



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 8 kwietnia 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Zdzisława Wasążnik
	<i>Członek GKO:</i>	Władysław Budzeń
Protokolant:		Hanna Kąkol

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2013 r. odwołania Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) na niekorzyść Obwinionego od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt: ZDB-4100-16-27/2012, w zakresie którym uniewinniono Obwinionego (...) zam. (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w **art. 17 ust. 1c** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168), polegającego na nieprawidłowym odrzuceniu w imieniu Gminy (...), w dniu 31 marca 2010 r., oferty (...) złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. „Rozbudowa infrastruktury społecznej w (...) dz. nr 252, Gmina (...)”.

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla orzeczenie w zaskarżonym zakresie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...).

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 22 listopada 2012 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) (nazywana dalej także RKO) uznała Pana (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej ustawą), polegające na udzieleniu w imieniu Gminy (...):

- w dniu 17 września 2009 r. (...) zamówienia publicznego z wolnej ręki na wykonanie dodatkowego odwodnienia liniowego boiska do koszykówki, przebudowę bramy wjazdowej oraz wykonanie odwodnienia liniowego układu komunikacyjnego w ramach zadania publicznego „Zagospodarowanie terenu wraz z układem komunikacyjnym w (...) przy ul. (...)”, w ramach projektu „(...)” – o wartości nie większej niż 22.960,60 zł;
 - w dniu 23 lipca 2010 r. (...) zamówienia publicznego z wolnej ręki polegającego na wykonaniu dodatkowego odwodnienia terenu przy stołach tenisowych wraz z ułożeniem nawierzchni z kostki brukowej wokół wpustu, w ramach zadania publicznego „Zagospodarowanie terenu wraz z układem komunikacyjnym w (...) przy ul. (...)”, w ramach projektu „(...)” – o wartości 7.750,46 zł,
- wymierzając Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążając Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

Tym samym orzeczeniem RKO uniewinniła Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na nieprawidłowym odrzuceniu w imieniu Gminy (...) w dniu 31 marca 2010 r. oferty (...), złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania „Rozbudowa infrastruktury społecznej w (...) dz. nr. 252, Gmina (...) – czyli od zarzutu popełnienia czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy.

Ze względu na zakres zaskarżenia orzeczenia RKO, motywy orzeczenia RKO w zakresie czynu, za który odpowiedzialność została Obwinionemu przypisana, nie będą w niniejszym uzasadnieniu przytaczane. W zakresie natomiast uzasadnienia uniewinnienia Obwinionego od zarzutu popełnienia czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy, RKO wskazała w zakresie stanu faktycznego, że w toku prowadzonego przez Gminę (...) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania „Rozbudowa infrastruktury społecznej w (...) dz. nr. 252, Gmina (...), wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski w wysokości 252.075,25 zł. Jako kryterium oceny ofert przyjęto cenę 100%. W wyniku oceny złożonych ofert, komisja przetargowa wykluczyła z postępowania 9 wykonawców, których oferty nie spełniały warunków udziału w postępowaniu, a także odrzuciła 3 oferty, z uwagi na fakt, że ceny ofert nie obejmowały pełnego zakresu robót, zgodnie z przedmiarem robót. Wśród ofert odrzuconych znajdowała się oferta (...) z siedzibą w (...) opiewająca na kwotę 199.984,58 zł. Umowę o wykonanie zadania zawarto z firmą (...) z siedzibą w (...) na kwotę 202.052,09 zł.

Zamawiający odrzucił ofertę (...) ze względu na fakt, że wykonawca ten nie uwzględnił w swoim kosztorysie ofertowym jednej pozycji ujętej w przedmiarze robót dot. wykonania dachu. W przedmiarze robót zamawiający wyszczególnił:

- poz. 45. dachy z wiązarów deskowych z tarcicy nasyconej o rozpiętości 12 m, o obmiarze w wysokości 180,32 m²,
- poz. 46. poszycie dachu z płyt wiórowych, płyty bud. OSB o krawędziach prostych, gr. 22 mm, o obmiarze w wysokości 180,32 m².

Natomiast wykonawca w swoim kosztorysie ofertowym uwzględnił jedynie poz. 48 dachy wiązarów deskowych z tarcicy nasyconej o rozpiętości 12 m (wg zamawiającego poz. 45), wykazując w rubryce „M” płyty OSB zamiast materiałów wiązarów deskowych. Wykonawca nie ujął w kosztorysie w ogóle drugiej pozycji (poz. 46). Zamawiający uznał, że pominięcie przedmiotowej pozycji w kosztorysie ofertowym powoduje istotną zmianę w treści oferty i ofertę tę odrzucił. RKO zaznaczyła, że zamawiający zaniechał wezwania oferenta „do uzupełnienia/wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych celem usunięcia wykrytych uchybień”.

W zakresie analizy stanu prawnego, RKO, zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy, przyjęła za podstawę orzekania przepisy obowiązujące w czasie orzekania, jako że przepisy wcześniej obowiązujące nie są dla Obwinionego względniejsze. W ocenie komisji I instancji,

zamawiający jest związany treścią SIWZ, w którego pkt VI 8 zamawiający wymagał, aby oferenci złożyli kosztorys ofertowy opracowany metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie przedmiaru robót, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych przy przeprowadzeniu wizji lokalnej w terenie. Zdaniem RKO, „ten wyraźny zapis wynikający z treści SIWZ powoduje, że przy ryczałtowym charakterze ceny kosztorys ofertowy może mieć walor dokumentu służącego ocenie poprawności obliczenia ceny jak również dokumentu weryfikującego zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia”. Doprowadziło to RKO do konkluzji, że nie można przypisać Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy. RKO podniosła ponadto „brak wyraźnych dowodów potwierdzających istnienie przesłanek wynikających z treści art. 17 ust. 1c ustawy. Nie przeprowadzono postępowania w celu ustalenia, czy odrzucenie oferty (...) miało wpływ na wynik postępowania, nie można tego również stwierdzić na podstawie zebranego materiału dowodowego”. Zdaniem RKO, za uniewinnieniem Obwinionego przemawia także zakaz interpretowania na niekorzyść Obwinionego niedających się usunąć wątpliwości.

Odwołanie od orzeczenia RKO złożył Rzecznik dyscypliny finansów publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w (...) – w zakresie, w jakim, orzeczeniem RKO, Obwiniony został uniewinniony od zarzutu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy. Rzecznik wniósł o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i przekazanie sprawy RKO do ponownego rozpoznania. Uzasadniając odwołanie, Rzecznik wskazał, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia ustalonym w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, żądanie zamawiającego załączenia kosztorysu „zasadniczo powinno służyć wykonawcom jako materiał informacyjno-pomocniczy dla opracowania oferty oraz późniejszej jej oceny przez zamawiającego”. Rzecznik podkreślił, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym wybranego wykonawcy a przedmiarem robót, przygotowanym przez zamawiającego – nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które faktycznie nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zdaniem Rzecznika, brak jednej pozycji kosztorysowej nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia oferty.

Rzecznik przywołał na potwierdzenie powyższych tez wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1439/09 (bez wskazania miejsca publikacji) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (bez wskazania sygnatury akt oraz miejsca publikacji). Rzecznik przywołał także treść wyroku KIO z dnia 11 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 899/08, zgodnie z którym, jeżeli za wykonane roboty strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, to dołączenie kosztorysu ofertowego ma o tyle znaczenie, że dokument ten należy uznać za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez wykonawcę cenę za przedmiot zamówienia, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji technicznej, dokumentacji projektowej – pod względem podanych tam materiałów, ilości robót i zastosowanych technologii. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, oferta (...)nie podlegała odrzuceniu, a Obwiniony odrzucił tę ofertę z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Główna Komisja Orzekająca, nazywana dalej także GKO, rozpoznała sprawę na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2013 r. W toku rozprawy Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych podtrzymał odwołanie co do istoty i żądania, modyfikując natomiast zakres przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, których naruszenia miał się dopuścić Obwiniony – Rzecznik jako przepisy naruszone wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1.

GKO w pierwszej kolejności, zgodnie z wymaganiem art. 24 ust. 1 ustawy ustaliła, że właściwymi do rozstrzygnięcia zawisłej sprawy będą przepisy obowiązujące w dacie orzekania, ponieważ przepisy wcześniej obowiązujące nie są dla sprawcy względniejsze. GKO przyjęła za prawidłowo ustalony i opisany przez RKO stan faktyczny w rozpoznawanej przez GKO sprawie. GKO uznała natomiast za całkowicie błędną ocenę prawną dokonaną przez RKO – przy czym podkreślić należy, że lakoniczność uzasadnienia RKO w tej części orzeczenia jest tak daleko posunięta, że nie tylko utrudnia przeprowadzenie instancyjnej kontroli prawidłowości orzeczenia, ale wręcz wywołuje wątpliwości co do zgodności uzasadnienia z wymaganiami określonymi w art. 137 ust. 2 ustawy.

Zdaniem GKO, nie budzi wątpliwości fakt, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, wykonawca ma obowiązek wykonać w ramach ustalonego wynagrodzenia całość zamówienia, zgodnie z dokumentacją przedstawioną uprzednio przez zamawiającego. Żądanie zamawiającego załączenia kosztorysu ofertowego nie wpływa na zakres zobowiązania wykonawcy, ewentualne błędy w kosztorysie ofertowym nie mają więc

znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty, gdyż kosztorys ten ma charakter materiału informacyjnego. W precyzyjny sposób zagadnienie to wyjaśnia znajdująca się w aktach sprawy (k. 48-52) opinia Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 października 2011 r. (UZP/DKUE/FP/30983/9842/11). GKO podziela także konkluzję wyrażoną w przywołanej opinii UZP, zgodnie z którą oferta (...)nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na niezgodność tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Pomocniczo można jedynie przywołać znajdujące się w aktach sprawy identyczne co do oceny prawnej działań zamawiającego: opinię prawną Departamentu Organizacyjno-Administracyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) z dnia 14 lipca 2011 r. (DOA.III.0541/147/11) – k. 45-47 oraz pismo Departamentu Organizacyjno-Administracyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) z dnia 16 lutego 2012 r. (DOA.III.0541/31/2012) – k. 93-95. Zdaniem GKO, ocena prawna działania Obwinionego jest jednoznaczna i trudno z uzasadnienia RKO wywieść precyzyjną argumentację pozwalającą na odmienną ocenę prawną. Ewentualne niejasności dotyczące treści oferty powinny być wyjaśniane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy zastrzeżeniu, że wykonawca i tak zobowiązany był do wykonania zamówienia w zakresie określonym w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. W przedmiotowej sprawie nie mógł mieć natomiast zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w trybie określonym w tych przepisach można dokonywać uzupełniania lub wyjaśniania dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, a więc dokumenty, których katalog został określony w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Trudno też uznać za uprawnioną ocenę wyrażoną przez RKO, że nie przeprowadzono postępowania, które dowiodłoby, czy odrzucenie oferty (...) miało wpływ na wynik postępowania. Pomijając fakt, że to także RKO prowadzi postępowanie, którego celem jest w szczególności wyczerpujące zebranie i rozpatrzenie materiału dowodowego, to skoro odrzucona została (z naruszeniem przepisów) oferta opiewająca na kwotę niższą niż oferta, która stanowiła podstawę zawartej umowy – to wpływ odrzucenia na wynik postępowania jest oczywisty. Wobec powyższego, GKO orzekła jak na wstępie.