



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 14 czerwca 2012 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Ireneusz Piasecki (<i>spr.</i>)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Zdzisława Wasążnik
	<i>Członek GKO:</i>	Tomasz Słaboszowski
Protokolant:		<i>Anna Jedlińska</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

(...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z 9 marca 2012 r., sygn. akt: RKO/7101/2/12, którym uznano Obwinionego (...) zam. (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego art. 17 ust. 1 pkt 4 (w dacie popełnienia czynu) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, a obecnie art. 17 ust. 1c tej ustawy, polegającego na udzieleniu w (...), w dniu 5 sierpnia 2009 r. zamówienia publicznego na „Rozbudowę i modernizację budynku Miejskiego Przedszkola z Oddziałami Integracyjnymi nr 2 w (...)” z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), polegającym na odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego (...))

oraz odstąpiono od wymierzenia kary i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł,

1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy:

- 1) uchyla zaskarżone orzeczenie w zaskarżonym zakresie dotyczącym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego art. 17 ust. 1 pkt 4 (w dacie popełnienia czynu) ustawy, a obecnie art. 17 ust. 1c tej ustawy, polegającego na udzieleniu w (...), w dniu 5 sierpnia 2009 r. zamówienia publicznego na „Rozbudowę i modernizację budynku Miejskiego Przedszkola z Oddziałami Integracyjnymi nr 2 w (...)” z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), polegającym na odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego (...),
- 2) na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinionego od tego zarzutu,

2. na podstawie art. 167 koszty postępowania 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

Pismem z 18 kwietnia 2011 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, otrzymał zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miasta (...), złożone przez Zastępcę Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach. Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych we wniosku o ukaranie z 2 grudnia 2011 r. zarzucił panu (...), pełniącemu w dniu popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone:

- w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, polegające na udzieleniu 5 sierpnia 2009 r. zamówienia publicznego

polegającego na „Rozbudowie i modernizacji budynku Miejskiego Przedszkola z oddziałami Integracyjnymi Nr 2 w (...)” z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) – zwanej dalej Pzp, poprzez odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego,

- w art. 8 pkt 1 ustawy, polegające na przekazaniu 30 stycznia 2009 r. dotacji dla Miejskiego Klubu Sportowego „(...)” z naruszeniem art. 14 pkt 6 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2003r. Nr 96, poz. 873 z późn. zm.) oraz postanowienia § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 grudnia 2005 r. w sprawie wzoru oferty realizacji zadania publicznego, ramowego wzoru z wykonania zadania publicznego i wzoru sprawozdania z wykonania tego zadania (Dz. U. z 2005 r. nr 264, poz. 2207), a obecnie § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie wzoru oferty i ramowego wzoru umowy dotyczących realizacji zadania publicznego oraz wzoru sprawozdania z wykonania tego zadania (Dz. U. z 2011 r. Nr 6, poz. 25) poprzez przyjęcie i rozpatrzenie niekompletnej oferty na zadanie publiczne w dziedzinie sportu, kultury fizycznej i rekreacji oraz upowszechniania kultury fizycznej i sportu.

Zastępca Rzecznika wniósł o wymierzenie Obwinionej kary upomnienia.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach po przeprowadzeniu 9 marca 2011 r. rozprawy w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez pana (...) przy udziale Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Obwinionego i jego obrońcy, orzekła o:

- 1) odstąpieniu od wymierzenia kary w zakresie czynu określonego w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, a obecnie w art. 17 ust. 1 c tej ustawy, działając na podstawie art. 36 ust. 1 i 2 ustawy,
- 2) uniewinnieniu pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 8 pkt 1 ustawy, z powodu braku znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zarzucanym czynie,
- 3) zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy obciążeniu pana (...) kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł na rzecz Skarbu Państwa.

W uzasadnieniu orzeczenia Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, co następuje.

W 2009 roku w Urzędzie Miasta (...) przeprowadzono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja budynku Miejskiego Przedszkola z Oddziałami Integracyjnymi nr 2 w (...)”. W toku postępowania na podstawie pisma ZI-2222/13/2009 z 29 maja 2009 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, nakazując w przedmiarze robót w pozycjach 517 - 542 dotyczących dostawy i montażu ścianek systemowych przyjęcie do wyceny ścianki systemowe z płyt HPL zamiast z płyt MDF.

W wyznaczonym terminie ofertę złożyły dwa podmioty:

1. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) z ceną 4.959.142,39 zł,
2. Konsorcjum firm: (...) z ceną 4.991.904,35 zł.

Po dokonaniu otwarcia ofert Zamawiający pismem ZI-2222/13/555/09 z 22 czerwca 2009 r. powiadomił Przedsiębiorstwo Budowlane (...) o poprawieniu oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych „z uwagi na fakt, iż błąd ten mieści się w kategorii omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty” (w kosztorysie ofertowym wykazano w poz. 517 - 542 ściany z płyty MDF zamiast HPL). Wykonawca pismem z 22 czerwca 2009 r. potwierdził, że do wyceny przyjął ceny płyt HPL. Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 czerwca 2009 r. skierowanym do wykonawców wynika, że Zamawiający wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Budowlanego (...). 29 czerwca 2009 r. do Zamawiającego wpłynął protest złożony przez Konsorcjum firm: (...). Przedmiotem protestu było zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) z powodu niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Protestujący uzasadnił konieczność odrzucenia ww. oferty faktem, iż Zamawiający wymagał w SIWZ w poz. 517 - 542 dotyczących dostawy i montażu ścianek systemowych płyt HPL. Wykonawca zaoferował ścianki z płyt MDF. Zmiana żądanego systemu płyt została wprowadzona zmianą do specyfikacji. Zamawiający uznał za zasadny protest i pismem z dnia 6 lipca 2009 r. zawiadomił Przedsiębiorstwo Budowlane (...) o odrzuceniu ofert w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W dniu 14 lipca 2009 r. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) wniosło protest na bezpodstawne odrzucenie oferty protestującego oraz zaniechaniu odrzucenia oferty drugiego wykonawcy. W zakresie odrzucenia jego oferty wykonawca uzasadnił protest między innymi wskazując, że Zamawiający dokonał uprzednio poprawy błędu zawartego w kosztorysie ofertowym, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Protestujący podkreślił również, że wyceniając pozycje od 517 do 542 brał pod uwagę wartość cen płyt HPL (płyta MDF jest pięć razy tańsza od płyty HPL).

17 lipca 2009 r. wpłynęło do Zamawiającego pismo Lidera konsorcjum - (...), będące przystąpieniem do protestu wniesionego przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...). Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z 23 lipca 2009 r. oddalając protest w części dotyczącej bezzasadności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego (...). Zamawiający uwzględnił argument podniesiony przez PPHU (...), jako przystępującego do protestu, zgodnie z którym Przedsiębiorstwo Budowlane (...) nie mogło skutecznie wnieść protestu w zakresie odrzucenia jego oferty ze względu na brak przystąpienia rzez (...) do pierwszego protestu wniesionego przez (...). Powyższe wynikało z art. 181 ust. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Pismem 3 sierpnia 2009 r. Zamawiający zawiadomił ww. konsorcjum o poprawieniu oczywistej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, wskutek czego oferta cenowa została zmieniona na kwotę 4.995.911,61 zł. Wykonawca wyraził zgodę na poprawę omyłki pismem z dnia 4 sierpnia 2009 r. W dniu 5 sierpnia 2009 r. zawarto umowę nr ZI-32/2009 na wykonanie tego zadania.

W ocenie RKO, zachowanie Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było niekonsekwentne i nieprawidłowe. Zamawiający odrzucił ofertę tańszego wykonawcy z powodu zawarcia w treści kosztorysu ofertowego w niektórych pozycjach informacji o zamiarze wykonania ścianek systemowych z płyt MDF zamiast HPL. Początkowo ofertę tańszego wykonawcy uznano za prawidłową i wybrano jako najkorzystniejszą, po dokonaniu poprawy omyłki w treści oferty na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po wniesieniu protestu przez drugiego oferenta, komisja przetargowa odrzuciła ofertę firmy (...) jako niezgodną z treścią SIWZ.

Komisja Orzekająca uznała, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie budzi żadnych wątpliwości co do ustaleń faktycznych.

Skład Orzekający nie podzielił wywodów Obwinionego przedstawionych w wyjaśnieniach z 29 września 2011 r. złożonych na piśmie Rzecznikowi Dyscypliny Finansów Publicznych na etapie postępowania wyjaśniającego, jak również wyjaśnień Pełnomocnika Obwinionego, przedstawionych w toku rozprawy, iż błędy których dopuścił się oferent nie były do poprawienia. Zdaniem Komisji, nie można też przypisać odpowiedzialności za to naruszenie Członkom Komisji Przetargowej (jak sugerowała pani Pełnomocnik na rozprawie). RKO zwraca uwagę, że pan (...) - Burmistrz Miasta (...) nie tylko podpisał 5 sierpnia 2009 r. umowę na realizację zadania, lecz aktywnie uczestniczył w prowadzonym postępowaniu, o czym świadczą podpisane przez Burmistrza pisma dotyczące między

innymi: rozstrzygnięcia protestu, odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Komisji Orzekającej, skoro oferta firmy (...) została skutecznie poprawiona bez wpływu na zmianę ceny, a oferent w piśmie z 22 czerwca 2009 r. potwierdził, że do wyceny pozycji 517 - 542 kosztorysu ofertowego przyjął ceny płyt HPL, to niewątpliwie nie było podstaw do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślenia wymaga, że opisane działanie Zamawiającego miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający odrzucił ofertę najkorzystniejszą.

Opisany stan faktyczny w dacie popełnienia czynu nosił znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy. Obecnie (w wyniku zmiany ustawy, dokonanej ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r.) czyn ten spenalizowany został w art. 17 ust. 1 c tej ustawy.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi (...), który jako kierownik jednostki sektora finansów publicznych zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki. Osoba pełniąca funkcję kierowniczą w jednostce sektora finansów publicznych zobligowana jest do wzmożonej staranności oraz znajomości i przestrzegania przepisów z zakresu finansów publicznych oraz z zakresu udzielania zamówień publicznych. Prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający powinien w sposób jednakowy wobec wszystkich uczestników postępowania egzekwować postawiony warunek. Tylko takie postępowanie gwarantuje przestrzeganie zasady równości i konkurencyjności udzielania zamówień publicznych. Komisja Orzekająca uznała, że do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miasta (...) doszło wskutek braku dołożenia szczególnej staranności wymaganej od kierownika jednostki w zaistniałych okolicznościach. Zabrakło także w działaniach Obwinionego właściwego nadzoru nad pracownikami bezpośrednio zajmującymi się udzielaniem zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca, biorąc jednak pod uwagę okoliczności popełnienia czynu, stopień jego szkodliwości dla ładu finansów publicznych oraz dotychczasową niekaralność Obwinionego, uznała za możliwe zastosowanie przesłanek wynikających z art. 36 ust. 1 i 2 i postanowiła odstąpić od wymierzenia kary wobec pana (...). Zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, sam fakt prowadzenia postępowania w niniejszej sprawie spełnił cel postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jakim jest cel zapobiegawczy.

Drugi zarzut postawiony panu (...) dotyczył czynu określonego w art. 8 pkt 1 ustawy,

tj. przekazania lub udzielenia dotacji z naruszeniem zasad lub trybu przekazywania lub udzielania dotacji. Komisja Orzekająca I instancji na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy, postanowiła uniewinnić Obwinionego (...) od ww. zarzutu.

Rozstrzygając o kosztach RKO działała na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy i obciążyła pana (...) zwrotem kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł na rzecz Skarbu Państwa, ponieważ każda osoba uznana za odpowiedzialnego, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi koszty postępowania.

Od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej, 12 kwietnia 2012 roku odwołanie wniósł Obwiniony, zarzucając orzeczeniu błąd w ustaleniach faktycznych i błędnej interpretacji art. 17 ust. 1 c ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Obwiniony w swoim odwołaniu odniósł się do pkt 1 i 3 orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji.

W uzasadnieniu do odwołania Obwiniony podniósł, że rozstrzygnięcie Komisji Orzekającej I instancji jest nieuzasadnione i dla Obwinionego krzywdzące, a w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia Pzp. Zdaniem Obwinionego, w toku postępowania słusznie odrzucono ofertę Przedsiębiorstwa Budowlanego (...), bowiem PB (...). w swojej ofercie uwzględniło inny materiał niż ten, który zakładała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. W SIWZ Zamawiający (Gmina (...)) przewidziała wykonanie prac z płyt HPL, a oferent (PB (...)) w swojej ofercie zaproponował płyty MDF. Taka niezgodność nie mogła być przez Zamawiającego uznana za omyłkę, którą mógłby on poprawić w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dlatego też konieczne stało się odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Obwiniony nie zgodził się z poglądem że, w toku ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego działał niekonsekwentnie i nieprawidłowo. Zarówno sam Obwiniony, jak i członkowie powołanej przez niego Komisji Przetargowej mieli przede wszystkim na względzie interes Gminy (...), w imieniu której działali, dlatego też początkowo dokonali interpretacji zgodnej z jej interesem i wybrali najkorzystniejszą pod względem cenowym ofertę, tj. ofertę PB (...). Biorąc pod uwagę nieprecyzyjność zapisów ustawowych i szerokie pole interpretacyjne, taka decyzja wydawała się w pierwszym etapie postępowania jak najbardziej słuszna i uzasadniona. Jednakże na

skutek złożonego protestu, konieczna stała się zmiana stanowiska Zamawiającego, bowiem protestujący oferent - Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo-Usługowe (...) przedstawił przekonujące argumenty m.in. w postaci orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przesądzające o kierunku interpretacyjnym wskazanych wyżej przepisów Pzp. Najbardziej aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej również potwierdza stanowisko zajęte ostatecznie przez Zamawiającego, w postaci odrzucenia oferty PB (...) (wyrok KIO/UZP 1792/09 z 29 stycznia 2010 r. i wyrok KIO/1420/10 z 20 lipca 2010 r.) .

W ocenie Obwinionego, w analizowanej sprawie trudno przypisać mu jakąkolwiek odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w sytuacji, kiedy, działając na podstawie budzącej szereg wątpliwości interpretacyjnych ustawy, zastosował wykładnię powszechnie przyjmowaną przez organ, który został ustawowo powołany de facto do rozstrzygnięcia wątpliwości, co do interpretacji Pzp.

Obwiniony podkreślił ponadto, że zgodnie z art. 24 ustawy, 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.

W ocenie Obwinionego, względniejsza jest ustawa w nowym brzmieniu, tj. obowiązującym od dnia 11 lutego 2012 r., a przedstawiony mu zarzut należy rozpatrywać na gruncie art. 17 ust. 1 c ustawy. Przepis art. 17 zmienił swoje brzmienie po nowelizacji, bowiem wcześniej spenalizowane były szerzej działania związane z udzieleniem zamówienia. Obecnie precyzyjnie wymienione zostały czynności związane z udzieleniem zamówienia (wśród, których nie ma tej zarzucanej Obwinionemu), natomiast w art. 17 ust. 1 c ustawy, mowa jest o innym (niż samo udzielenie zamówienia) naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych. W tym kontekście, Obwiniony nie był już wyłącznym decydem i osobą podejmującą określone czynności, bowiem dochowując należytej staranności powołał Komisję Przetargową, w skład, której weszły osoby z odpowiednimi kwalifikacjami i doświadczeniem w zakresie postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Obwiniony wniósł o uniewinnienie od zarzutu popełnienia czynu polegającego na udzieleniu 5 sierpnia 2009 r. zamówienia publicznego polegającego na „Rozbudowie i modernizacji budynku Miejskiego Przedszkola z oddziałami Integracyjnymi Nr 2 w (...)” z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa

Budowlanego (...), w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego.

Główna Komisja Orzekająca na rozprawie, która odbyła się 14 czerwca 2012 r. uwzględniła stanowisko Zastępcy Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Pawła Laudańskiego, wnioskującego o uwzględnienie odwołania złożonego przez Pełnomocnika Obwinionego i uchyliła w zaskarżonym zakresie orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji uniewinniając Obwinionego.

GKO na podstawie zgromadzonych dokumentów, podzieliła podniesiony w odwołaniu Pełnomocnika Obwinionego zarzut dokonania przez Regionalną Komisję Orzekającą niewłaściwej interpretacji art. 87 ust 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, w przedmiotowym stanie faktycznym.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego (...), było właściwym zachowaniem obwinionego. W ofercie tej bowiem PB (...). uwzględniło inny materiał niż ten, który zakładała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. W SIWZ Zamawiający (Gmina (...)) przewidziała wykonanie prac z płyt HPL, a oferent (PB (...)) w swojej ofercie zaproponował płyty MDF. Taka niezgodność nie mogła być przez Zamawiającego uznana za omyłkę, którą mógłby on poprawić w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dlatego też konieczne stało się odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. GKO podzieliła stanowisko wynikające z komentarza autorstwa Justyny Olszewskiej-Stompel, z którego wynika, że „(...) gdy wykonawca wskazuje inne materiały niż żądane przez Zamawiającego lub brak pewnego zakresu prac w ofercie wykonawcy, w szczególności brak wycenionych materiałów budowlanych, które nie występują w innych pozycjach kosztorysowych lub zestawieniu materiałów budowlanych w ofercie wykonawcy, bądź też materiały te mają inne parametry, a tym samym nie jest znana ich cena jednostkowa. Zamawiający nie może bowiem wskazywać ceny jednostkowej za poszczególne zastosowane przez Wykonawcę materiały byłoby to bowiem istotną i niedozwoloną ingerencją Zamawiającego w treść oferty wykonawcy”.

Tezę tę potwierdza także wyrok z 23 grudnia 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. Akt KIO/UZP 1444/08, w którym, w ocenie Izby, popełnione przez Odwołującego błędy (polegające na zastosowaniu w kosztorysie niewłaściwego materiału) nie są omyłkami podlegające poprawie na podstawie ww. regulacji. W uzasadnieniu tego wyroku czytamy, że

„Niezgodności te nie stanowią omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Chcąc poprawić ww. błędy Zamawiający zmuszony byłby wskazać ceny jednostkowe za pręty o innej niż wycenione przez Odwołującego średnicy. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne – jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest Wykonawca. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej jego wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości, lub ceną przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą, na co z kolei nie pozwala art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Twierdzenie Odwołującego zawarte w treści protestu, iż cena za pręty o różnej średnicy jest jednakowa nie może się ostać (...)”.

Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyroku z 29 stycznia 2010 r. Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO/UZP 1792/09, w którym w adekwatnej sytuacji czytamy, „W ocenie Izby zaistniałe omyłki nie są omyłkami, które mogą być poprawione przez Zamawiającego w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Są to co prawda omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże ich poprawienie spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty. Podkreślić należy, iż urządzenia zaoferowane przez odwołującego się stanowiły elementy składające się na przedmiot zamówienia, tj. stanowiły o tym, w jaki sposób wykonawca miałby wykonać zobowiązanie. Zdaniem Izby wskazanie urządzeń, jakie wykonawca obowiązuje się zastosować przy wykonywaniu zamówienia ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. W tej sytuacji wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści, a to ze względu na to, że zmiany dotyczyć będą *essentialia negotii* oferty. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż zmiany te dotyczą tylko sześciu elementów kosztorysu. Tym samym, wobec braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

GKO rozpatrując odwołanie złożone przez Obwinionego, zgodnie z orzeczeniem Głównej Komisji Orzekającej z 11 maja 2006 r. DF/GKO/Odw.-105/138-139/2005/77 *Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych Nr 4/2006*, opierając się na materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, stwierdza, że dla przypisania Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art.

17 ust. 1 pkt 4 (teza zachowuję aktualność w obecnym stanie prawnym w odniesieniu do art. 17 ust 1 c) ustawy, należy ustalić:

- czy udzielono zamówienia publicznego,
- czy w toku postępowania w sprawie zamówienia publicznego, naruszono konkretny przepis lub przepisy o zamówieniach publicznych.

Nie budzi wątpliwości, że w objętej postępowaniem sprawie doszło do udzielenia zamówienia publicznego, czego nie kwestionuje sam Obwiniony. GKO jednoznacznie wskazuje, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na „Rozbudowie i modernizacji budynku Miejskiego Przedszkola z oddziałami Integracyjnymi Nr 2 w (...)” nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a odrzucenie oferty było prawidłowym działaniem w tym stanie faktycznym. W związku z tym, w ocenie Głównej Komisji Orzekającej, w zarzucanym Obwinionemu czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W omawianym stanie faktycznym doszło do odrzucenia oferty, jednakże takie działanie nie miało charakteru naruszenia dyscypliny finansów publicznych i nie zostały wyczerpane przesłanki wynikające z art. 17 ust. 1 pkt 4 (obecnie art. 17 ust 1c) ustawy. Dlatego też stosownie do art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 78 ust 3 ustawy, GKO orzekła o uniewinnieniu Obwinionego.

Odnosząc się do kwestii przedstawionej przez Pełnomocnika Obwinionego w odwołaniu, że, w jego ocenie, względniejsza jest ustawa w nowym brzmieniu, tj. obowiązującym od dnia 11 lutego 2012 r. (art. 17 ust. 1 c ustawy), GKO w świetle uznania, iż czyn zarzucany Obwinionemu nie ma znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych uznaje, iż bezzasadne jest czynienie rozważań, czy względniejszy dla Obwinionego jest zapis art. 17 ust 1 pkt 4 ustawy obowiązujący przed 11 lutego 2012 r., czy też art. 17 ust 1 c ustawy obowiązującego od tej daty.

W świetle art. 24 ustawy, 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. Aby GKO mogła wskazać, które przepisy są względniejsze dla sprawcy musiałoby dojść do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, do którego w omawianej sprawie nie doszło.