

**Orzeczenie**  
**Główniej Komisji Orzekającej**  
**w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych**  
**z dnia 3 lutego 2014 r.**  
**sygn. akt BDF1/4900/106/110/13/RWPD-142285**

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Ireneusz Piasecki (<i>spr.</i>)</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Iwona Bendorf-Bundorf</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Gryska</b>
Protokolant:		<b><i>Anna Jedlińska</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2014 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie z dnia 16 października 2013 r., Nr RIO-KO-45/2013, którym uznano Obwinionego (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w:

1. **art. 17 ust. 1c** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu w dniu 28 maja 2010 r. zamówienia publicznego „Wykonanie ścian konstrukcyjnych i konstrukcji dachu wraz z pokryciem sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w (...)” o wartości szacunkowej 364.781,60 zł, wykonawcy (...) właścicielowi Usług Ogólnobudowlanych z siedzibą w (...), który podlegał na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych wykluczeniu z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z uwagi na niezłożenie przez tego wykonawcę wraz z ofertą, dokumentu wymaganego specyfikacją istotnych warunków zamówienia, potwierdzającego, że posiada on do dyspozycji środki finansowe w kwocie zapewniającej realizację tego zamówienia, w określonej przez zamawiającego wysokości nie mniejszej niż 400.000,00 zł, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co było niezgodne z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych i naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych,

2. **art. 17 ust. 1c** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu w dniu 20 kwietnia 2010 r. zamówienia publicznego „Wykonanie ocieplenia, tynków i posadzek hali sortowni na składowisku odpadów w (...)” o wartości szacunkowej 172.421,65 wykonawcy - (...) Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w (...), który podlegał wykluczeniu z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, przewidzianego specyfikacją istotnych warunków zamówienia polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania trzech robót budowlanych o wartości minimum 200.000 zł, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co było niezgodne z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych i naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych,

oraz wymierzono Obwinionemu karę nagany oraz obciążono obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 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, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie

### **Uzasadnienie**

W dniu 16 października 2013 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie (RKO), ponownie rozpoznała wniosek Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o uznanie Pana (...) - Wójta (...), za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) – zwanej dalej ustawą. Rozprawa odbyła się przy udziale Rzecznika dyscypliny Finansów Publicznych pani Katarzyny Berezowskiej. Obwiniony, pomimo prawidłowego powiadomienia o miejscu i terminie, nie stawił się na rozprawie.

W dniu 19 lutego 2013 r. RKO uznała Pana (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 8 pkt 1, art. 17 ust. 1 pkt 2 i art. 17 ust. 3 ustawy, za co wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz uniewinniła od zarzutów naruszenia

dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 8 pkt 1 i 3 ustawy oraz określonych w art. 17 ust. 1c ustawy, polegających na:

1. udzieleniu w dniu 28 maja 2010 r. zamówienia publicznego „Wykonanie ścian konstrukcyjnych i konstrukcji dachu wraz z pokryciem sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w (...)” o wartości szacunkowej 364.781,60 zł, wykonawcy (...) właścicielowi Usług Ogólnobudowlanych z siedzibą w (...), który podlegał na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych wykluczeniu z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z uwagi na niezłożenie przez tego wykonawcę wraz z ofertą, dokumentu wymaganego Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, potwierdzającego, że posiada on do dyspozycji środki finansowe w kwocie zapewniającej realizację tego zamówienia, w określonej przez zamawiającego wysokości nie mniejszej niż 400.000,00 zł, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co było niezgodne z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych i naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych;
2. udzieleniu w dniu 20 kwietnia 2010 r. zamówienia publicznego „Wykonanie ocieplenia, tynków i posadzek hali sortowni na składowisku odpadów w (...)” o wartości szacunkowej 172.421,65 wykonawcy (...) Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w (...), który podlegał wykluczeniu z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, przewidzianego specyfikacją istotnych warunków zamówienia polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania trzech robót budowlanych o wartości minimum 200 000 zł, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co było niezgodne z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) – zwana dalej pzp i naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 pzp.

Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że w zakresie pierwszego czynu RKO ustaliła, co następuje.

W dniu 28 maja 2010 r. Pan (...) zawarł umowę Nr 215/OG/2010, udzielając zamówienia publicznego na wykonanie ścian konstrukcyjnych i konstrukcji dachu wraz z

pokryciem sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w (...) za wynagrodzeniem 210 641,41zł netto z wykonawcą (...) - właścicielem Usług Ogólnobudowlanych z siedzibą w (...), wybranym w wyniku rozstrzygniętego przetargu nieograniczonego.

W wyniku analizy dokumentów złożonych przez wykonawców wraz z ofertami stwierdzono, że (...) nie spełnił warunku udziału w tym postępowaniu, określonego przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) polegających na wykazaniu, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 400 000 zł. Pomimo braku spełnienia ww. warunku zamawiający nie wykluczył go z postępowania.

RKO podzieliła pogląd Oskarżyciela i uznała za uzasadnione naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jednocześnie zwróciła uwagę na znajdujące się w aktach sprawy zarządzenie Wójta (...) z dnia 5 marca 2010 r. w sprawie powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz protokół postępowania podpisany przez wszystkich członków komisji przetargowej. W ocenie RKO, wymienione wyżej dokumenty wypełniają kryteria określone przepisami dla dokumentu powierzenia czynności pracownikom zamawiającego, co było przesłanką uniewinnienia Pana (...) od zarzucanego mu czynu.

W zakresie drugiego czynu Skład Orzekający RKO ustalił, co następuje.

W dniu 20 kwietnia 2010 r. Pan (...) zawarł umowę Nr 117/OG/10 na wykonanie ocieplenia, tynków wewnętrznych i posadzek hali sortowni odpadów na składowisku odpadów w (...) z (...) Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w (...), wykonawcą wybranym w trybie przetargu nieograniczonego – za wynagrodzeniem w kwocie 83 535, 78 zł netto (101 913,65 zł brutto). Analiza kompletności ofert złożonych wraz z dokumentami do przetargu wykazała, że (...) nie spełnił warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przedłożył zamawiającemu dokumenty potwierdzające wykonanie w ciągu ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania dwóch (zamiast wymaganych trzech) robót budowlanych: jednej o wartości minimum 200 000,00 zł odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia oraz drugiej o wartości zbliżonej do wymaganego minimum – 187 564,00 zł.

Jednocześnie Komisja Orzekająca ustaliła, że w aktach sprawy znajdują się następujące dokumenty: zarządzenie Wójta (...), z dnia 11 stycznia 2011 r. w sprawie

powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz podpisane oświadczenia członków komisji przetargowej.

RKO, analogicznie jak w sprawie pierwszego czynu, podzieliła pogląd Rzecznika odnośnie do faktu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, uznając je za udowodnione. Jednocześnie Komisja stwierdziła, iż za opisany czyn na etapie przygotowania przetargu, analizy i oceny ofert, a w szczególności przedstawienia kierownikowi jednostki propozycji wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania odpowiadają inne osoby w zakresie, w jakim obowiązki z zakresu przygotowania i prowadzenia przetargu zostały powierzone. Z uwagi na powyższe RKO uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 26 marca 2013 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych złożył, na niekorzyść Obwinionego, odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, od ww. orzeczenia Komisji I instancji w części dotyczącej uniewinnienia Wójta (...) od popełnienia czynów określonych w art. 17 ust. 1c ustawy, wnosząc jednocześnie o uchylenie orzeczenia w tej części i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania. Rzecznik zarzucił orzeczeniu błędną interpretację art. 18 ust. 2 pzp polegającą na przyjęciu, że pisemnym powierzeniem przez kierownika zamawiającego zastrzeżonych dla niego czynności jest powołanie komisji przetargowej do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Rzecznik podniósł, iż, w jego ocenie, powołanie komisji przetargowej i przypisanie jej wynikających z przepisów ustawowych zadań nie jest powierzeniem czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego określonych w pzp, a tym samym nie wyłącza odpowiedzialności kierownika zamawiającego za udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów. Przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby, iż w każdym przypadku powołania komisji przetargowej kierownik zamawiającego byłby zwolniony z odpowiedzialności za udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów prawa pomimo, że to on podejmuje decyzję o wyborze wykonawcy.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych rozpatrzyła odwołanie wniesione przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na rozprawie w dniu 13 czerwca 2013 r., uchylając orzeczenie RKO w

zaskarżonym zakresie i w tej części przekazała sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą.

Z uzasadnieniu orzeczenia wynika, iż GKO w całości podzieliła poglądy odwołującego odnośnie do stanu faktycznego sprawy i jego oceny prawnej, uznając, iż znamiona obu naruszeń zostały wypełnione przez zachowanie tej osoby, tj. Obwinionego, który jako kierownik jednostki poprzez podpisanie umowy udzielił zamówienia publicznego. Powierzenie musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego dla danego pracownika z wymianieniem czynności z zakresu postępowania przetargowego, które zostały mu powierzone. W ocenie GKO, w aktach sprawy nie znajduje się takie powierzenie, a zarządzenie wskazane w uzasadnieniu orzeczenia RKO nie spełnia wymogów właściwego dokumentu powierzenia. W tym stanie rzeczy GKO uznała, że możliwe jest w niniejszej sprawie przypisanie odpowiedzialności za zarzucone Obwinionemu czyny, co należy rozważyć przy szczególnym uwzględnieniu w ponownym postępowaniu dowodowym istnienia lub nieistnienia skutecznych powierzeń odpowiedzialności z tytułu zamówień publicznych za zarzucane czyny będące przedmiotem odwołania, innym pracownikom.

RKO, rozpatrując ponownie wniosek Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o uznanie Wójta (...) za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 c ustawy, kierując się przepisem art. 24 ust. 1 uznała, że zastosowanie będzie miała obowiązująca w czasie orzekania w sprawie ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych po nowelizacji z dnia 11 lutego 2012 r.

Skład podzielił wcześniejsze ustalenia odnośnie do stanu faktycznego sprawy. W obu przypadkach zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcom, którzy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, podlegali wykluczeniu z prowadzonego postępowania, z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przypadku zamówienia publicznego na wykonanie ścian konstrukcyjnych i konstrukcji dachu wraz z pokryciem sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Jeżyczkach zamawiający wskazał w SIWZ, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. wykażą, że posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 400 000 zł. Dokumentem potwierdzającym powyższe jest informacja banku (opinia bankowa) lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (opinia kasy), w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość

posiadanych środków finansowych wyrażonych kwotowo lub zdolność kredytową w tej wysokości, wystawiona nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert. Z zebranego materiału dowodowego wynika, iż powyższy warunek nie został spełniony przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia publicznego – (...) właściciel Usług Ogólnobudowlanych z siedzibą w (...). W ocenie Składu na uwzględnienie nie zasługuje wyjaśnienie Obwinionego w tej sprawie, który podniósł, iż wykonawca był wiarygodny z uwagi na to, że wygrywał już wcześniej przetargi opiewające na wyższą kwotę oraz posiada gospodarstwo rolne o dochodzie większym niż 400 000 zł.

W przypadku zamówienia publicznego na wykonanie ocieplenia, tynków wewnętrznych i posadzek hali sortowni odpadów na składowisku odpadów w (...) zamawiający wskazał w SIWZ, iż w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, żąda dostarczenia wykazu robót budowlanych (min. 3) wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, o wartości minimum 200 000 zł brutto każda, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających zawierające ww. informacje oraz, że roboty te zostały wykonane z należytą starannością. Z zebranego materiału dowodowego wynika, iż powyższy warunek nie został spełniony przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia publicznego – (...) Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w (...). W trakcie rozprawy przeprowadzonej w dniu 19 lutego 2013 r. Obwiniony przyznał, iż wykonawca nie został sprawdzony, za co odpowiedzialność ponosi pracownik.

Skład Orzekający podzielił również pierwotne ustalenie RKO, iż działania, będące przedmiotem sprawy, wyczerpały znamiona czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1 c ustawy, ponieważ naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych miało wpływ na wynik przeprowadzonych postępowań.

Biorąc pod uwagę obowiązujący stan prawny, RKO ustaliła, iż, zgodnie z art. 18 ust. 1 pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, zdefiniowany w rozumieniu ustawy, jako osoba lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym. W przypadku jednostki samorządu terytorialnego, na gruncie przepisów ustrojowych, taką osobą jest wójt gminy. Regulacja art. 18 ust. 2 pzp, dopuszcza wprawdzie możliwość pisemnego powierzenia przez kierownika zamawiającego wykonywania czynności

zastrzeżonych dla niego przez pracowników zamawiającego, tym niemniej, w ocenie Składu w przedmiotowej sprawie nie doszło do takiego powierzenia. Zebrany materiał dowodowy zawiera jedynie:

- zarządzenie Wójta (...), z dnia 5 marca 2010 r. w sprawie powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz protokołów postępowania podpisany przez wszystkich członków komisji przetargowej (zamówienie publiczne na wykonanie ścian konstrukcyjnych i konstrukcji dachu wraz z pokryciem sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w (...));
- zarządzenie Wójta (...), z dnia 11 stycznia 2011 r. w sprawie powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz podpisane oświadczenia członków komisji przetargowej (zamówienie publiczne na wykonanie ocieplenia, tynków wewnętrznych i posadzek hali sortowni odpadów na składowisku odpadów w (...)), które w ocenie GKO, wyrażonej w orzeczeniu z dnia 13 czerwca 2013 r., nie spełniają wymogów właściwego dokumentu powierzenia.

Biorąc pod uwagę wskazania GKO, Skład Orzekający RKO, po przeprowadzeniu ponownego postępowania dowodowego stwierdził, iż nie zostały wniesione żadne nowe dowody, w tym skuteczne powierzenia odpowiedzialności z tytułu zamówień publicznych innym pracownikom.

Rozpatrując sprawę ponownie, RKO podzieliła opinię, iż powierzenie, o jakim mowa w art. 18 ust. 2 pzp, musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego dla danego pracownika z wymienieniem czynności z zakresu postępowania przetargowego, które zostały mu powierzone (orzeczenie GKO Nr BDF1/4900/87/09/3148 z 22 lutego 2010 r.). Podzieliła również argument Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, iż pisemnym powierzeniem przez kierownika zamawiającego zastrzeżonych dla niego czynności nie może być powołanie komisji przetargowej do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do badania i oceny ofert. Komisja Orzekająca I instancji po ponownym rozpoznaniu sprawy, uznała Pana (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy i biorąc pod uwagę przepis art. 37 ustawy, wymierzyła łączną karę nagany.



W dniu 12 grudnia 2013 roku do Głównej Komisji Orzekającej, wpłynęło odwołanie od powyższego orzeczenia złożone przez Pana (...), w którym podnosi on, że nie mógł przedstawić dokumentów dotyczących powierzenia osobiście wraz z aktami osobowymi Pani (...), gdyż przebywał wówczas w szpitalu. W ocenie skarżącego nie uwzględniono w postępowaniu faktu, iż w zarządzeniach Wójta (...) jest potwierdzony fakt udzielenia upoważnienia do podejmowania decyzji przez zastępcę Wójta do udzielania zamówień publicznych, zawieraniu umów na tą okoliczność. Podpisywanie umów przez Wójta (...), stanowiło zdaniem Obwinionego tylko formalność, którą Wójt (...) dokonywał podczas obecności w pracy oraz także w szpitalu, gdzie przywożono dokumenty do podpisu. Do powyższych faktów, zdaniem Obwinionego, nie odniesiono się w uzasadnieniu do zaskarżonego orzeczenia. (...) we wniesionej skardze powołał się na fakt, że objęte postępowaniem sprawy są przedmiotem wystąpień posła, który ze względów politycznych szuka tzw. „haków” na skarżącego, a co w ocenie samego skarżącego wpłynęło na postawę Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w przedmiotowej sprawie. Skarżący podniósł również, że Regionalna Izba Obrachunkowa w Szczecinie opublikowała protokół z kontroli przed ostatecznym, prawomocnym rozstrzygnięciem zarzutów z protokołu, co spowodowało brak bezstronności w sprawie i pozbawienie go możliwości przedstawienia dowodów do właściwego rozpoznania sprawy.

Główna Komisja Orzekająca na rozprawie w dniu 3 lutego 2014 roku, która odbyła się w obecności Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych - Pana Jacka Krawczyka zapoznała się ze zgromadzonym materiałem dowodowym rozważając argumentację przywołaną w odwołaniu od orzeczenia RKO. Obwiniony nie stawiał się na rozprawie prawidłowo zawiadomiony.

GKO uznała, że stan faktyczny objętej postępowaniem sprawy jest jednoznaczny i nie był kwestionowany przez żadną ze stron na żadnym etapie postępowania. Kwestią sporną w przedmiotowej sprawie jest ustalenie osoby lub osób odpowiedzialnych za popełnione czyny.

Skład Orzekający GKO uznał, że RKO prawidłowo uznała, kierując się przepisem art. 24 ust. 1 ustawy, że zastosowanie w przedmiotowym rozstrzygnięciu będzie miała obowiązująca w czasie orzekania w ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych po nowelizacji z dnia 11 lutego 2012 r. Zgodnie bowiem z art. 24 ustawy, 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. Dla przypisania odpowiedzialności w takim przypadku konieczne jest ustalenie, czy dany czyn sprawcy jest karalny zarówno w czasie popełnienia, jak i orzekania o nim oraz czy stare przepisy są względniejsze dla sprawcy .

Rozpoznając niniejszą sprawę, Skład Orzekający GKO podzielił pogląd RKO, że następcą prawnym art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy jest art. 17 ust 1c ustawy obowiązującej od 11 lutego 2012 r. W podejściu takim oparł się na argumentacji poczynionej w orzeczeniu WSA z dnia 21 listopada 2012r. sygn. akt V SA/WA 1487/12 iż „czyn popełniony przez Obwinionego wyczerpuje znamiona określone w nowej ustawie w art. 17 ust 1 pkt 1 ( w tym orzeczeniu poprzez przywołanie „nowej” ustawy WSA wskazuje na ustawę o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu po zmianie dokonanej w dniu 19.08.2011 r. (Dz. U. 20122 Nr 240 poz. 1429). Zgodnie z przepisem art. 17 ust. 1 c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, obowiązującej od 11 lutego 2012 r., 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. Wcześniej, w czasie popełnienia czynu obowiązujący przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy polegał na udzieleniu zamówienia publicznego 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. GKO słusznie uznała, że jakkolwiek znamiona tych czynów są inaczej opisane i w czasie popełnienia naruszenia momentem jego popełnienia było działanie polegające na udzieleniu zamówienia to fakt, że ustawodawca w czasie orzekania wiąże zaistnienie tego naruszenia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych pod warunkiem, że doszło do udzielenia zamówienia publicznego pozwala na przyjęcie, że zachowanie sprawcy wypełniało znamiona zarówno naruszenia opisanego wg stanu prawnego w dniu popełnienia naruszenia jak i w dniu orzekania”.

Przed datą 11 lutego 2012 r. (a więc w czasie popełnienia przypisanych Obwinionemu czynów) ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (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 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 pzp;
- 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 pzp, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z zachowaniem które wypełniało znamiona art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy obowiązującej w czasie popełnienia czynów.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, ale także utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem i poglądami doktryny, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w 2010 r. związana była z udzieleniem zamówienia publicznego, czyli podpisaniem umowy. Kwestionowanym zachowaniem było więc popisanie umowy (udzielenie zamówienia) w sytuacji, gdy w postępowaniu doszło do naruszeń, które wpływały na wynik postępowania. Osobą ponoszącą odpowiedzialność był więc ten, kto w imieniu reprezentowanej jednostki udzielał zamówienia publicznego, a czasem naruszenia był moment podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w czasie orzekania wskazuje czyny związane z udzieleniem zamówienia publicznego w art. 17 ust. 1b, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego:

1. wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w pzp;

2. z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

Jednakże w przedmiotowej sprawie będziemy mieli w obecnym brzmieniu ustawy do czynienia z wypełnieniem znamion określonych w art. 17 ust. 1c ustawy, zgodnie z którym, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w sposób inny niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało to wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. W ocenie GKO, czyny zarzucane Obwinionemu należy zakwalifikować do kategorii naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegających na naruszeniu procedury określonej w pzp, które to nieprawidłowości miały wpływ na wynik toczącego się postępowania przetargowego ( art. 17 ust 1c ustawy), nie zaś na samym udzieleniu zamówienia publicznego. Ustawodawca zmienił bowiem kategorie czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych ustanawiając, iż obecnie z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych mamy do czynienia zarówno poprzez błędy proceduralne popełniane w czasie postępowania przetargowego jeżeli wpłynęły one na wynik postępowania, jak i z poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w pzp oraz z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę ( art. 17 ust 1b ustawy).

Swoimi działaniami Obwiniony naruszył przepisy pzp, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 pzp. W ustaleniu jego odpowiedzialności nie chodzi w obecnym stanie prawnym o samo podpisanie umowy, czyli udzielenie zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1b ustawy) a o nie dopełnienie obowiązku wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy w obu objętych postępowaniem przypadkach nie spełnili warunków udziału w postępowaniu. Nie dopełnienie obowiązku wykluczenia z postępowania oferentów, którzy nie spełniali warunków uczestnictwa w postępowaniu, niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W obu przypadkach doszło bowiem, do podpisania umowy o udzielenie zamówienia publicznego podmiotom, które należało wykluczyć z postępowania.

W odniesieniu do pierwszego postępowania w dniu 28 maja 2010 r. Pan (...) zawarł umowę Nr 215/OG/2010, udzielając zamówienia publicznego na wykonanie ścian konstrukcyjnych i konstrukcji dachu wraz z pokryciem sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w (...) za wynagrodzeniem 210 641,41zł netto, z wykonawcą (...) właścicielem Usług Ogólnobudowlanych z siedzibą w (...), wybranym w wyniku rozstrzygniętego przetargu nieograniczonego.

W wyniku analizy dokumentów złożonych przez wykonawców wraz z ofertami stwierdzono, że (...) nie spełnił warunku udziału w tym postępowaniu, określonego przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) polegających na wykazaniu, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 400 000 zł. Pomimo braku spełnienia ww. warunku zamawiający nie wykluczył go z postępowania.

W przypadku zamówienia publicznego na wykonanie ocieplenia, tynków wewnętrznych i posadzek hali sortowni odpadów na składowisku odpadów w (...), zamawiający wskazał w SIWZ, iż w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, żąda dostarczenia wykazu robót budowlanych (min. 3) wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, o wartości minimum 200 000 zł brutto każda, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających zawierające ww. informacje oraz, że roboty te zostały wykonane z należytą starannością. Z zebranego materiału dowodowego wynika, że powyższy warunek nie został spełniony przez wykonawcę, któremu udzielono zamówienia publicznego – (...) Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w (...).

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) penalizowała ustawa w brzmieniu obowiązującym w chwili działania lub zaniechania sprawcy (to wynika z przywołanego art. 19 ust. 1 ustawy), oraz że czyn ten wypełnia znamiona naruszenia po dokonanej przez ustawodawcę modyfikacji (w innym przypadku, mielibyśmy bowiem do czynienia ze zmianą prawa na korzyść sprawcy, a więc nastąpiłby obowiązek zastosowania reguły wynikającej z art. 24 ustawy).

Zarówno, w obowiązującym w chwili popełnienia naruszenia, jak i orzekania stanie prawnym, działanie polegające na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania mieści się w znamionach czynów określonych w art. 17 ustawy.

Zachowanie takie było objęte art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, który obowiązywał do 11 lutego 2012 r. Natomiast po zmianie ustawy, zachowanie to wyczerpuje znamiona określone w art. 17 ust. 1c ustawy, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest działanie polegające na naruszeniu prawa zamówień publicznych inne niż wymienione w pkt 1-3, jeżeli naruszenie to, miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. niedopełnienie obowiązku odrzucenia ofert na skutek niewykluczenia wykonawcy.

Takie zachowanie było karalne w brzmieniu ustawy obowiązującej w czasie, w którym doszło do jego popełnienia, stosownie do art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, z tym, że skutkiem tych nieprawidłowości polegających na niedopełnieniu obowiązku odrzucenia ofert wadliwych, musiało być podpisanie umowy z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust 1 pzp, do którego w omawianych przypadkach bez wątpliwości doszło.

W przedmiotowej sprawie w zakresie obydwu czynów Obwiniony niewątpliwie udzielił zamówienia publicznego (czym wypełnił znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych w starym brzmieniu ustawy), brał również udział w postępowaniu wynikającym z pzp, poprzez takie działania jak;

- wydanie zarządzenia Wójta (...), Nr 28/2010 z dnia 5 marca 2010 r. w sprawie powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia,
- wydanie zarządzenia Wójta (...), Nr 7/11 z dnia 11 stycznia 2011 r. w sprawie powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego,
- podpisanie SIWZ,
- podpisanie protokołu postępowania, podpisanego również przez wszystkich członków komisji przetargowej (zamówienie publiczne na wykonanie ścian konstrukcyjnych

i konstrukcji dachu wraz z pokryciem sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w (...)). Na skutek powyższych działań doszło do niedopełnienia obowiązku wykluczenia z postępowania oferentów, którzy złożyli zawierające wady oferty a tym samym doszło do naruszenia przepisów pzp, których skutkiem było naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Nie budzi również wątpliwości GKO, że niedopełnienie obowiązku wynikającego z pzp – wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie spełniali warunków uczestnictwa w tych postępowaniach miało wpływ na wynik tych postępowań, gdyż to właśnie ci oferenci podlegający wykluczeniu zostali wybrani do realizacji przedmiotowych zamówień publicznych.

W ocenie GKO, argumenty przywołane przez Obwinionego w odwołaniu, dotyczące faktu udzielenia przez Niego upoważnienia dla Zastępcy Wójta do dokonywania czynności związanych z udzieleniem zamówienia publicznego, stanowią jedynie linię obrony przyjętą przez Obwinionego, niepopartą żadnymi dowodami, gdyż w dotychczasowym postępowaniu miał On wielokrotnie możliwość przedstawienia osobiście, jak również korespondencyjnie dowodów na istnienie takiego rzekomego skutecznego powierzenia obowiązków i odpowiedzialności wynikających z realizowania zapisów pzp.

Nawet gdyby GKO, hipotetycznie uznała, iż doszło do skutecznego udzielenia powierzeń przez Obwinionego dla innych osób w zakresie udzielania zamówień publicznych, to i tak w odniesieniu do objętych postępowaniem czynów, odpowiedzialność należałoby przypisać Obwinionemu, jako osobie, która w tych postępowaniach zatwierdziła protokoły z postępowań przetargowych, zatwierdzając wyniki tych postępowań pomimo, że były one przeprowadzone z naruszeniem pzp.

Reasumując, powyższe ustalenia, GKO stwierdziła, iż czyny popełnione przez Obwinionego (objęte przedmiotowym postępowaniem) bez wątpienia zostały przez niego popełnione i niewątpliwie stanowią naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c ustawy. Rozważania te stanowią potwierdzenie dla ustaleń faktycznych i ich implikacji prawnych poczynionych przez RKO, dlatego też orzeczono o utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia.