



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 10 marca 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Kryczko
	<i>Członek GKO:</i>	Marcin Krzywożyński
Protokolant:		Mateusz Woźniak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 10 marca 2016 r., odwołania wniesionego przez Obwinionego (...), zam. (...) - pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 30 października 2015 r., sygn. akt DB-0965/80/14, którym Komisja uznała **winnym** popełnienia czynu polegającego na odrzuceniu oferty wykonawcy - Firmy (...) - przy udzielaniu zamówienia publicznego pn: „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”, tj. oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu poprawienia wykazanych omyłek rachunkowych w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo - finansowym stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy, data popełnienia czynu 15.03.2013 r.; powyższe stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.), tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z **art. 17 ust. 1 c** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168) – zwanej dalej „ustawą”,

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

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

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, zwany dalej Rzecznikiem, wnioskiem o ukaranie nr RD-103/14 z dnia 18 sierpnia 2014 r. wniósł do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu (dalej także: Komisja lub RKO) o uznanie (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...) za odpowiedzialnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1c ustawy, polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy - Firmy (...) - przy udzielaniu zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”, tj. oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu poprawienia wykazanych omyłek w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy. Powyższe - w ocenie Rzecznika - stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 dalej: Pzp). Rzecznik wniósł o ukaranie Obwinionego karą upomnienia.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 29 września 2014 r. oraz w dniu 20 listopada 2014 r., orzeczeniem z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. akt DB-0965/80/14 uniewinniła Obwinionego od zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja przytoczyła stan faktyczny sprawy wskazując m.in., iż w dniu 8 lutego 2013 r. Wójt Gminy (...) - (...) zatwierdził specyfikację istotnych warunków zamówienia pod nazwą „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”. W tym samym dniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało zamieszczone ogłoszenie. Do upływu terminu składania ofert, tj. w dniu 22 lutego 2013 r., złożonych zostało 10 ofert. Ich ceny brutto wynosiły od 1.152.233,02 zł (oferta złożona przez Firmę (...)) do 1.562.911,16 zł. Zamawiający odrzucił 3 oferty. Jedną z odrzuconych ofert była oferta złożona przez Firmę (...). W uzasadnieniu odrzucenia przedmiotowej oferty wskazano: *„Zamawiający - Gmina (...) w ogłoszonym postępowaniu dla zadania pn. „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 7 Inne dokumenty określiła, że załącznikiem do składanych w wymienionym postępowaniu oferty jest wypełniony i podpisany harmonogram rzeczowo-finansowy, stanowiący załącznik nr 1 do projektu umowy. Ponadto w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 8 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający określił w § 1 ust. 5 projektu umowy, iż przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej umowy. Ponadto w § 5 ust. 1 Zamawiający wyraźnie określił sposób zapłaty wynagrodzenia jako wynagrodzenie kosztorysowe, które zostanie rozliczone na podstawie faktury częściowej VAT wystawionej po zakończeniu etapu I ujętego w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. Do złożonej przez Wykonawcę w dniu 22 lutego 2013 r. oferty został dołączony harmonogram rzeczowo-finansowy. Dołączony dokument zawiera jednak istotne w prowadzonym postępowaniu uchybienia. Załączony do oferty dokument nie zawiera wartości brutto w pozycji nr 5. Ponadto pozycja A5 harmonogramu rzeczowo-finansowego zawiera rozbieżność z kosztorysem ofertowym Wykonawcy. Pozycja dotycząca „podłoża i posadzek” w niniejszym dokumencie została określona na wartość 26.746,16 zł, natomiast w kosztorysie ofertowym Dział 5 Podłoża i posadzki, w tym Dział 5.1. piwnice określone zostały na kwotę 26.746,16 zł, a dział 5.2. parter na kwotę 67.755,24 zł, co łącznie daje kwotę 94.501,40 zł. Dołączenie poprawnie wypełnionego harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiło wymóg merytoryczny, gdyż dokument ten stanowił treść oferty. Dokumenty odnoszące się*

bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania Wykonawcy, dookreślające i uszczegółowiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Harmonogram stanowi istotny i merytoryczny element oferty, gdyż zawiera on informacje dotyczące nie tylko terminu realizacji zamówienia, ale także zaoferowanej ceny - kwoty brutto, gdyż na taką wypłacone zostanie wynagrodzenie Wykonawcy.(...). W sytuacji niniejszego postępowania, aby rzeczony harmonogram spełniał swoją rolę, Wykonawca musiałby sporządzić nowy dokument. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, czyli tzw. dokumenty podmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy i które zostały przykładowo wskazane w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane. W konsekwencji harmonogram rzeczowo-finansowy określony jako „inny dokument” w postanowieniach SIWZ odnoszący się do zakresu wykonywanych prac oraz ilościowego i wartościowego zaawansowania robót zakwalifikowany jest jako dokument składający się na treści oferty, a nie jako dokument potwierdzający, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom SIWZ. W tym przypadku brak jest możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia. Niedopuszczalne w tym zakresie jest również powadzenie naprawienia oferty w trybie art. 87 ustawy Pzp, gdyż prowadzone wyjaśnienia treści oferty musiałyby prowadzić de facto do uzupełnienia treści oferty poprzez złożenie oświadczenia woli przez Wykonawcę, to z kolei stanowiłoby o niedopuszczalnych po stronie Zamawiającego negocjacjach z jednym z Wykonawców w postępowaniu, który złożył swoją ofertę w sposób odmienny od pozostałych Wykonawców i odbiegający od wymogów merytorycznych SIWZ”.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Firmy (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Po odrzuceniu trzech ofert, w tym oferty Firmy (...), jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Przedsiębiorstwa (...)

” sp. z o.o. (cena oferty brutto 1.214.072,10 zł), z którą zawarto umowę na wykonanie zamówienia publicznego w dniu 22 marca 2013 r.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia RKO wskazała na wyniki postępowania w zakresie kontroli przedmiotowego zamówienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej. Uchwałą sygn. akt KIO/KD 42/14 z dnia 13 maja 2014 r., Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż w okolicznościach ustalonych w sprawie,

czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty wykonawcy Firmy (...), z uwagi na stwierdzone braki harmonogramu rzeczowo-finansowego, dokonana została z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Izba, odmiennie od Zamawiającego uznała, iż poprawienie treści harmonogramu w sposób wskazany w informacji o wyniku kontroli nie prowadziłaby do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Zmiana wartości w pozycji A5 harmonogramu przez jej zwiększenie o kwotę możliwą w oparciu o treść kosztorysu ofertowego (poz. 5.2 kosztorysu ofertowego „parter część dobudowana”) nie zmieniałaby w żaden sposób treści oferty, gdyż harmonogram zawierać powinien powielenie wartości pozycji wycenione przez wykonawcę w kosztorysie. Harmonogram, w zakresie wartości wycenionych prac, miał charakter wtórny, w stosunku do kosztorysu ofertowego, w którym wykonawcy dokonywali wyceny. Błędy występujące w harmonogramie w zakresie ustalonej w kosztorysie wartości prac nie miały charakteru merytorycznego, lecz techniczny i wynikały z pominięcia przy sumowaniu wartości pozycji A5, wycenionej w kosztorysie w dwóch pozycjach 5.1 i 5.2 kosztorysu ofertowego. Poprawiając treść harmonogramu Zamawiający w żaden sposób nie ingerowałby w treść oferty, co do wartości wycenionych prac, co uzasadniało przyjęcie, iż nie została spełniona przesłanka wyłączająca zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. braku istotnego wpływu na treść oferty. W ten sam sposób należało ocenić pozostałe braki harmonogramu, polegające na niewypełnieniu kolumny z wartością brutto pozycji, która możliwa była również do ustalenia w oparciu o treść kosztorysu ofertowego. O możliwości samodzielnego dokonania poprawek przez Zamawiającego treści harmonogramu przesądza również sporządzony na potrzeby postępowania harmonogram uwzględniający uwagi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do motywów rozstrzygnięcia RKO wskazała, iż nie budzi wątpliwości fakt, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę wykonawcy - Firmy (...), przy udzielaniu zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”, tj. oferty najkorzystniejszej oraz zaniechał poprawienia wykazanych omyłek w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. RKO podzieliła w pełni stanowisko Oskarżyciela, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający naruszył przepisy art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia RKO wskazała jednak, iż aby skutecznie przypisać Obwinionemu zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu przepisu art.

17 ust. 1c ustawy, konieczne jest zrealizowanie także drugiej z przesłanek ww. naruszenia, tj. wykazanie wpływu naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych na wynik postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie kluczowym dla rozstrzygnięcia uniewinniającego było, wg RKO, złożenie w dniu 27 maja 2014 r. przez wykonawcę (...) prowadzącego Firmę (...), oświadczenia o treści: *„Uważam, że moja oferta złożona w przetargu na „Budowę Świetlicy Wiejskiej w (...)” zrobiona była dobrze. W kosztorysie wyliczyłem wszystkie koszty, harmonogram rzeczywiście w całości nie był wypełniony. O tym że spowoduje to odrzucenie mojej oferty byłem poinformowany przez pracowników Urzędu i zgodziłem się z tym. Gdyby było inaczej wniósłbym odwołanie od wyników przetargu. W przypadku otrzymania korekty nie zainteresowałbym się tym”*. Zdaniem RKO złożone oświadczenie nie pozwalało na przyjęcie tezy, iż ziszcza się przesłanka, od której przepis art. 17 ust. 1c ustawy uzależnia możliwość przypisania zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Skoro bowiem wykonawca, którego oferta w sposób nieuprawniony została odrzucona oświadczył, iż w przypadku poprawienia przez Zamawiającego omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w trybie przewidzianym ww. przepisami, nie zgodziłby się na ich poprawienie, wówczas postępowanie zakończyłoby się w ten sposób, iż oferta wykonawcy Firma (...) zostałaby odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W wyniku złożonego przez Rzecznika dyscypliny finansów publicznych odwołania, na niekorzyść Obwinionego, w dniu 7 maja 2015 r. GKO - z uwagi na stwierdzone uchybienia orzeczenia Komisji, związane przede wszystkim z brakiem określenia momentu, z jakim Komisja wiąże możliwość badania wpływu określonego naruszenia przepisów Pzp na wynik postępowania, a tym samym wystąpienie bądź niewystąpienie czynu penalizowanego w art. 17 ust. 1 c ustawy, w związku z określonymi okolicznościami (dowodami) - uchyliła zaskarżone orzeczenie i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania.

W dniu 30 października 2015 r. Komisja, ponownie rozpatrując sprawę, uznała odpowiedzialność Obwinionego w zarzucanym przez Rzecznika zakresie i wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja przytoczyła ponownie stan faktyczny sprawy, potwierdzając tym samym okoliczności ujawnione w pierwotnym postępowaniu, uzupełniając dowody o określenie momentów działania osób dokonujących istotnych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdzono, iż protokół z

prowadzonego postępowania zatwierdził w dniu 15 marca 2013 r. Obwiniony (...). Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Firmy (...) podpisał w dniu 15 marca 2013 r. Obwiniony. Komisja podniosła, iż z analizy ofert złożonych w postępowaniu wynika, iż odrzucona oferta Firmy (...) przedstawiała najkorzystniejszą cenę 1.152.233,02 zł, a z uwzględnieniem omyłki 1.152.363,02 zł (różnica wynosiła 130 zł). Komisja podniosła, iż dokonana przez nią ocena stanu faktycznego potwierdzona w istocie została wskutek kontroli przedmiotowego zamówienia przez wyspecjalizowany do tego organ, tj. Urząd Zamówień Publicznych. Komisja wskazała, iż niezgodności pomiędzy kosztorysem, a harmonogramem należało uznać jako mające charakter niezamierzonej omyłki, które Zamawiający w oparciu o prawidłowo sporządzony kosztorys mógł poprawić. W SIWZ zatwierdzonej przez Obwinionego w części 17 „Wyjaśnienia w toku badania i oceny oferty” znalazły się m.in. postanowienia, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający poprawia w ofercie: *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona*. Zatem sam Zamawiający przewidział taką okoliczność, a nie można uznać twierdzenia, iż kwota 130 zł jest istotną zmianą oferty. Przy jedynym kryterium oceny ofert, cena - 100% wartości, oferowana wartość zamówienia miała istotny wpływ na wybór oferty. Obwiniony podpisał umowę na wykonanie zamówienia o wartości przekraczającej wartość odrzuconej oferty o 61.709,08 zł. Przedmiotowy aspekt w sposób zasadniczy przedkłada się na ciężar gatunkowy zarzucanego czynu. Poniesiony został uszczerbek finansowy dla gminy, albowiem zapłacono za wykonanie przedmiotowego zadania więcej niż było możliwe. Komisja dokonując oceny wpływu złożonego oświadczenia na postępowanie stwierdziła, iż nie może uznać oświadczenia złożonego przez Oferenta (...), iż na skutek dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie „(...) *nie zainteresowałby się tym*” (zamówieniem). Po pierwsze, Zamawiający nie dokonał poprawek oferty, lecz odrzucił jego ofertę (brak zachowania oferenta bezpośrednio po hipotetycznym poprawieniu „omyłek”), po drugie oświadczenie oferenta nastąpiło po ponad rocznej przerwie po podpisaniu umowy. Komisja wskazała, iż stosownie do art. 87 ust. 2 Pzp, zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców. Wykonawca może w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzić się na poprawienie takiej omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7). Jak wykazało prowadzone postępowanie, w ofercie złożonej przez (...) wystąpiły omyłki, miały one charakter omyłek technicznych, a nie merytorycznych. Użycie w tym przepisie art. 87 ust. 2 wyrażenia „(...) zamawiający poprawia

(...)” oznacza, iż jest to jego obowiązek. Dopiero po poprawieniu takich omyłek wykonawca może wyrazić zgodę lub nie. W przedmiotowym postępowaniu jednakże nie umożliwiono wykonawcy, oferentowi, zajęcia określonego zachowania. Z kolei art. 84 ust. 1 Pzp stanowi, iż wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Art. 85 tejże ustawy określa okres związania wykonawcy ofertą (do upływu terminu określonego w SIWZ). Przepis ten chroni zamawiającego przed utratą możliwości zawarcia umowy na skutek upływu terminu związania ofertą. Określenie w przepisach Pzp terminu zawierania umów (art. 94) daje zamawiającemu możliwość, w przypadku uchylania się wykonawcy od dokonania tej czynności, do skorzystania z przepisów art. 46 ust. 5 i art. 94 ust. 3 ustawy. Zamawiający może zatrzymać w tym wypadku wadium i zaproponować podpisanie umowy kolejnemu, najlepszemu w punktacji oferentowi. Termin „związanie ofertą” oznacza, iż wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia wszelkich zapisów wynikających z treści oferty przez cały z góry określony okres. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 28 kwietnia 2014 r. odrzucającym zarzuty wniesione przez Wójta Gminy (...) na wnioski pokontrolne i Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 maja 2014, sygn. akt KIO/KD 42/14, podali ,iż: „(...) Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 Prawo zamówień publicznych, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16,poz. 93 ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika, że: *ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ona istotne postanowienia tej umowy.* Z tego wynika, że oferta nieodpowiadająca treści siwz, to taka oferta, która w sposób odmienny, niż to ujęto w siwz, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany (...)”

Prowadzone postępowanie wykazało, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę wykonawcy Firmy (...) przy udzielaniu zamówienia publicznego na zadanie „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”, tj. ofertę najkorzystniejszą, poprzez zaniechanie poprawienia wykazanych omyłek w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy.

Komisja wskazała, iż, poprawienie oczywistych omyłek w ofercie (...) spowodowałoby, iż jego oferta nadal byłaby najkorzystniejsza i powinna zostać wybrana w tym postępowaniu. Bez znaczenia jest oświadczenie oferenta z dnia 27 maja 2014 r. bowiem to ustawodawca w Pzp określił okoliczności wycofania oferty, czy też przypadki odstąpienia od umowy, jak i następstwa tych czynności. W związku z tym, przesłanie pisma -

oświadczenia oferenta Firmy (...) i to po rocznym okresie od podpisania umowy zdaniem Komisji nie może mieć wpływu na ocenę zarzucanego czynu.

Uznając, z uwagi na brzmienie art. 18 ust. 1 Pzp, odpowiedzialność Obwinionego, zważywszy na okoliczności w jakich doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jak i to, że odrzucenie przez Obwinionego w dniu 15 marca 2013 r. oferty najkorzystniejszej spowodowało uszczuplenia środków publicznych, Komisja wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia. Odnosząc się do stwierdzenia obrońcy Obwinionego złożonego na rozprawie w dniu 30 października 2015 r., a mianowicie: (...) *nie zgadzam się z wywodem GKO, która twierdzi, że Obwiniony nie kwestionował podstaw prawnych. W uzasadnieniu znajduje się stwierdzenie, że: „nie kwestionował podstaw faktycznych i prawnych”. Faktycznych nie. Ten stan faktyczny ustalony na podstawie zgromadzonych dowodów zdaniem Obwinionego nie podlega zastrzeżeniom. Natomiast podstawy prawne były kwestionowane, a mianowicie Obwiniony składał pisma na rozprawach przed RKO oraz przed GKO, które znajdują się w aktach, z których wynika, że Obwiniony nie zgadza się z wywodami prawnymi dotyczącymi naruszenia przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (..), Komisja wyjaśniła, iż zgodnie z pouczeniem zawartym w sentencji orzeczenia RKO z dnia 20 listopada 2014 r. Obwiniony jak i oskarżyciel mieli prawo złożenia odwołania. Jednakże Obwiniony z tej możliwości nie skorzystał mimo, iż RKO uzasadniła: *W ocenie Regionalnej Komisji Orzekającej, nie budzi wątpliwości fakt, iż zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę wykonawcy - Firmy (...) przy udzielaniu zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”, tj. oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu poprawienia wykazanych omyłek w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.). Regionalna Komisja Orzekająca podziela w pełni stanowisko Oskarżyciela, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający naruszył przepisy art. 87 i art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie złożenia odwołania przez Obwinionego, należy – zdaniem Komisji - uznać, iż zgadzał się treścią uzasadnienia RKO w całości.**

Pismem z dnia 8 grudnia 2015 r. odwołanie złożył obrońca Obwinionego, zaskarżonemu orzeczeniu zarzucając:

1) naruszenie przepisu art. 45 ust. 2 ustawy, poprzez uznanie, że oświadczenie wykonawcy (...) prowadzącego firmę (...) (złożone w dniu 27 maja 2014 r.), nie może mieć

wpływu na ocenę zarzucanego czynu i stanowi zarazem dokument, który w ogóle nie powinien być oceniony w aspekcie naruszenia przepisów, czyli obowiązku Zamawiającego jeżeli chodzi o poprawienie omyłek, powinien być w ocenie RKO „pominięty”,

2) naruszenie przepisów art. 17 ust. 1c ustawy, poprzez przyjęcie, że Obwiniony pełniąc funkcję wójta Gminy (...) swoim działaniem popełnił czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, określony we wskazanym przepisie ustawy

3) naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez przyjęcie, że Zamawiający w sposób nieuprawniony - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - odrzucił ofertę wykonawcy mimo, że obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie poprawy omyłek w złożonym przez wykonawcę harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy.

Obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienie Obwinionego (...) albo uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO.

W uzasadnieniu obrońca, podnosząc zarzut naruszenia art. 45 ust. 2 ustawy, wskazał, iż nie można oceny dowodów dokonywać wybiórczo. Twierdzenie RKO, że dowód w postaci złożonego oświadczenia przez wykonawcę (...), prowadzącego firmę Usługowo Handlowo Produkcyjną, nie może być brany pod uwagę, ponieważ złożone zostało ono w dniu 27 maja 2014 r., a więc po upływie ponad roku od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i po wykonaniu tegoż zamówienia, nie jest trafny. Data złożenia oświadczenia przez wykonawcę, nie ma znaczenia w sprawie i nie może stanowić podstawy do twierdzenia przez RKO, że dowód w postaci złożonego oświadczenia jest nie przydatny przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy, można go pominąć, a w ogóle to ten wniosek dowodowy złożony przez Obwinionego powinien być oddalony, inaczej mówiąc nie powinien być dopuszczony przez RKO. Obwiniony podkreśla, iż data złożenia oświadczenia nie ma znaczenia w sprawie i nie może stanowić podstawy do pominięcia tegoż dowodu przez RKO. obrońca wskazał, iż istotna jest treść złożonego oświadczenia. Potwierdza ono bowiem okoliczności (fakty), które zaistniały w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty i jednoczesnym odrzuceniu oferty tegoż wykonawcy. Podkreślić należy, że oświadczenie to zostało złożone przez wykonawcę w związku z wystąpieniem Marszałka Województwa (...) z zapytaniem do (...), czy jako wykonawca wyraziłby zgodę na poprawienie wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym omyłek przy uwzględnieniu ich konsekwencji rachunkowych załączonych zmian. Odpowiedź wykonawcy była następująca: „...O tym, że to spowoduje odrzucenie mojej oferty byłem poinformowany przez pracowników Urzędu i zgodziłem się z

tym. Gdyby było inaczej wniósłbym odwołanie od wyników przetargu. W przypadku otrzymania korekty nie zainteresowałbym się tym”. Gdyby wykonawca, którego oferta została odrzucona, był zainteresowany - jak twierdzi RKO - faktycznie udzieleniem zamówienia publicznego i wykonaniem przedmiotu zamówienia, to mógł wnieść odwołanie od odrzuconej oferty do Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiadał takie prawo. O tym, że mógł skorzystać ze środka zaskarżenia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty oraz że posiadał w tym zakresie wiedzę, przyznał w oświadczeniu złożonym w dniu 27 maja 2014 r. Skoro tego nie uczynił, to oznacza że nie był zainteresowany udzieleniem mu zamówienia publicznego (zmienił zamiar), a swoją wolę braku zainteresowania zawarciem umowy z Zamawiającym potwierdził właśnie w oświadczeniu złożonym w dniu 27 maja 2014 r. RKO odniosła się tylko do oświadczenia złożonego przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, uznając przy tym, że dowód ten powinien być „pominięty”, nie wzięła jednak pod uwagę i nie poddała ocenie zachowania wykonawcy, którego oferta została odrzucona, polegającego na zaniechaniu złożenia przez niego odwołania do KIO. Niezłożenie odwołania od odrzucenia oferty oraz złożona przez wykonawcę treść oświadczenia z dnia 27 maja 2014 r. stanowią jedną logiczną i spójną całość, potwierdzającą brak zamiaru (zainteresowania) zawarcia umowy i co za tym idzie wykonania przez niego przedmiotu zamówienia. obrońca wskazał również, iż dokonana przez RKO ocena dowodu, polegająca na twierdzeniu, że jest on „nieprzydatny”, z uwagi na to, że wykonawca składał to oświadczenie po upływie ponad rocznego okresu od wykonania umowy, nie będąc do tego już wykonawcą w rozumieniu przepisów Pzp, jest pozbawione zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. W praktyce ten sposób oceny dowodu, prowadzi do wypaczenia prowadzonego postępowania dowodowego. Wprowadza bowiem ograniczenie, w przeprowadzeniu i rzetelnej oceny dowodu, w postaci stosowania kryterium czasowego, jako bariery pozbawiającej mocy dowodowej złożonego oświadczenia. Taka praktyka jest niedopuszczalna. W konsekwencji, w ocenie Obwinionego, RKO przekroczyła granice swobodnej oceny dowodów i z przyczyn wskazanych wyżej, dokonała sprzecznych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego. Niewątpliwie miało to decydujący wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, uznającego Obwinionego winnym popełnienia czynu, polegającego na odrzuceniu oferty wykonawcy (...) prowadzącego firmę (...), tj. oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu poprawienia wykazanych omyłek rachunkowych w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy, tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c ustawy.

Obrońca podniósł, iż nawet gdyby, zakładając teoretycznie (z czym się nie zgadza), Zamawiający naruszył, w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 Pzp, to i tak nie została spełniona druga przesłanka wynikająca z treści art. 17 ust. 1c, a mianowicie naruszenie przepisów Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zebrany bowiem w sprawie materiał dowodowy, a w szczególności treść oświadczenia złożonego w dniu 27 maja 2014 r. przez wykonawcę (...) prowadzącego firmę (...), nie pozwala na przyjęcie tezy, że ziściła się druga przesłanka z art. 17 ust. 1 c - „wpływ naruszenia przepisów Pzp na wynik postępowania”. Wykonawca bowiem, którego oferta, w ocenie RKO, w sposób nieuprawniony została odrzucona oświadczył, że w przypadku poprawienia przez Zamawiającego omyłek, o których stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie zgodziłby się na ich poprawienie. Postępowanie zatem zakończyłoby się w ten sposób, że oferta tegoż wykonawcy zostałaby na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 Pzp odrzucona. Skutkowałoby to z kolei wyborem oferty wykonawcy, który w rankingu ofert zaoferował cenę najkorzystniejszą z pośród pozostałych wykonawców, których oferty nie zostały przez Zamawiającego odrzucone. Zamawiający bowiem dokonałby wyboru oferty, którą wybrał po odrzuceniu oferty (...). Wynik zatem postępowania nie uległby zmianie. Z uwagi na to RKO naruszyła przepis art. 17 ust. 1c poprzez uznanie Obwinionego winnym popełnienia czynu, określonego w tym przepisie przy tym przekroczyła granice swobodnej oceny oświadczenia z dnia 27 maja 2014 r. złożonego przez wykonawcę.

Obrońca podniósł, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 i 3 Pzp, ani też art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Zamawiającego, stwierdzone przez niego w toku oceny ofert niezgodności pomiędzy kosztorysem ofertowym wykonawcy (...) a harmonogramem rzeczowo-finansowym sporządzonym przez niego, nie mogły być przez Zamawiającego poprawione. „Doprowadzenie” treści oferty wykonawcy do zgodności z treścią SIWZ, wymagałoby uzupełnienia oświadczenia woli wykonawcy, potwierdzającego szczegółowe wykonanie przez niego robót w harmonogramie rzeczowo-finansowym, odnoszącym się do zakresu jak i wartości w stosunku do złożonego przez wykonawcę kosztorysu. Zamawiający musiałby uzupełnić harmonogram o kwotę 67.775,26 zł, poprzez dodanie pozycji 5.2 kosztorysu ofertowego „parter część dobudowana”, jak i uzupełnić braki polegające na niewykazaniu przez wykonawcę wartości brutto i zsumowania wartości netto i brutto dla całego zadania, jak i poszczególnych etapów tegoż zadania. Poprawki dotyczyłyby zatem około 50 % pozycji harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Pominięcie (niewypełnienie) przez wykonawcę w ofercie ponad 50% pozycji harmonogramu, nie ma charakteru omyłki rachunkowej możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że poprawienie omyłek może nastąpić poprzez proste przeniesienie liczb z kosztorysu do harmonogramu. W rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ocenie podlega istotność dokonania zmiany, nie zaś sposób jej dokonania. Wykonawca przyznał, że faktycznie nie wypełnił w części harmonogramu, nie podał jednak powodów niepoprawnego wypełnienia, ale też nie wskazał, aby to jego nieprawidłowe działanie w tym zakresie wynikało z niejasności wynikających z dokumentów przetargowych sporządzonych przez Zamawiającego. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, harmonogram stanowił treść oferty, bowiem taką rolę przypisał Zamawiający harmonogramowi w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Analiza dokumentów przetargowych w tym SIWZ wskazuje, że harmonogram zakwalifikowany został na podstawie § 1 ust. 5 umowy jako załącznik do umowy. Ponadto z harmonogramem powiązane były płatności częściowe za wykonanie robót określonych w harmonogramie (§ 5 umowy). Zmiana zatem harmonogramu wymagałaby zmiany umowy. Podkreślić także należy, że w SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wszystkie pola i pozycje we wzorach dokumentów stanowiących załączniki do oferty w tym harmonogramie były wypełnione przez wykonawców, a w szczególności musiały zawierać wszystkie wymagane informacje i żądane przez Zamawiającego dane. Obrońca Obwinionego wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 102/09, stwierdzający, że o istotności omyłki należy rozstrzygać zawsze w odniesieniu do indywidualnego przypadku, badając, czy co do całości oferty dokonanie konkretnej poprawy w danym postępowaniu spowoduje istotną zmianę oferty. W rozpatrywanej przez Sąd sprawie, zamawiający nie tylko zastrzegł w SIWZ (podobnie jak Zamawiający - Gmina (...)), że harmonogram rzeczowo-finansowy będzie stanowił załącznik do umowy o realizację zamówienia publicznego, ale też zamieścił jego wzór (uczynił to także Zamawiający) oraz sprecyzował w jaki sposób ma zostać wypełniony. Ponieważ z treści harmonogramu rzeczowo-finansowego sporządzonego przez Zamawiającego wynika, że harmonogram po złożeniu oferty będzie zawierał oświadczenie woli wykonawcy, zwłaszcza w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów realizowanego zadania i wyceny poszczególnych elementów odebranych prac dla potrzeb realizacji płatności w częściach, w ocenie Obwinionego, błędy zawarte w harmonogramie rzeczowo-finansowym musiały skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dlatego też Zamawiający zasadnie i zgodnie z przepisami ofertę (...) odrzucił.

Zajęcie stanowiska w sprawie dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest konieczne z kilku powodów. Po pierwsze, jak wskazał Obrońca - orzeczenie RKO z dnia 20 listopada 2014 r. uniewinnia Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art.17 ust. 1c ustawy, polegającego na odrzuceniu oferty wykonawcy, tj. oferty najkorzystniejszej, oraz zaniechaniu poprawienia wykazanych omyłek rachunkowych w przedłożonym formularzu ofertowym i innych omyłek w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy. Po drugie - to z treści uzasadnienia wskazanego orzeczenia RKO, a nie z rozstrzygnięcia orzeczenia wynika, że Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po trzecie ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie przewiduje złożenia odwołania od treści uzasadnienia. Natomiast na podstawie art. 138 ust. 4 ustawy, Obwinionemu przysługuje środek zaskarżenia od części lub całości rozstrzygnięcia. Po czwarte - skoro rozstrzygnięcie orzeczenia było dla Obwinionego korzystne, został bowiem uniewinniony, to nie było podstaw do jego zaskarżenia.

Po przeprowadzeniu w dniu 10 marca 2016 r. rozprawy przy udziale obrońcy Obwinionego oraz Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej zwana GKO, utrzymała w mocy zaskarżone orzeczenie.

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

GKO w pierwszej kolejności dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 ustawy nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla sprawcy. Do oceny popełnienia przedmiotowych czynów, GKO postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, uznając iż przepisy obowiązujące w dacie zarzucanych czynów nie są względniejsze dla Obwinionego.

GKO dokonując, w związku z wniesionym odwołaniem, kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia nie stwierdziła okoliczności uzasadniających, w oparciu o

kompetencję wynikającą z art. 147 ust. 1 ustawy, uchylenie rozstrzygnięcia Komisji Orzekającej I instancji. Odwołanie nie zasługuje w związku z tym na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie Komisji jest prawidłowe pod względem formalnym. Zawiera elementy przedmiotowo istotne, wskazane w art. 135 ust. 2 i ust. 3 ustawy. Stwierdzić przy tym należy, iż Komisja, stosownie do art. 150 ustawy, w pełni zrealizowała zalecenia GKO przekazującej sprawę do ponownego rozpatrzenia. Weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia RKO doprowadziła GKO do wniosku, iż Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody i dokonała prawidłowej subsumpcji prawnej.

Prawidłowo została przypisana w niniejszej sprawie odpowiedzialność podmiotowa, albowiem bezsporne jest, że Obwiniony, jako kierownik zamawiającego, odpowiadał za prawidłowe przeprowadzenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do przedmiotu sprawy stwierdzić należy, iż w art. 89 ust. 1 Pzp ustawodawca wskazał okoliczności, których zaistnienie obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Jedną z tych okoliczności jest ustalenie przez zamawiającego, iż treść oferty nie odpowiada SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Odrzucenie oferty, w wyniku stwierdzenia przez zamawiającego okoliczności z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, możliwe jest jedynie w sytuacji, do której nawiązuje druga część przepisu, a zatem w sytuacji braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Jak wskazano w orzeczeniu KIO z dnia 22 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1472/15 „Złożenie oferty - co do zasady - stanowi de facto zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści SIWZ. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią SIWZ i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wyjaśnił w dniu 15 marca 2015 r. przesłanki podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Firmy (...) wskazując, iż brak jest podstaw do zastosowania art. 87 Pzp z uwagi m.in. na konieczność złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień co do treści oferty. To z kolei prowadziło, zdaniem Zamawiającego do złożenia oferty, po niedopuszczalnych negocjacjach z jednym z Wykonawców, którego oferta została złożona w sposób odmienny od pozostałych wykonawców i odbiegających od wymogów merytorycznych SIWZ.

W odniesieniu do powyższego GKO wskazuje, iż w pierwszej kolejności z uwagi na brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, konieczne jest ustalenie, czy w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego w złożonej ofercie doszło do uchybień oraz, czy owe uchybienia mają charakter „innych omyłek” lub omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także, czy ich poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w ofercie. Zwrócić należy przy tym uwagę, iż charakter omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest odmienny od omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp a zatem oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, których poprawy bezwzględnie dokonuje Zamawiający w ofercie.

GKO podziela twierdzenia Komisji, odnoszące się do charakteru omyłek występujących w ofercie złożonej przez Firmę (...). Niewątpliwie bowiem wskazanie w harmonogramie rzeczowo-finansowym w pkt A5 „podłóża i posadzki” jedynie kwoty 26 746.16 zł, odpowiadającej wycenie kosztorysowej ww. pozycji 5.1 „piwnice”, zamiast sumy kwot pozycji 5.1 „piwnice oraz pozycji 5.2 „parter część dobudowana”, tj. 67 755,25 zł stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Omyłka polegająca na przeniesieniu do harmonogramu rzeczowo-finansowego wartości jednej tylko pozycji kosztorysowej zamiast dwóch jest omyłką, którą zamawiający bez udziału oferenta jest w stanie poprawić poprzez zsumowanie wartości i przeniesienie do harmonogramu. Dodatkowo zauważyć należy, iż brak wskazania kwot brutto w pozycji nr 5 nie jest okolicznością, którą Zamawiający nie mógł uwzględnić i naprawić biorąc pod uwagę fakt, iż oferent w kosztorysie ofertowym wskazał wysokość stawki VAT 23% dla wszystkich zaoferowanych robót. Ponadto jak wynika z ustalonego stanu faktycznego kwota brutto wskazana w formularzu ofertowym przy uwzględnieniu stawki VAT 23 % wskazanej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym, powinna stanowić wartość 1 152 363,02 zł. Wskazana omyłka bezsprzecznie posiada cechy omyłki, i to omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp a zatem omyłki rachunkowej, którą Zamawiający winien był poprawić z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

GKO potwierdza prawidłowość dokonanych przez Komisje ustaleń, odnoszących się do możliwości dokonania przez Zamawiającego poprawek w odrzuconej ofercie, z jednej strony z uwagi na charakter niektórych uchybień, noszących cechy omyłek rachunkowych, z drugiej strony z uwagi na brak istotności uchybień w niej występujących. O braku istotności świadczy zarówno charakter stwierdzonych błędów jak i wtórny - w stosunku do kosztorysu ofertowego - charakter harmonogramu. Okoliczności tych nie zmieniają twierdzenia Obwinionego i obrońcy odnoszące się do przyjętego w SIWZ charakteru harmonogramu, jako elementu składowego przyszłej umowy z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Co więcej, jak słusznie podkreśliła Komisja w zaskarżonym orzeczeniu, w SIWZ zatwierdzonej przez Obwinionego, w części 17 „Wyjaśnienia w toku badania i oceny oferty” znalazły się m. in. zapisy: *zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zatem sam Zamawiający przewidział taką okoliczność.*

Powyższe ustalenia organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych potwierdzają, przeprowadzone w stosunku do przedmiotowego zamówienia, czynności kontrolne Urzędu Zamówień Publicznych jak i uchwała KIO z 13 maja 2014 r. sygn. akt KIO/KD 42/14. W uchwale KIO podniosła m.in. iż „harmonogram, w zakresie wartości wycenionych prac, miał charakter wtórny, w stosunku do kosztorysu ofertowego, w którym wykonawcy dokonywali wyceny. Błędy występujące w harmonogramie w zakresie ustalonej w kosztorysie wartości prac nie miały charakteru merytorycznego, lecz techniczny i wynikały z pominięcia przy sumowaniu wartości pozycji A5, wycenionej w kosztorysie w dwóch pozycjach 5.1 i 5.2 kosztorysu ofertowego. Poprawiając treść harmonogramu Zamawiający w żaden sposób nie ingerowałby w treść oferty, co do wartości wycenionych prac, co uzasadniało przyjęcie, iż nie została spełniona przesłanka wyłączająca zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. braku istotnego wpływu na treść oferty. W ten sam sposób należało ocenić pozostałe braki harmonogramu, polegające na niewypełnieniu kolumny z wartością brutto pozycji, która możliwa była również do ustalenia w oparciu o treść kosztorysu ofertowego. O możliwości samodzielnego dokonania poprawek przez Zamawiającego treści harmonogramu przesądza również sporządzony na potrzeby postępowania harmonogram uwzględniający uwagi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W przedmiotowej sprawie doszło zatem do naruszenia przez Obwinionego przepisów art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego na „Budowę świetlicy wiejskiej w (...)”, wszczętego na podstawie ogłoszenia Zamawiającego, tj. Gminy (...) w dniu 8 lutego 2013 r., wskutek nieuprawnionego odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Komisja, w związku ze stwierdzonym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, dokonała również prawidłowej identyfikacji czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 c ustawy. Zgodnie z art. 17 ust. 1c ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b ustawy, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Do znamion przedmiotowych czynu należy łączne wystąpienie dwóch przesłanek:

- naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 1b ustawy,
- wpływ zidentyfikowanego wyżej naruszenia przepisów Pzp na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakończonego udzieleniem zamówienia publicznego.

Pomiędzy wskazanymi przesłankami musi istnieć związek przyczynowo - skutkowy, polegający na tym, że wystąpienie przesłanki związanej z naruszeniem przepisów Pzp wywiera wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zebrany materiał dowodowy bezsprzecznie wskazuje, iż odrzucona oferta Firmy (...), przedstawiała najkorzystniejszą cenę, tj. 1.152.233,02 zł, a z uwzględnieniem zidentyfikowanej omyłki 1.152.363,02 zł (różnica 130 zł). Dokonanie przez Zamawiającego korekty omawianych omyłek doprowadziłoby w istocie do wyboru oferty przedstawionej przez ww. firmę. W szczególności, że przy jedynym kryterium oceny ofert, cena - 100% wartości, oferowana przez Firmę (...) wartość zamówienia miałyby bezwzględnie istotny wpływ na wybór oferty. W związku z odrzuceniem z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp oferty najkorzystniejszej Obwiniony podpisał umowę na wykonanie zamówienia o wartości przekraczającej wartość odrzuconej oferty o 61.709,08 zł. Tym samym doszło do uszczuplenia środków publicznych, bowiem zapłacono za wykonanie przedmiotowego zadania więcej niż było konieczne.

Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu Komisja przeanalizowała treść złożonego w dniu 27 maja 2014 r. oświadczenia odrzuconego w postępowaniu oferenta, tj. Firmy (...). Komisja przy uwzględnieniu, zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp momentów istotnych dla

prowadzonego postępowania, w tym w szczególności momentu, w którym postępowanie o udzielenie zamówienia zostało zakończone zawarciem z wybranym wykonawcą umowy w dniu 23 marca 2013 r. wskazała, iż „przesłanie pisma — oświadczenia oferenta Firmy (...) i to po rocznym okresie od podpisania umowy, zdaniem Komisji, nie może mieć wpływu na ocenę zarzucanego czynu”. Komisja słusznie wskazała, iż zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego, a zatem m.in. podmiot, którego celem, w związku ze złożoną ofertą jest uzyskanie zamówienia publicznego (podpisanie z zamawiającym umowy). Firma (...) składając ofertę miała bezpośredni zamiar, w przypadku wybrania przez Zamawiającego jego oferty, zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno moment, w którym złożono oświadczenie jak i jego wewnętrznie sprzeczna treść prowadzi do wniosku, iż wskazany dowód nie miał i nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakończonego udzieleniem zamówienia publicznego. Należy zauważyć, iż art. 17 ust. 1c ustawy odnosi się, w zakresie wskazania znamion deliktu, wyłącznie do strony przedmiotowej naruszenia przepisów Pzp (w rozpoznawanej sprawie w związku z nieuprawnionym odrzuceniem oferty) na wynik postępowania. Zgodnie z art. 17 ust. 1c ustawy badając znamiona czynu należy ustalić, czy pomiędzy określonym naruszeniem przepisów Pzp a wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego udzieleniem zamówienia publicznego zachodzi związek przyczynowo skutkowy, a zatem czy w sytuacji, gdyby obiektywnie do określonego naruszenia przepisów Pzp nie doszło wynik postępowania pozostałby niezmienny. Tym samym w ocenie GKO nie ma podstaw faktycznych, aby dowód w postaci złożonego w dniu 27 maja 2014 r. oświadczenia, w którym z jednej strony (...) stwierdza, iż „moja oferta złożona w przetargu na „Budowę Świetlicy Wiejskiej w (...)” robiona była dobrze” a z drugiej „w przypadku otrzymania korekty nie zainteresowałbym się tym” powiązać z zidentyfikowanym naruszeniem przepisów Pzp. Istotny bowiem w przedmiotowej sprawie jest wpływ naruszenia przepisów Pzp na wynik postępowania, a nie wpływ innych niż naruszenie przepisów okoliczności, niewymienionych w art. 17 ust. 1 c.

Przepis poza zakresem penalizacji pozostawia wpływ indywidualnej oceny a zarazem akceptacji wykonawcy na poprawę bądź też brak poprawy złożonej przez niego w postępowaniu oferty na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przysługują bowiem wskazane w ustawie Pzp określone środki ochrony prawnej, jak np. złożenie odwołania.

Sygn. akt BDF1.4800.167.2015

Spełnienie drugiej przesłanki, uzasadniającej wystąpienie znamion przedmiotowych czynu, uzależnione zatem jest od stwierdzenia, czy odrzucenie oferty z naruszeniem przepisów Pzp przez Zamawiającego miało, a jeżeli tak to jaki, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 45 ust. 2 ustawy uznać należy tym samym za nieuprawniony.

GKO podtrzymuje ustalenia Komisji Orzekającej I instancji w zakresie prawidłowości przypisania odpowiedzialności za czyn z art. 17 ust. 1c ustawy Obwinionemu. Nie ma także podstaw do uznania, że czyn Obwinionego charakteryzuje się znikomą szkodliwością dla finansów publicznych, skoro swoim działaniem naruszył on przepisy Pzp, a tym samym doprowadził do wyboru oferty mniej korzystnej dla jednostki sektora finansów publicznych, jak i do dokonania przez tę jednostkę większych wydatków ze środków publicznych niż to było konieczne. Powyższe powoduje również, że wymierzona Obwinionemu kara mieści się w zakresie prawnych kompetencji organu orzekającego, wynikających w szczególności z art. 33 ustawy. GKO zauważa także, że nie ma również podstaw do odstąpienia od wymierzania kary, w szczególności, że działaniem swoim Obwiniony nie tylko dokonał istotnego uszczuplenia środków publicznych, ale także naruszył jedną z kardynalnych zasad zamówień publicznych, to jest zasadę uczciwej konkurencji, poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty jednego z oferentów.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.