



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 7 maja 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szelerski
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Zdzisława Wasążnik
	<i>Członek GKO:</i>	Klaudia Stelmaszczyk (spr.)
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Roberta Wydry**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2015 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...)z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. akt: DB-0965/80/14, którym uniewinniono Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...) – od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na polegającego na odrzuceniu oferty wykonawcy – Firmy Usługowo Handlowo Produkcyjnej (...) – 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,

powyższe stanowi 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 2013 r. poz. 907 ze zm.)

oraz orzeczono, że koszty postępowania ponosi Skarbu Państwa,

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

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w (...) (dalej: „Rzecznik”) 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 (...) (dalej także: „RKO”) o uznanie (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), za odpowiedzialnego na zasadach określonych w art. 19 ust. 2 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 „uondfp”, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1c uondfp, polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy - Firmy Usługowo Handlowo Produkcyjnej (...) - 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp”. Rzecznik wniósł o ukaranie Obwinionego karą upomnienia.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w (...) 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 (...) - Pan (...) 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 (22 lutego 2013 r., godzina 9.00) złożonych zostało 10 ofert. Ich ceny brutto wynosiły od 1.152.233,02 zł (oferta złożona przez Firmę Usługowo Handlowo Produkcyjną (...)) do 1.562.911,16 zł. Jak wynika z akt sprawy Zamawiający odrzucił 3 oferty. Jedną z odrzuconych ofert była oferta złożona przez Firmę Usługowo Handlowo Produkcyjną (...). 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 uszczegółowujące 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 Usługowo Handlowo Produkcyjnej (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazany wykonawca zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia (jedynym kryterium oceny ofert była cena - waga: 100%). Po odrzuceniu trzech ofert, w tym oferty Firmy Usługowo Handlowo Produkcyjnej (...), jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Przedsiębiorstwa Budowlano-Handlowego (...) 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 z dnia 13 maja 2014 r. Krajowa Izba

Odwoławcza podniosła, iż w ocenie składu orzekającego Izby, w okolicznościach ustalonych w sprawie, czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty wykonawcy Firmy Usługowo Handlowo Produkcyjnej (...), 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 prowadziły 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 zmieniały 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 Usługowo Handlowo Produkcyjnej (...), 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 uondfp 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 Usługowo Handlowo Produkcyjną w (...), 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 pozwala na przyjęcie tezy, iż ziszcila się przesłanka, od której przepis art. 17 ust. 1c uondfp 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 Usługowo Handlowo Produkcyjna (...) zostałaby odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. To z kolei otworzyłoby drogę do wyboru oferty wykonawcy, który zaoferował cenę najniższą spośród pozostałych wykonawców, których oferty nie zostały przez zamawiającego odrzucone. W konsekwencji wynik postępowania nie uległby zmianie. Wobec faktu, iż w zarzucanym Obwinionemu czynnie brak, zdaniem RKO, znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, na podstawie art. 78 ust. 3 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, RKO uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c uondfp.

Pismem z dnia 16 grudnia 2014 r. od ww. orzeczenia Rzecznik złożył odwołanie, na niekorzyść Obwinionego. Przedmiotowemu orzeczeniu zarzucił obrazę przepisów prawa poprzez ich niewłaściwą interpretację, błędną ocenę dowodów zgromadzonych w sprawie. Rzecznik wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Regionalnej Komisji Orzekającej do ponownego rozpoznania. Wskazał, iż złożenie przez Pana (...) oświadczenia w dniu 27 maja 2014 r. a zatem ponad rok po terminie przewidzianym na wykonanie zadania „Budowa Świetlicy Wiejskiej w (...)” nie może stanowić podstawy do

wyciągnięcia wniosku, iż odrzucenie oferty tegoż wykonawcy nie miało wpływu na wynik postępowania. Zdaniem Rzecznika, na dzień rozstrzygnięcia postępowania (odrzucenia oferty) objęte wnioskiem o ukaranie zachowanie Obwinionego niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania. Bezsporne w ocenie Rzecznika jest to, iż skoro oferent składając ofertę, miał wolę przystąpienia do postępowania i wykonania zamówienia, a poprawienie omyłek, które wystąpiły w formularzu oferty i w przedłożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym (stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy) przez Zamawiającego, nie miałyby wpływu na treść złożonej oferty (jedynie wpływ na wartość tej oferty, gdyż w ofercie wykazano kwotę brutto 1.152.233,02 zł, a winna zostać wykazana kwota 1.152.363,02 zł /różnica - 130 zł), to mało wiarygodne jest, aby Oferent (Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna (...)) nie przystąpił do podpisania umowy i wykonania zadania, o którego wykonawstwo się ubiegał.

W odpowiedzi na złożone odwołanie Rzecznika Obrońca (...) wniósł do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych GKO (dalej: „GKO”) o utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia. Wskazał, iż podnoszony przez Oskarżyciela zarzut, iż dowód, w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona nosi datę 27 maja 2014 r., nie może być brany pod uwagę - nie jest trafny. Data złożenia oświadczenia nie ma znaczenia w sprawie, istotna jest bowiem treść złożonego oświadczenia. Potwierdza bowiem okoliczności, które zaistniały w dniu - i tuż po nim - wyboru najkorzystniejszej oferty i jednoczesnego odrzucenia oferty wykonawcy. Obrońca wskazał, iż gdyby wykonawca był faktycznie zainteresowany udzieleniem mu zamówienia publicznego i wykonaniem przedmiotu zamówienia, posiadał prawo wniesienia odwołania od odrzucenia jego oferty do Krajowej Izby Odwoławczej. Skoro tego nie uczynił, to, zdaniem Obrońcy, nie był zainteresowany udzieleniem mu zamówienia publicznego, co potwierdził w oświadczeniu złożonym w dniu 27 maja 2014 r.

Po przeprowadzeniu w dniu 7 maja 2015 r. rozprawy przy udziale Obrońcy Obwinionego oraz Z-cy Głównego Rzecznika, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, GKO uchyliła zaskarżone orzeczenie i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania.

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

W ocenie GKO, materiał dowodowy zebrany w przedmiotowej sprawie przez Komisję powinien podlegać ponownej weryfikacji. Powyższą konstatację GKO wiąże ze wskazanymi w orzeczeniu RKO motywami uzasadnienia, odnoszącymi się de facto do ogólnego przyjęcia, jako rozstrzygającego, w prowadzonym przed organem pierwszej instancji postępowaniu, dowodu w postaci złożonego w dniu 27 maja 2014 r. oświadczenia oferenta, którego oferta została przez zamawiającego odrzucona, o braku woli udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę świetlicy wiejskiej w (...)” w przypadku poprawienia przez Zamawiającego złożonej przez tegoż wykonawcę oferty.

Odnosząc się do przedmiotu sprawy, w pierwszej kolejności podnieść należy, iż zgodnie z art. 17 ust. 1c uoandfp 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 uoandfp,
- 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.

W przedmiotowej sprawie bezsporny jest fakt 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. Fakt ten został potwierdzony w zaskarżonym orzeczeniu RKO, a podstaw faktycznych i prawnych rozstrzygnięcia w tym zakresie nie kwestionuje Oskarżyciel ani Obwiniony i jego obrońca.

Istota sprawy sprowadza się natomiast do zakwestionowanej przez Rzecznika oceny wpływu stwierdzonego przez RKO naruszenia przepisów Pzp na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z perspektywy złożonego w dniu 27 maja 2014 r. oświadczenia wykonawcy, którego oferta została odrzucona z naruszeniem wskazanych

przepisów, a zatem wystąpienia bądź niewystąpienia drugiej przesłanki, stanowiącej podstawę identyfikacji deliktu z art. 17 ust. 1 c uodnfp.

Niewątpliwie, biorąc pod uwagę zakończenie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na „Budowę świetlicy wiejskiej w (...)” udzieleniem zamówienia publicznego wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwu Budowlano-Handlowemu (...) sp. z o. o. (umowa z dnia 22 marca 2013 r.), istnieją podstawy do rozważań o wpływie odrzuconej - z naruszeniem art. 87 i art. 89 Pzp - oferty Firmy Usługowo Handlowo Produkcyjnej (...) na wynik postępowania.

Należy zauważyć, iż przepisy uodnfp odnoszą się, w zakresie wskazania znamion deliktu z art. 17 ust. 1 c, wyłącznie do strony przedmiotowej naruszenia przepisów Pzp (w przedmiotowej sprawie w związku z nieuprawnionym odrzuceniem oferty) na wynik postępowania. 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. 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. Ocena ta nie została przez organ pierwszej instancji dokonana. W tym kontekście GKO wskazuje na warunkowy tryb złożonego oświadczenia przez (...), odnoszący się do wskazania, iż gdyby oferta została przez Zamawiającego poprawiona wywołałoby to określone postępowanie wykonawcy. Komisja skupiła się na wpływie hipotetycznego stwierdzenia dokonanego przez odrzuconego oferenta w złożonym w dniu 27 maja 2014 r. oświadczeniu o zanegowaniu ewentualnych poprawek przez Zamawiającego, co wg RKO prowadziło do tożsamego wyniku postępowania a zatem wybrania przez Zamawiającego wykonawcy, z którym de facto została zawarta umowa. Stan taki w przedmiotowej sprawie jednak nie wystąpił.

Zdaniem GKO, organ pierwszej instancji nie odniósł się w orzeczeniu do 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 uodnfp. Należy zauważyć, iż zarówno Rzecznik jak i Komisja nie zidentyfikowali momentu, z którym następuje zarzucany czyn z art. 17 ust. 1 c uodnfp. Przyjmując złożone przez odrzuconego oferenta oświadczenie, nie poddano analizie, czy dowód z dnia 27 maja 2014 r. może mieć wpływ na ocenę skutków naruszenia przepisów Pzp

przez Obwinionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Budowa świetlicy wiejskiej w (...)”. Należy wskazać, iż zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp, przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zakreślone jest zatem co do zasady ramą, którą z jednej strony wyznacza data wszczęcia postępowania z drugiej natomiast data zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. W przedmiotowej sprawie postępowanie zostało wszczęte w dniu 8 lutego 2013 r. a zakończone w dniu 22 marca 2013 r. zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przez Zamawiającego.

Ocena przez RKO dowodu, w postaci złożonego przez podmiot - którego oferta została odrzucona z naruszeniem Pzp - oświadczenia, nie może zostać również oddzielona od charakteru prawnego wykonawcy wynikającego z przepisów Pzp. 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). Nie ulega bowiem wątpliwości, iż składając ofertę Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna (...) jako wykonawca miał bezpośredni zamiar, w przypadku wybrania przez Zamawiającego jego oferty, zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W tym kontekście wątpliwości budzą stwierdzenia odrzuconego oferenta zawarte w oświadczeniu z dnia 27 maja 2014 r., w których z jednej strony Pan (...) stwierdza, iż „moja oferta złożona w przetargu na „Budowę Świetlicy Wiejskiej w (...)” zrobiona była dobrze” a z drugiej „w przypadku otrzymania korekty nie zainteresowałbym się tym”.

Rozpoznając ponownie sprawę RKO powinna zatem uwzględnić również, oprócz wskazanej wyżej perspektywy analizy znamion przedmiotowych czynu, przepisy Pzp, odnoszące się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego ram czasowych, jak również przepisy Pzp, określające wpływ złożenia oferty na status prawny wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w aspekcie złożonego w dniu 27 maja 2014 r. oświadczenia.

Sygn. akt BDF1/4900/127/135/RN-33/14
BDF1.4800.11.2015

Stosownie do art. 150 ust. 2 uondfp wskazania Głównej Komisji Orzekającej co do dalszego postępowania są wiążące dla komisji orzekającej, której sprawę przekazano.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.