



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 17 listopada 2014 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Artur Walasik
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Władysław Budzeń
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Jacka Krawczyka, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 17 listopada 2014 r., odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję p.o. Dyrektora (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Finansów z dnia 4 czerwca 2014 r., sygn. akt: BDF3/4901/12/14, którym uznano Obwinionego (...) winnym popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego **art. 17 ust. 1 pkt 1** oraz w **art. 17 ust. 1c** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz nieuprawnione odrzucenie oferty wykonawcy (...) przy przeprowadzaniu postępowania o udzielanie zamówienia publicznego na adaptację pomieszczeń na potrzeby (...), zakończonego zawarciem umowy z dnia 2 grudnia 2011 r. Nr OR05 24/OR05/2011/2610, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.).

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

- I.** na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 i 2a 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 uchyła zaskarżone orzeczenie w całości;
- II.** na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy uniewinnia Obwinionego w zakresie nieuprawnionego odrzucenia oferty wykonawcy (...), przy przeprowadzaniu postępowania o udzielanie zamówienia publicznego na adaptację pomieszczeń na potrzeby (...), zakończonego zawarciem umowy z dnia 2 grudnia 2011 r. Nr OR05 24/OR05/2011/2610;
- III.** na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 28 ust. 1 ustawy umarza postępowanie w zakresie nieprawidłowego dokonania opisu przedmiotu zamówienia

publicznego na adaptację pomieszczeń na potrzeby (...), zakończonego zawarciem umowy z dnia 2 grudnia 2011 r. Nr OR05 24/OR05/2011/2610;

IV. na podstawie 167 ust. 2 ustawy koszty ponosi Skarb Państwa.

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

Orzeczeniem z dnia 4 czerwca 2014 r. Międzyresortowa Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów (nazywana dalej także MKO) uznała Obwinionego (...), pełniącego w czasie popełnienia zarzuczanych czynów funkcję dyrektora (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (w dacie orzekania art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy) oraz art. 17 ust. 1 pkt 4 (w dacie orzekania art. 17 ust. 1c) poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz nieuprawnione odrzucenie oferty wykonawcy (...) „przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na adaptację pomieszczeń na potrzeby (...), zakończonego zawarciem umowy z dnia 2 grudnia 2011 r., co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. MKO wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

MKO ustaliła, że Obwiniony podpisał ogłoszenie oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia związane z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót polegających na adaptacji pomieszczeń na potrzeby (...). Ogłoszenie zamieszczono w dniu 3 listopada 2011 r. W SIWZ wskazano, że „szczegółowy zakres robót określony jest w kosztorysie nakładczym”, który stanowił załącznik nr 4 do SIWZ. Zgodnie z wymaganiami SIWZ, wykonawcy obowiązani byli załączyć do oferty „kosztorys ofertowy wykonany na podstawie kosztorysu nakładczego”. Jedynym kryterium była cena. Za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidziane zostało wynagrodzenie ryczałtowe. W załączniku nr 4 do SIWZ zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przy użyciu konkretnych produktów, np.: zaprawa do spoinowania Atlas, farba emulsyjna Eko-Śnieżka, wełna mineralna Superrock, nie dopuszczając możliwości zaoferowania produktów równoważnych. Pismem z dnia 25 listopada 2011 r. podpisanym przez Obwinionego zamawiający poinformował (...), że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ – oferta wykonawcy w postaci kosztorysu ofertowego nie została przygotowana zgodnie z kosztorysem nakładczym stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Dodatkowo wskazano, że w jednej z pozycji kosztorysu zamiast wymaganej powierzchni 211 m² posadzki zaoferowano 210 m².

MKO uznała, że posłużenie się konkretnymi nazwami produktów, bez dopuszczenia zaoferowania produktów równoważnych naruszało konkurencję stanowiącą zasadę

udzielania zamówień publicznych. MKO uznała za niedopuszczalne odrzucenie oferty (...), ze względu na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu ustalono wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym samym kosztorys ofertowy mógł mieć znaczenie jedynie pomocnicze i nie stanowił treści oferty. MKO uzasadniła ten pogląd stanowiskiem wyrażonym m. in. przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 stycznia 2013 r. MKO wskazała ponadto, że nawet gdyby przyjąć, że kosztorys wykonawcy stanowi treść oferty, to zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty (...)ze względu na przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych upoważniający zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SWIZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

MKO uznała ponadto, że zakres omyłki w jednej pozycji opisu kosztorysowego ma znacznie marginalne i zobowiązuje zamawiającego do jej poprawienia, co w przedmiotowej sprawie zobowiązywało wykonawcę do poprawienia wskazanej w ofercie powierzchni posadzki (210m² zamiast 211 m²). W tym zakresie MKO przywołała pogląd KIO wyrażony w wyroku z dnia 28 stycznia 2009 r.

Odwołanie od orzeczenia MKO wniósł obrońca Obwinionego, zaskarżając orzeczenie w całości. Odwołujący wniósł o:

- uchylenie i zmianę orzeczenia poprzez uniewinnienie Obwinionego, względnie
- uchylenie orzeczenia i umorzenie postępowania ze względu na „znikomą szkodliwość czynu”, względnie
- uchylenie i zmianę orzeczenia poprzez odstąpienie od wymierzenia kary.

Odwołujący zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu:

- naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3, art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że w przedmiotowym postępowaniu nieprawidłowo dokonano opisu przedmiotu zamówienia oraz w nieuprawniony sposób odrzucono ofertę wykonawcy,
- naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3, art. 17 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 i art. 137 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Obwiniony ponosi winę za naruszenie przepisów, w sytuacji gdy MKO przyjęła, że Obwiniony zachował należyłą staranność w toku postępowania przetargowego,
- naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3, art. 17 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 i art. 137 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez nieustalenie teoretycznej wysokości szkody dla finansów publicznych, co mogło mieć wpływ na wymiar ewentualnej kary.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności zostały wskazane powody, dla których nie ma możliwości przypisania Obwinionemu winy za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jakkolwiek zarzut dotyczący wadliwości orzeczenia w tym zakresie nie został wprost sformułowany we wstępnej części odwołania. Odwołujący podkreślił, że w istocie rozważania MKO wskazują na uznanie, że Obwiniony zachował należyłą staranność, co – w ocenie odwołującego się – powinno w konsekwencji prowadzić do uznania braku możliwości przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odwołujący nie kwestionował faktu posłużenia się w wybranych pozycjach SIWZ nazwami własnymi wybranych produktów, podkreślił jednak, że wartość tak oznaczonych produktów stanowiła zaledwie 2,5% szacunkowej wartości zamówienia oraz, że po stronie zamawiającego nie powstała z tytułu tej omyłki żadna szkoda.

Odwołujący zarzucił także MKO, że nie ustaliła wysokości szkody dla finansów publicznych, co powinno mieć zasadnicze znaczenie przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia. Podkreślił także, że Obwiniony był uprawniony do przyjęcia, że kosztorys

stanowi element oferty, a w konsekwencji uznania, że poprawienie oferty nie jest dopuszczalne. Odwołujący zauważył, że w samym uzasadnieniu orzeczenia MKO zaznaczono, że istniały dwie interpretacje przepisów dotyczące traktowania kosztorysów wykonawczych w zamówieniach rozliczanych poprzez cenę ryczałtową.

Główna Komisja Orzekająca rozpoznała sprawę na rozprawie w dniu 17 listopada 2014 r. GKO w pierwszej kolejności oceniła stan prawny obowiązujący w dacie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu oraz w dacie orzekania przez GKO. Przepisy, których naruszenie zarzucono Obwinionemu, nie uległy zmianie, natomiast zmiana przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określających zarzucane naruszenia dyscypliny finansów publicznych, nie ma charakteru takiego, który uzasadniałby zastosowanie przepisów w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu. Z tych względów, uwzględniając regułę wynikającą z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, GKO jako podstawę rozstrzygnięcia sprawy przyjęła przepisy obowiązujące w dacie orzekania.

W toku rozprawy przed GKO, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o uchYLENIE orzeczenia MKO i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Odwołujący podtrzymał wnioski wynikające ze złożonego odwołania.

Jako podstawę rozstrzygnięcia GKO przyjęła stan faktyczny ustalony przez MKO, niekwestionowany w przedmiotowej sprawie przez strony. GKO uznała, że zarzut nieuprawnionego odrzucenia przez Obwinionego oferty (...) nie został w należyty sposób dowiedziony. Słusznie zwraca uwagę odwołujący, że w uzasadnieniu MKO wprost wskazuje się na istnienie dwóch, konkurencyjnych sposobów wykładni przepisów przesądzających o dopuszczalności oceny poprawności kosztorysu wykonawczego w ramach postępowania, w którym przewidziano dla wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe. Przypisanie Obwinionemu winy w rozumieniu art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymaga wskazania, że Obwiniony mógł zachować się w sposób zgodny z ustaloną dyrektywą postępowania. Udowodnienie tej tezy nie może sprowadzić się do przywołania interpretacji sformułowanych przez MKO już po dacie zaistnienia przypisywanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych – na okoliczność tę zwrócił uwagę, w toku rozprawy, przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. MKO nie odniosła się także do wyjaśnień Obwinionego, zgodnie z którymi kosztorys nakładczy traktowany był przez zamawiającego nie tyle jako sposób weryfikacji wyliczenia ceny, ale jako zapewnienie wykonania przez wykonawcę wszystkich składowych czynności objętych przedmiotowym zamówieniem, a więc opisującym sposób wykonania zamówienia. Tym samym Obwiniony traktował treść załącznika nr 4 do SIWZ jako element treści oferty. Nie jest jasne stwierdzenie MKO, że Obwiniony mógłby korzystając z uprawnień do korekty omyłek w ofercie, doprowadzić do zgodności treści przedłożonego kosztorysu ofertowego z kosztorysem nakładczym. Z powyższych względów GKO postanowiła uniewinnić Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie nieuprawnionego odrzucenia oferty.

Analizując zarzut naruszenia konkurencji poprzez posłużenie się nazwami własnymi niektórych produktów, wskazać należy, że bezsporne jest posłużenie się w kosztorysie nakładczym w kilku pozycjach nazwami określonych produktów. Naruszenie to należy jednak analizować przede wszystkim w kontekście przedmiotu zamówienia, którym było wykonanie robót polegających na adaptacji pomieszczeń na potrzeby Oddziału Agencji. Wartość przedmiotu zamówienia wynikająca ze złożonych ofert wynosiła ok. 237 tys. zł (oferta(...)) oraz prawie 290 tys. zł (oferta wybranej przez zamawiającego firmy (...)). Wskazane pozycje kosztorysu nakładczego, w których posłużono się nazwami własnymi obejmowały m. in. 15,6 kg zaprawy, 194,5 l farby emulsyjnej, 71,6 m² verticali. Trudno uznać, aby pozycje te w zasadniczy sposób wpłynęły na niekonkurencyjność całego

Sygn. akt BDF1/4900/86/87/14

postępowania, którego przedmiotem jest remont i adaptacja pomieszczeń. GKO uznała, że w rozpatrywanej sprawie skala naruszenia w relacji do wartości całego zamówienia uzasadnia uznanie, że stopień szkodliwości naruszenia dla finansów publicznych jest znikomy i tym samym umorzyła postępowanie w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę GKO rozstrzygnęła jak w sentencji.