

**ORZECZENIE**  
**Główniej Komisji Orzekającej**  
**w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych**  
z dnia 10 października 2013 r.  
sygn. akt BDF1/4900/70/74/13/RWPD-53271

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Kaczorkiewicz</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz</b>
Protokolant:		<b>Dorota Machnicka</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2013 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Starosty Powiatu , od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt: NDB-50/Ł/7/2013, którym Komisja Orzekająca I instancji uznała Obwinionego odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone 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 oraz z 2012 r. poz. 1529), zgodnie z którym 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, poprzez odrzucenie w dniu 27 sierpnia 2009 r. najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie instalacji solarnej w Bursie Szkolnej (złożonej przez firmę )zakończonego udzieleniem zamówienia publicznego w dniu 7 września 2009 r., z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz.759 ze zm.),

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

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie pkt 6 i 7 i uniewinnia Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c tej ustawy,**
- 2. na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.**

#### Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (zwanej dalej RKO) z dnia 10 kwietnia 2013 r. w części, dotyczącej obwinionego. Orzeczeniem tym w pkt 6, RKO uznała (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej ustawą), zgodnie z którym 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. W niniejszej sprawie RKO uznała, że odrzucenie w dniu 27 sierpnia 2009 r. najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie instalacji solarnej w Bursie Szkolnej (złożonej przez firmę ) zakończonego udzieleniem zamówienia publicznego w dniu 7 września 2009 r., dokonane zostało z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej Pzp) i na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 oraz art. 33 ust. 1 i 2 ustawy wymierzyła obwinionemu karę upomnienia, oraz obciążyła obwinionego na rzecz Skarbu Państwa kosztami postępowania w kwocie 291,71 zł. W uzasadnieniu RKO stwierdziła przede wszystkim, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie instalacji solarnej w Bursie Szkolnej wartość przedmiotu zamówienia została określona na kwotę 537.079,91 zł i w tym postępowaniu oferty zostały złożone przez Sp. z o.o. z ceną 461.826,36 zł, w tym 22% podatek VAT, „" z ceną ofertową 348.301,65 zł, w tym 7% podatek VAT oraz Sp. z o.o. z ceną ofertową 598.186,03 zł, w tym 22% podatek VAT. RKO podała również, że zamawiający w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 22%, jaką należy zastosować przy sporządzaniu oferty. Wykonawca " przekreślił w formularzu ofertowym stawkę podatku 22% i wpisał stawkę 7%. Pismem z dnia 27 sierpnia 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty - Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu wykonawcy Sp. z o.o. z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i o odrzuceniu oferty „". W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu wskazanej oferty podano, że zgodnie z pkt 6.1.2 ppkt 12 specyfikacji istotnych warunków zawiadomienia do oferty należało dołączyć kosztorysy ofertowe opracowane metodą kalkulacji szczegółowej na podstawie dokumentacji projektowej. W ofercie wykonawcy „" stwierdzono nieuwzględnienie w kosztorysie ofertowym konstrukcji stalowych do solarów i remontu dachu. Powyższe stanowiło, zdaniem zamawiającego, podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto, zdaniem zamawiającego, cena ofertowa tego wykonawcy została ustalona

w oparciu o błędnie zastosowaną stawkę podatku VAT - 7% zamiast 22%, co stanowiło przesłankę odrzucenia oferty w tym przypadku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. RKO podniosła również, że obwiniony w wyjaśnieniach złożonych w trakcie postępowania wyjaśniającego, ustosunkowując się do postawionego mu zarzutu stwierdził, że w jego przekonaniu odrzucenie oferty złożonej przez firmę w żadnym wypadku nie narusza przepisów Pzp. Obwiniony przede wszystkim stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z pkt 6.1.2 ppkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do oferty należało dołączyć kosztorysy ofertowe opracowane metodą kalkulacji szczegółowej na podstawie dokumentacji projektowej. W toku badania oferty firmy zamawiający stwierdził, że nie uwzględniono w kosztorysie ofertowym konstrukcji stalowych do solarów i remontu dachu, co przełożyło się na cenę tej oferty. Tym samym treść oferty firmy " nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 Pzp. Ponadto złożona przez firmę oferta cenowa została ustalona w oparciu o błędnie zastosowaną stawkę podatku VAT. Także obwiniony wskazał, że do obliczenia ceny firma zastosowała 7% stawkę podatku VAT, zamiast 22% (wówczas obowiązującą). Tym samym została spełniona przesłanka do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp. Obwiniony powołał się także na ustawę z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz.535 ze zm.) podnosząc, że w niniejszym postępowaniu należało zastosować podstawową 22% stawkę podatku VAT, albowiem - zgodnie z art. 41 ust. 12 tej ustawy stawkę podatku, tj. 7% (stan na dzień ogłoszenia przetargu - 14 lipca 2009 r.) stosuje się tylko do dostaw, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Prowadzony przetarg dotyczył w istocie wykonania robót budowlanych polegających na montażu instalacji solarnych. Montaż instalacji solarnych, zgodnie z definicją zawartą w art. 9 pkt 7 ustawy Prawo budowlane jest robotą budowlaną, a z kolei zgodnie z art. 3 pkt 7 tej ustawy przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Odnosząc tę definicję do katalogu przedmiotów, zawartego w art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług, stwierdził, że montaż instalacji solarnych będący robotą budowlaną nie korzysta z niższej stawki podatku VAT. Podkreślił, że, mając na uwadze charakter przepisów prawa podatkowego, które należy ściśle interpretować zamawiający przyjął, że wykonanie tego przedmiotu zamówienia objęte jest 22% (wówczas obowiązującą) stawką podatku VAT. Obwiniony wskazał także na orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych, podnosząc, że zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług VAT stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Obwiniony podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku nr 1 (formularz ofertowy) oraz w załączniku nr 4 (istotne postanowienia umowy) wskazał, jaką stawkę podatku od towarów i usług VAT winni zastosować wykonawcy. Żaden z wykonawców nie wniósł protestu na to postanowienie, a także nie zwracał się z zapytaniem w tej kwestii. Wreszcie żaden z wykonawców, w tym również firma nie złożyła protestu na rozstrzygnięcie w tym przetargu. Zdaniem obwinionego, zamawiający stworzył równe warunki dla wszystkich wykonawców, informując ich w specyfikacji i załącznikach o stawce podatku od towarów i usług VAT na poziomie 22%. RKO, rozstrzygając kwestię naruszenia przez obwinionego ustawy uznała, że w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązywał inny stan prawny niż w czasie dokonania zarzucanego obwinionym naruszenia. Jednocześnie RKO, powołując się na art. 24 ust. 1 ustawy, stwierdziła, że 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. Dalej RKO podała, że przepis ten przyznaje priorytet ustawie nowej jako podstawie orzekania, a ustawie starej jedynie wówczas, gdy jest ona względniejsza dla sprawcy. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone uprzednio, tj. w dniu popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy jest tożsame z czynem określonym w art. 17 ust. 1c tej ustawy. RKO uznała, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie reżim prawny obowiązujący w dniu orzekania, gdyż ustawa w czasie popełnienia naruszenia nie jest względniejsza dla sprawcy. RKO, uwzględniając całokształt materiału dowodowego oraz podzielając stanowisko rzecznika dyscypliny finansów publicznych stwierdziła, że wskazane przez zamawiającego przyczyny nie dawały podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez. Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1c ustawy w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, RKO podała, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 3 (opis przedmiotu zamówienia) wskazano, że ofertę należy sporządzić w oparciu o dokumentację projektową, a przedmiar robót należy traktować jako informacyjny. Z kolei w pkt 13.2 specyfikacji wymagano podania ceny ryczałtowej, w której to cenie należało ująć wszelkie koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia i takie wynagrodzenie ryczałtowe należało wskazać w formularzu ofertowym. Zdaniem RKO, mając na uwadze przytoczone postanowienia specyfikacji oraz art. 632 ustawy - Kodeks cywilny zamawiający nie miał uzasadnionych podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy jako nieodpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zawiadomienia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, pomimo nie zawarcia w kosztorysie ofertowym wszystkich elementów. Zdaniem RKO, przy ryczałtowym określeniu ceny, kosztorys ma jedynie charakter pomocniczy, a nieskorzystanie przez wykonawcę z przysługujących mu środków odwoławczych nie przesądza o prawidłowości działań podejmowanych przez zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do kwestii ustalenia przez firmę ceny ofertowej w oparciu o błędną stawkę podatku od towarów i usług w kontekście zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, RKO wskazała ponownie na ppkt 13.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwierdzając, że zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym ceny netto i brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a kwotę towaru od podatków i usług wg obowiązujących przepisów. W formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający wskazał konkretną stawkę podatku - 22% i w niniejszym stanie faktycznym doszło niewątpliwie do niezgodności pomiędzy treścią oferty, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże, dokonując oceny złożonych ofert zamawiający, zdaniem RKO, był zobowiązany do zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku od towarów i usług, gdyż zamawiający jako przyszła druga strona umowy jest także zainteresowany w prawidłowym ustaleniu wszystkich składników ceny brutto. Według RKO, zamawiający winien skorzystać z uprawnienia ustawowego i działając na podstawie art. 87 ust.1 Pzp powinien wezwać wykonawcę, który zastosował stawkę 7% do wyjaśnienia i podania podstawy prawnej pozwalającej mu na zastosowanie obniżonej stawki VAT w wysokości 7% dla wykonania usług będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie zwrócił się z takim zapytaniem do firmy oraz nie podjął żadnych czynności mających na celu ustalenie podstaw prawnych zastosowania powyższej stawki podatku VAT, tylko dokonał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, co zdaniem RKO, było działaniem nieuzasadnionym. Zdaniem RKO, w niniejszej sprawie miał zastosowanie § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług - które obowiązywało do dnia 31 grudnia 2009 r. RKO stwierdziła, że art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług stanowił, że przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne

stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale II. Z kolei, zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) bursy szkolne zaklasyfikowane zostały w dziale 11 (budynki mieszkalne), grupa 113 (budynki zbiorowego zamieszkania), klasa 1130 jako budynki zbiorowego zamieszkania, w tym domy mieszkalne dla ludzi starszych, studentów, dzieci i innych grup społecznych, np. domy opieki społecznej, hotele robotnicze, internaty i bursy szkolne, domy studenckie, domy dziecka, domy dla bezdomnych itp. RKO, biorąc pod uwagę wskazane okoliczności, uznała, że obowiązujące w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie instalacji solarnej w Bursie Szkolnej przepisy prawa, roboty będące przedmiotem zamówienia, powinny być opodatkowane stawką 7%. RKO zwróciła również uwagę, że zamawiający nie jest organem uprawnionym do określenia prawidłowej stawki VAT, jednakże nie zwalnia go to z obowiązku respektowania przepisów ustawy, a tym samym ustalenia, jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT. Niedokonanie takiej czynności przez zamawiającego spowodowało odrzucenie oferty a następnie dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sp. z o.o., co niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania. RKO uznała, że odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych ponosił (...) (ówczesny Starosta), który podjął z naruszeniem prawa decyzję o odrzuceniu oferty, a następnie dokonał wyboru oferty, zawierającej cenę obliczoną w oparciu o nieprawidłową stawkę podatku VAT, co wypełnia znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 17 ust.1c ustawy. RKO podała także, że zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że obwiniony mógł przewidzieć, że jego działanie może mieć znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a do naruszenia doszło wskutek niezachowania zasad ostrożności wymaganej przy prowadzeniu postępowania na udzielenie opisanego zamówienia publicznego. Mając powyższe na względzie, RKO, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 i art. 33 ust. 1 i 2 ustawy wymierzyła obwinionemu karę upomnienia.

W odwołaniu obwiniony wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w części dotyczącej punktu 6 i 7 orzeczenia i o uniewinnienie od stawianych mu zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W uzasadnieniu przede wszystkim stwierdził, że RKO w pierwszej kolejności powinna była rozpatrzyć, czy w ogóle można przypisać mu winę w czasie popełnienia czynu. Wskazał na lakoniczność uzasadnienia nieodzwierniejącego istniejącego, w dniu popełnienia zarzucanego mu czynu, stanu faktycznego i jego zdaniem RKO, nie uwzględniła okoliczności uzasadniających brak winy, na które wskazywał w piśmie z dnia 12 marca 2013 r. oraz obowiązującego w czasie popełnienia zarzucanego mu czynu. W tym przypadku, powołując się na art. 19 ust. 2 ustawy stwierdził, że nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Dalej podał, że procedura udzielania zamówień publicznych ma charakter sformalizowany, a jej przeprowadzenie wymaga bardzo dobrej znajomości Prawa zamówień publicznych jak i przepisów powiązanych, przykładowo kodeksu cywilnego czy prawa budowlanego. Wina, w znaczeniu wskazanym w art. 19 ust. 2 ustawy może mieć formę działania lub zaniechania umyślnego albo nieumyślnego. Działanie nieumyślne przejawia się w braku należytej staranności (ostrożności). Podkreślił, że w dacie popełnienia zarzucanego mu czynu obowiązywał Regulamin Organizacyjny Starostwa Powiatowego przyjęty uchwałą Rady Powiatu z dnia 29 grudnia 2008 r. nr (dokument w aktach postępowania), w który ustalono, że w Starostwie organizacją zamówień publicznych zajmuje się Wydział Zamówień Publicznych i Inwestycji. Zgodnie z § 20 Regulaminu, do zadań wydziału należało przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w

szczegółności analizowanie w zakresie zgodności z przepisami Pzp specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz istotnych postanowień umowy, organizacja i udział w pracach komisji przetargowej oraz kontrola kompletności dokumentacji w zakresie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Za prawidłową pracę wydziału odpowiadał naczelnik wydziału (§7 ust. 5 Regulaminu). Koordynację pracy oraz kontrolę pracy nad wydziałem sprawował wicestarosta (§ 9 pkt 7 Regulaminu). Jako starosta istotnie podpisywał pisma kierowane do wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, w tym pismo informujące o odrzuceniu oferty, jednakże wymóg reprezentowania powiatu na zewnątrz przez starostę wynikał z ustawy o samorządzie powiatowym. Podkreślił, że jako starosta odpowiadał za organizację pracy starostwa powiatowego - jednostki organizacyjnej powiatu, w której zatrudnionych było wówczas ponad 200 pracowników i jako kierownik tego urzędu dołożył wszelkiej staranności, aby prawidłowo zorganizować proces prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w tym doprowadził do powołania komórki zajmującej się prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień publicznych, z odpowiednią liczbą etatów. Do dnia 29 grudnia 2008 r. taka komórka w ogóle nie była wyodrębniona. Powołał się na orzecznictwo GKO, w którym obwinionego uznano za niewinnego zarzucanych mu czynów, wskazując, że wymogi stawiane osobom pełniącym funkcje związane z dysponowaniem środkami publicznymi winny być wysokie, jednakże nawet wykształcony, doświadczony i gospodarny kierownik jednostki może dopuścić się błędów i naruszyć porządek prawny. Jego zdaniem, w niniejszej sprawie rozstrzygające znaczenie ma, zinstytucjonalizowanie procedury udzielania zamówień publicznych – powołanie Wydziału ds. Zamówień Publicznych i zakres jego zadań. To powoduje, że czynowi popełnionemu przez obwinionego brakuje elementu „indywidualnej zarzucalności”, tj. nie można przypisać obwinionemu winy. Dalej zwrócił uwagę, że w Starostwie Powiatowym w 2009 r. prowadzone były 22 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i zawarto łącznie 69 umów (w tym 30 w związku z prowadzonymi przetargami). Taka liczba zamówień i zawieranych umów oraz duża liczba zatrudnionych osób w Starostwie Powiatowym, przy uwzględnieniu faktu, że starosta wykonuje szereg innych zadań, w tym zadania organu administracji rządowej, czyni niemożliwe każdorazowe szczegółowe badanie dokumentacji związanej z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza, jeżeli charakter naruszenia dotyczy stosowania nie tyle Prawa zamówień publicznych, ile przepisów prawa podatkowego. Stąd, m.in. potrzeba podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków zarządu. Zwrócił również uwagę, że, jego zdaniem, nie można mu zarzucić, niezachowania należytej staranności, w sytuacji gdy formularz oferty w dniu ogłoszenia przetargu przewidywał jakąś stawkę podatku VAT ma zastosować wykonawca, a ewentualne kwestionowanie tej stawki wymagało dokonania analizy nie tylko ustawy o podatku od towarów i usług, ale również rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz analizy rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, a także przeprowadzenia analizy czy wykonanie instalacji solarnej (nie tylko montaż, ale i zakup tej instalacji) można w ogóle zakwalifikować do robót budowlano-montażowych w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Obwiniony podkreślił, że, podpisując pismo informujące wykonawcę o odrzuceniu jego oferty, jak i zatwierdzając wyniki postępowania, pozostawał w przeświadczeniu, że osoby pracujące w Wydziale Zamówień Publicznych i Inwestycji Starostwa Powiatowego w, merytorycznie przygotowane (tj. posiadające stosowne wykształcenie i doświadczenie zawodowe) i odpowiedzialne za przeprowadzenie postępowania, dopełniły wszelkich czynności zmierzających do tego, by wszystkie procedury zostały zachowane. Podkreślił także, że w toku postępowania wyjaśniającego rzecznik dyscypliny finansów publicznych nie

wykazał, aby osoby, którym zamawiający (powiat ) powierzył przygotowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia, nie były merytorycznie przygotowane do wykonywania tych czynności. Podniósł również, że wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie kwestionował decyzji zamawiającego w formach przewidzianych w ustawie Pzp, co uniemożliwiło ewentualnie późniejsze skorygowanie działań osób, którym na podstawie regulaminu organizacyjnego powierzono przygotowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zauważył, że w dacie popełnienia zarzucanego mu czynu, ustawa Pzp przewidywała możliwość złożenia protestu, zarówno w odniesieniu do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i na czynność, dotyczącą odrzucenia oferty. Wykonawca, którego ofertę odrzucono na żadnym etapie postępowania takiego protestu nie złożył, pomimo iż protest, w przeciwieństwie do odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, był formą kwestionowania decyzji zamawiającego, która nie narażała wykonawcy na poniesienie jakichkolwiek kosztów. Podał również, że także stawka podatku VAT (22%) wpisana do wzoru formularza ofertowego i tym samym stanowiąca część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie była przez wykonawców przedmiotem protestu. Wskazując na powyższe, podtrzymał w całości pozostałą argumentację, zawartą w wyjaśnieniach złożonych uprzednio przed rzecznikiem dyscypliny finansów publicznych oraz przed RKO.

### **Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także GKO) zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności GKO, mając na względzie regulę ustanowioną w art. 24 ust. 1 ustawy, przyjęła jako podstawę rozstrzygnięcia przepisy obowiązujące w dacie orzekania, jako że przepisy ustawy oraz ustawy Pzp, obowiązujące w dacie popełnienia czynu nie były dla obwinionego względniejsze.

Rozpoznając przedmiotową sprawę GKO uznała, że zaskarżone orzeczenie zasługuje na uwzględnienie.

GKO, w pierwszej kolejności rozpoznała podnoszony w odwołaniu zarzut, co do lakoniczności uzasadnienia nieodzwoleńczego okoliczności uzasadniających brak winy obwinionego, w dniu popełnienia zarzucanego mu czynu, na które wskazywał w piśmie z dnia 12 marca 2013 r., a w szczególności obowiązującego w jednostce Regulaminu Organizacyjnego Starostwa Powiatowego. Zdaniem GKO, zarzut ten zasługuje częściowo na uwzględnienie. Tak jak ustaliła GKO, przypisując obwinionemu winę RKO stwierdziła, że odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych ponosi (...) - ówczesny Starosta, albowiem podjął on z naruszeniem prawa decyzję o odrzuceniu oferty a następnie dokonał wyboru oferty, zawierającej cenę obliczoną w oparciu o nieprawidłową stawkę podatku VAT. W uzasadnieniu RKO podała, że zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że obwiniony mógł przewidzieć, że jego działanie może mieć znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a do naruszenia doszło wskutek niezachowania zasad ostrożności wymaganej przy prowadzeniu postępowania na udzielenie opisanego zamówienia publicznego. W tej części GKO podzieliła pogląd obwinionego, co do lakoniczności stanowiska RKO, jednakże uwzględniając uzasadnienie we wszystkich jego elementach, nie zgodziła się, że to uzasadnienie nie odzwierciedlało istniejącego, w dniu popełnienia zarzucanego mu czynu, stanu faktycznego. W tym przypadku GKO ustaliła, że RKO przedstawiła zasady udzielania zamówień publicznych w Starostwie oraz wymagania wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które następnie stanowiły uzasadnienie do odrzucenia oferty wykonawcy jednakże RKO nie przedstawiła stanowiska, dlatego jej zdaniem zinstytucjonalizowanie procedury udzielania zamówień publicznych, w

tym przypadku powołanie Wydziału ds. Zamówień Publicznych i zakres jego zadań, oraz konieczność stosowania nie tylko Pzp, ale i przepisów powiązanych, w tym przepisów prawa podatkowego nie mogły stanowić podstawy do zwolnienia kierownika jednostki - starosty z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z udzielonym zamówieniem. Odnosząc się do tej okoliczności, GKO stwierdza, że przyjęte w Regulaminie Organizacyjnym generalne zasady przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych powierzone Wydziałowi ds. Zamówień Publicznych oraz powierzenie kontroli nad Wydziałem wicestaroscie, nie mogły powodować wyzbycia się odpowiedzialności w spornym zakresie przez obwinionego, tym bardziej, że de facto, to obwiniony dokonywał czynności zatwierdzających odrzucenie oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty, a także udzielił spornego zamówienia. GKO zauważa także, że ze wskazanego Regulaminu nie wynikało, że zatwierdzanie odrzucenia oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy wchodziło w zakres obowiązków innych konkretnie zindywidualizowanych osób. Zdaniem GKO, przekazanie w sposób niezindywidualizowany do wykonania wskazanych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może prowadzić do wniosku, że kierownik jednostki może tak ogólnie ukształtować regulaminy (a nawet upoważnienia) w jednostce, że zostanie w konsekwencji zwolniony z odpowiedzialności za ich zgodność z przepisami prawa. Taka teza byłaby sprzeczna z obowiązującymi przepisami prawa, w tym z art. 18 Pzp. GKO zwraca uwagę, że obwiniony przed zatwierdzeniem odrzucenia oferty wykonawcy nie podjął żadnej czynności wyjaśniającej, co wskazuje chociażby na brak należytej staranności przed zatwierdzeniem propozycji, co do podstaw odrzucenia oferty szczególnie w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nawet po zastosowaniu wyższej stawki podatkowej pozostawała ofertą z najniższą ceną. Z tych też względów GKO uznała, że w okolicznościach faktycznych sprawy, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o ile doszłoby do jego popełnienia, można byłoby przypisać obwinionemu.

Rozpoznając następnie zarzut dotyczący naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1c ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, GKO uznała, że odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było uzasadnione. Tak jak wynika z ustaleń, treść oferty tego wykonawcy nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem w ofercie tej nie uwzględniono konstrukcji stalowych do solarów i remontu dachu, co było wymagane w przedmiotowym zamówieniu i, co w ocenie GKO, miało wpływ na wynagrodzenie tego wykonawcy. Z faktu, że przedmiar robót należało traktować jako informacyjny nie można wywodzić, że wykonawca uprawniony był do niezasadnego pominięcia w procesie wyceny istotnych elementów, bez których niemożliwe byłoby prawidłowe i pełne wykonanie zamówienia. Także z tego obowiązku nie zwalniał pkt 13.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z art. 632 Kc, stanowiący o wynagrodzeniu ryczałtowym, w sytuacji, gdy w oferowanym wynagrodzeniu nie wykazano ujęcia istotnego kosztu związanego z wykonywaniem przedmiotu zamówienia i które to wynagrodzenie stanowiłoby istotny element zawieranej umowy. GKO zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie tylko przedmiar robót miał walor informacyjny i tym samym wymagane w niniejszym postępowaniu kosztorysy szczegółowe mogły stanowić podstawę do oceny zgodności oferty w części jej zakresu rzeczowego z wymaganiami specyfikacji. Rozpatrując drugi z zarzutów, związany z ustaleniem przez firmę ceny ofertowej w oparciu o błędnie zastosowaną stawkę podatku VAT, GKO przede wszystkim stwierdziła, że zamawiający wskazał w formularzu ofertowym (załącznik nr 1) konkretną stawkę podatku - 22% i w niniejszym stanie faktycznym uwzględnienie innej stawki było niezgodne ze specyfikacją. Tym samym zamawiający w pierwszej kolejności był zobowiązany do zweryfikowania tej stawki na podstawie art. 87 ust.



2 pkt 3 Pzp, albowiem obliczenie wynagrodzenia według wyższej stawki 22 % nie powodowałoby - w tym stanie faktycznym – istotnych zmian w treści oferty, gdyż cena tej oferty nadal pozostawałaby najniższą. GKO, w niniejszej sprawie nie podzieliła poglądu RKO, że na tym etapie postępowania zamawiający był zobowiązany do zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku od towarów i usług, z zastosowaniem procedury z art. 87 ust.1 Pzp, w sytuacji, gdy taka stawka została przez niego podana w warunkach postępowania. W tym przypadku GKO zwraca uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20.X.2011 r. sygn. akt III CZP 52/11, który odpowiadając na zagadnienie prawne przedstawione przez Sąd Okręgowy „Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tę stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych” stwierdził, że „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust.1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp)”. W uzasadnieniu tej uchwały SN stwierdził, że zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego warunkowany jest treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wskazanie w specyfikacji konkretnej stawki podatku VAT może prowadzić do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, która to niezgodność uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty, o ile ta niezgodność nie powodowałaby istotnych zmian w treści oferty. Sąd także podkreślił, że tylko brak wskazanej stawki pozwalałby na przyjęcie wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, z możliwością zastosowania procedury wyjaśniającej na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Wobec powyższych ustaleń faktycznych i prawnych GKO stwierdza, że w niniejszej sprawie zamawiający był zobowiązany dokonać poprawienia omyłki stosując 22 % stawkę podatkową, następnie powiadomić wykonawcę o takiej korekcie i w przypadku braku jego zgody na poprawienie omyłki odrzucić jego ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp. W konkluzji GKO stwierdza, że w niniejszej sprawie błędne zastosowanie, jako podstawy odrzucenia oferty art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, albowiem rozstrzygające dla niniejszej sprawy jest zasadne odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp wobec niezgodności treści tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i tym samym w zarzucanych czynach brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Mając na uwadze powyższe Główna Komisja Orzekająca, uwzględniając art. 78 ust.1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy orzekła jak w sentencji orzeczenia.