetargów z których wiele było przedmiotem kontroli. Podkreślił także, że nigdy nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wskazał ponadto, że orzeczona kara nie spełni również podniesionego w orzeczeniu celu prewencyjnego, gdyż nie zamierza już być odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

**Rozpoznając odwołanie Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Regionalna Komisja Orzekająca [RKO] uznała obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych [Ustawa], wskazując na zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zagospodarowanie terenu wokół świetlicy wiejskiej w (...)” wykonawcy - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „(...)”, którego oferta zawierała gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 998-A450529 z dnia 3 listopada 2014 r. nieuwzględniającą aktualnego w dacie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne (20 października 2014 r.) brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp]. RKO wskazała na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz stwierdziła, że to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w wyniku powyższego udzielono zamówienia temu wykonawcy, pomimo że stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca ten podlegał wykluczeniu.

Zgodnie ze wskazanym art. 17 ust.1 c Ustawy „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego”. Za podstawę naruszenia RKO przyjęła zaniechanie wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na nieuwzięcie przez

wykonawcę w gwarancji ubezpieczeniowej dodatkowej okoliczności wynikającej z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, powodującej zatrzymanie wadium. Zgodnie z art. 46 ust.4a ustawy Pzp: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej”.

Główna Komisja, na podstawie dokumentacji sprawy, stwierdziła, że z ustaleń RKO nie wynika, aby uczestniczący w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli Ogłoszeniem o zamówieniu do przedłożenia dokumentu gwarancyjnego, który w swojej treści miał zawierać przesłankę z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Brak takiego zobowiązania, nałożonego postanowieniami Ogłoszenia, podobnie specyfikacją, nie pozwalałby Zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy z tego postępowaniu tylko dlatego, że postanowienia w dokumentacji w tej części nie uwzględniały zmienionego stanu prawnego. GKO podkreśla, że przepis art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp pozwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale tylko wówczas, gdy to wykonawca uchybia postanowieniom Ogłoszenia i/lub specyfikacji. GKO nie mogła odnieść się do tych kwestii, albowiem brak jest w aktach sprawy Ogłoszenia o zamówieniu w sprawie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W aktach sprawy brak jest również specyfikacji istotnych warunków zamówienia. GKO zwraca uwagę, że do jej postanowień odwołuje się Rzecznik we wniosku o ukaranie (str 4 wniosku) m.in. wskazując na pkt 8.7. i jego brzmienie: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami również w sytuacji, gdy w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, Wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie, oraz na pkt. 8.6. o brzmieniu: Zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.” GKO zwraca uwagę, że w wyjaśnieniach składanych przed Rzecznikiem [cytowanych w uzasadnieniu orzeczenia RKO] obwiniony przyznał, że wykonawca „Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „(...)” wniosło zabezpieczenie

zapłaty wadium w zgodzie z SIWZ, jak również dokumenty określone w SIWZ na bazie których dokonano ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Reasumując, GKO stwierdza, że w tej sprawie, w oparciu o wskazaną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymagane jest ustalenie przez Komisję I instancji, do przedłożenia o jakiej treści dokumentu gwarancyjnego zobowiązany był wykonawca w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalenie, że wykonawca był zobowiązany do przedłożenia dokumentu gwarancyjnego, uwzględniającego w katalogu przesłanek zatrzymania wadium także okoliczność, o której mowa w art. 46 ust.4a ustawy Pzp mogłoby wyłącznie stanowić podstawę do przypisania obwinionemu naruszenia art. 17 ust.1c Ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. GKO stwierdza także, że takie ustalenie nie zwalniałoby RKO również z obowiązku stwierdzenia, czy w tej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b art. 17 Ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak jak wyjaśniał obwiniony przepis art. 46 ust. 4a Pzp ma zastosowanie do sytuacji, w której występuje brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, lub nie odpowiadają one wymaganiom, co do formy lub/i co do treści. Zatem uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a Pzp) stanowi jedynie wyjątek od tej zasady, które w tej sprawie nie musiałyby być realizowane, albowiem jak oświadczał obwiniony „dokumenty określone w SIWZ na bazie których dokonano ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” zostały złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „(...)” wraz z ofertą zgodnie z jego wymaganiami.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.