



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 20 września 2018 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Sławomir Franek
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anny Rotter**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2018 r. odwołania wniesionego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzuczonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję I Zastępcy Prezydenta Miasta (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. akt RKO/7100/20/18, którym uznano Obwinionego (...) winnym popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych z **art. 17 ust. 1 c** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1311 ze zm.) poprzez to, że w (...) w dniu 21 listopada 2013 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta (...)” (znak: WGK.271.01.71.2013) zaniechał odrzucenia oferty nr 4, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na manipulację cenami jednostkowymi, a która została wybrana jako korzystniejsza od trzech innych ważnych ofert złożonych w tym postępowaniu, co naruszało art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458) utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: RKO/7100/20/18 Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach [zwana także: Komisja I instancji lub RKO] uznała obwinionego - (...) odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej: uondfp) polegającego na tym, że cyt: „w (...) w dniu 21 listopada 2013 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta (...)” (znak: WGK.271.01.71.2013) zaniechał odrzucenia oferty nr 4, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na manipulację cenami jednostkowymi, a która została wybrana jako korzystniejsza od trzech innych ważnych ofert złożonych w tym postępowaniu, co naruszało art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) (dalej: ustawa Pzp), co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)”. Za ten czyn RKO wymierzyła karę upomnienia i na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp obciążyła kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO wskazała, co następuje:

Do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wpłynęło zawiadomienie UZP/DKD/PWKZ/421/40/14/15/MJ z dnia 21 stycznia 2016 r. o okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miejskim w (...), złożone przez Zastępcę Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej, działającego z upoważnienia p.o. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W zawiadomieniu opisano okoliczności wskazujące na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Urzędzie Miasta

Sygn. akt BDF1.4800.65.2018

(...), ujawnione w trakcie przeprowadzania przez Prezesa UZP kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta (...)”. Na podstawie ww. zawiadomienia Rzecznik wszczął w dniu 4 maja 2016 r. postępowanie wyjaśniające wobec p. (...), który w czasie popełnienia czynu pełnił funkcję I Zastępcy Prezydenta Miasta (...). Postępowanie wyjaśniające zostało zawieszono postanowieniem Rzecznika z dnia 19 maja 2016 r. w związku z postępowaniem dotyczącym udzielenia ww. zamówienia, prowadzonym przez Prokuraturę Rejonową (...) a następnie ponownie podjęte postanowieniem z dnia 27 lutego 2018 r. W jego wyniku Rzecznik skierował do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach wniosek z dnia 28 lutego 2018 r. o ukaranie p. (...) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. 17 ust. 1c uoondfp, które polegało na naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta (...)” (znak: WGK.271.01.71.2013) odrzucenia oferty nr 4, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na manipulację cenami jednostkowymi, a która została wybrana jako korzystniejsza od trzech innych ważnych ofert złożonych w tym postępowaniu. Formułując zarzut tej treści Rzecznik kierował się następującym stanem faktycznym:

W dniu 24 października 2013 r. w Urzędzie Miejskim w (...) wszczęto postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia pn. „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta (...)” (znak: WGK.271.01.71.2013). Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 780.147 zł. Zgodnie z treścią siwz przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było:

- wycięcie drzew różnych gatunków i o różnej średnicy pnia, w tym drzew przydrożnych lub stanowiących zagrożenie bezpieczeństwa ludzi i mienia (należało uwzględnić wszelkie utrudnienia wynikające z usytuowania drzew w zabudowie, jak i kolizję z napowietrzną linią energetyczną, itp.) przy użyciu podnośnika mechanicznego i metodą alpinistyczną;
- interwencyjne usuwanie drzew, spowodowane między innymi zjawiskami atmosferycznymi, itp.;
- wykonanie zabiegów pielęgnacyjnych w drzewostanie, w tym cięć pielęgnacyjnych – sanitarnych i technicznych oraz awaryjne usunięcie złamanych, pękniętych lub rozszczepionych konarów drzew stanowiących zagrożenie bezpieczeństwa ludzi i mienia (należało uwzględnić wszelkie utrudnienia wynikające z usytuowania drzew w zabudowie jak i kolidowanie z infrastrukturą liniową, itp.);

Sygn. akt BDF1.4800.65.2018

- frezowanie pni drzew wskazanych przez zamawiającego;
- uprzątnięcie wykrotów i wiatrołomów;
- usuwanie odrostów drzew.

Opis sposobu obliczenia ceny zawarto w pkt. 12 siwz. Ustalono w nim, że wykonawca wpisze ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji wyszczególnionych w załączniku nr 8 wyliczone metodą kalkulacji własnej, a następnie wyliczy wartości netto poszczególnych pozycji dla zakresu rzeczowego i cen jednostkowych wyszczególnionych w załączniku 9 – „Kosztorys ofertowy” i wpisze sumę dla wszystkich pozycji w poz. „Suma wartości netto”. Suma ta stanowiła podstawę obliczenia kosztu świadczenia usługi w ciągu jednego roku, a dwukrotność kosztu świadczenia usługi brutto (dwa lata) stanowiła cenę ofertową. Ustalono równocześnie, że zamawiający będzie realizował zamówienie do wysokości kwoty, którą zamierza przeznaczyć na ten cel, zakres rzeczowy będzie wynikał z bieżących potrzeb, a do rozliczenia posłużą ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności wyszczególnione przez wykonawcę w załączniku nr 8. Zgodnie z dz. II pkt 6 i 7 „Opis przedmiotu zamówienia” siwz wyceny jednostkowe będące kalkulacją własną wykonawcy miały obejmować wszelkie żądane koszty oraz uwzględniać ewentualny wzrost kosztów świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia. W dz. II „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 2. 3. „Ogólne zasady obmiaru powykonawczego” siwz zamawiający wskazał, że rozliczenie za wykonanie usługi odbywać się będzie kosztorysem powykonawczym sporządzonym na podstawie cen jednostkowych zawartych w złożonej ofercie. Podstawą płatności będzie cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę. Cena jednostkowa miała uwzględniać wszystkie czynności składające się na wykonanie i wymagania określone dla tej usługi. W przetargu złożono 4 oferty złożone przez wykonawców:

- 1) Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni (...) - z ceną 700.941,60 zł brutto;
- 2) Zakład Usług Czystościowych i Komunalnych (...) - z ceną 649.177,20 zł brutto;
- 3) (...) - z ceną 651.790,80 zł brutto;
- 4) Zakład Usług Komunalnych (...) - z ceną 393.913,80 zł brutto.

Nie wykluczono żadnego wykonawcy i nie odrzucono żadnej oferty. Jedynym kryterium oceny ofert była cena. W protokole ZP-PN zamawiający określił kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 702 132,30 zł brutto. Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy Zakład Usług Komunalnych (...) z ceną 393.913,80 zł. Wykonawca ten w ofercie przedłożył wymagane siwz załączniki nr 8 i nr 9. Zamawiający dokonał analizy zaproponowanej przez ww. wykonawcę ceny ofertowej oraz

wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedłożył kalkulacje indywidualne dotyczące pozycji wskazanych w załączniku nr 8 do oferty. Pismem z dnia 21 listopada 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych (...) jako najkorzystniejszej. W wyniku analizy cen jednostkowych uwzględnionych w załączniku nr 8 i nr 9 do wybranej oferty Rzecznik doszedł do wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca dopuścił się manipulowania cenami jednostkowymi, bowiem skonstruował cenę oferty na podstawie kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty) w taki sposób, aby umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, a tym samym pozyskanie niniejszego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy dokonywali wyliczenia ceny ofertowej na podstawie kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty), a zamawiający na jego podstawie dokonywał porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast, ostateczne wynagrodzenie wykonawcy było ustalane na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w wykazie „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” (załącznik nr 8 do oferty) za faktycznie zrealizowane usługi. Ceny jednostkowe wyszczególnione w załączniku nr 8 stanowiły podstawę skalkulowania rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający wymagał podania ceny łącznej oferty wyliczonej na podstawie kosztorysu ofertowego, jednakże wynagrodzenie należne wykonawcy miało zostać naliczone za faktycznie wykonane usługi w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w załączniku nr 8 do oferty. Ilość poszczególnych prac wchodzących w zakres zamówienia miała wynikać z bieżących potrzeb zamawiającego w trakcie realizacji umowy, z wydanych decyzji administracyjnych na wycinkę drzew, pism mieszkańców - interwencji w sprawie pielęgnacji czy prześwietlenia drzew, konieczności usuwania wiatrołomów czy drzew stwarzających bezpośrednie zagrożenie życia i zdrowia. W ocenie Rzecznika wykonawca manipulował cenami jednostkowymi w ten sposób, że wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym i stanowiły podstawę wyceny oferty. Natomiast, pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone. W efekcie tej manipulacji część z cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy jest absurdalnie niska w porównaniu do stawek rynkowych, pozostała część jest z kolei nieproporcjonalnie wyższa od tych stawek. W efekcie sposób skalkulowania ceny oferty

przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych (...) czynił jego ofertę najtańszą. Rzecznik zauważył jednak, że ilość poszczególnych usług została określona szacunkowo i przy realizacji zamówienia mogła znacznie odbiegać od założeń zamawiającego, a przy skalkulowanym w ten sposób przez wykonawcę wykazie cen jednostkowych zagrazać to mogło nie tylko interesom innych wykonawców, ale również zamawiającego. W ocenie Rzecznika manipulowanie cenami przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych (...) doprowadziło do wypaczenia wyników przetargu i naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Działanie tego wykonawcy Rzecznik zakwalifikował jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1. sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
2. nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
3. rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
4. pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
5. działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Rzecznik zauważył, że zawarty w tym przepisie katalog czynów nieuczciwej konkurencji jest katalogiem otwartym, stąd za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane każde zachowanie wykonawcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nawet jeżeli nie zostało ono wprost uznane za czyn nieuczciwej konkurencji określony w rozdziale 2 ww. ustawy. W konsekwencji Rzecznik zarzucił zamawiającemu, zaniechanie obligatoryjnego odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Naruszenie to niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem doprowadziło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego ofertę należało odrzucić. Tym samym zamówienia udzielono z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 upzp. Tym samym w ocenie Rzecznika spełnione zostały przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uodfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób

Sygn. akt BDF1.4800.65.2018

niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia. W tym przypadku zamówienia udzielono wybranemu wykonawcy w dniu 26 listopada 2013 r. na podstawie umowy nr WGK.272.01.39.2013. Naruszenie zostało popełnione w dniu 21 listopada 2013 r. tego dnia bowiem zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych (...).

Komisja Orzekająca uwzględniając materiał dowodowy zebrany w sprawie, w tym pisemne wyjaśnienia Obwinionego z dnia 27 marca 2018 r., oraz dokonując oceny przedstawionego stanu faktycznego sprawy, w kontekście powołanego we wniosku o ukaranie przepisu art. 17 ust. 1c uondfp w pierwszej kolejności ustaliła, że przepis art. 24 uondfp nie znajduje zastosowania albowiem zarówno w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie orzekania obowiązuje stan prawny, który nie uległ zmianie w taki sposób, aby wywierałoby to wpływ na sytuację prawną Obwinionego. Komisja Orzekająca uznała, że bez wątplenia doszło w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta (...)” (znak: WGK.271.01.71.2013) do manipulacji cenami jednostkowymi w ofercie nr 4, złożonej przez Zakład Usług Komunalnych (...). Wykonawca składający ww. ofertę manipulował cenami jednostkowymi w ten sposób, że wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” (załącznik nr 8 do oferty) wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 9 do oferty) i stanowiły podstawę wyceny oferty. Natomiast, pozostałe pozycje, nieuwzględnione w kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone. Przykładowo lp. 3 w załączniku nr 8 do oferty podano:

- pielęgnacja drzew metodą alpinistyczną (w warunkach normalnych) - średnica pnia 16-20 cm. cena 500 zł, średnica pnia 21-30 cm cena 1.500 zł, średnica pnia 31-40 cm cena 45 zł,
- pielęgnacja drzew metodą alpinistyczną (w warunkach utrudnionych) - średnica pnia 16-20 cm. cena 500 zł, średnica pnia 21-30 cm cena 1.500 zł, średnica pnia 31- 40 cm cena 2.500 zł, średnica pnia ponad 41 cm cena 60 zł.

W konsekwencji w kosztorysie ofertowym uwzględniono tylko niższe ceny jednostkowe. Zamawiający wymagał podania ceny łącznej oferty wyliczonej na podstawie kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty), jednakże wynagrodzenie należne wykonawcy miało zostać naliczone za faktycznie wykonane usługi w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w załączniku nr 8 do oferty, przy czym ilość poszczególnych prac wchodzących w zakres zamówienia miała wynikać z bieżących potrzeb zamawiającego w trakcie realizacji umowy, z

Sygn. akt BDF1.4800.65.2018

wydanych decyzji administracyjnych na wycinkę drzew, pism mieszkańców - interwencji w sprawie pielęgnacji czy prześwietlenia drzew, konieczności usuwania wiatrołomów czy drzew stwarzających bezpośrednie zagrożenie życia i zdrowia. Sposób skalkulowania ceny oferty przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych (...) czynił jego ofertę tańszą od pozostałych złożonych ofert, choć tylko pozornie, gdyż ilość poszczególnych usług została określona szacunkowo i w ocenie Komisji Orzekającej przy realizacji zamówienia mogła znacznie odbiegać od założeń zamawiającego. Komisja Orzekająca podkreśliła, że zgodnie z postanowieniami dz. II pkt 6 i 7 „Opis przedmiotu zamówienia” siwz wyceny jednostkowe będące kalkulacją własną wykonawcy powinny być objąć wszelkie żądane koszty, w tym:

- pracy ludzi i sprzętu;
- zabezpieczenia terenu poprzez właściwe oznakowanie miejsc prowadzenia robót;
- zakupu i transportu materiałów niezbędnych do wykonania prac;
- obsługę administracyjną i logistyczną;
- podatki i opłaty urzędowe;
- inne opłaty w tym koszty utylizacji, które będą niezbędne w celu kompletnego i terminowego wykonania prac.

Wyceny jednostkowe miały również uwzględniać ewentualny wzrost kosztów świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia. W ocenie Komisji Orzekającej te postanowienia siwz miały spowodować rzetelną kalkulację cen jednostkowych i uniemożliwić przenoszenie kosztów na inne pozycje cen jednostkowych. Zatem zupełnie absurdalnie niskie i nielogiczne, zdaniem Komisji Orzekającej są niektóre ceny jednostkowe wskazanych w ofercie wykonawcy w szczególności te, które stanowią podstawę wyceny oferty w porównaniu do tych cen, które tej podstawy nie stanowiły, a które z kolei były absurdalnie wysokie w porównaniu z cenami rynkowymi oferowanymi przez pozostałych oferentów. Różnice cenowe oferowane przez pozostałych oferentów były niewielkie w porównaniu do oferty wykonawcy zamówienia np. pozycja obejmująca pielęgnację drzew przy wykorzystaniu podnośnika montażowego dla średnicy drzewa ponad 41 cm w warunkach normalnych została wyceniona przez Zakład Usług Komunalnych (...) w załączniku nr 8 na 2000 zł, podczas, gdy w ofertach pozostałych wykonawców pozycja ta została wyceniona pomiędzy 150-200 zł, natomiast ta sama pozycja w warunkach utrudnionych (ale za to uwzględniona już przez zamawiającego w kosztorysie ofertowym) została wyceniona przez tego pierwszego wykonawcę na 60 zł, a pozostali wykonawcy wycenili ją pomiędzy 131-199 zł. Zdaniem RKO, nie ulega wątpliwości, że wykonawca skonstruował cenę oferty nr 4 na podstawie

kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty) w taki sposób, aby umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami, a tym samym pozyskanie niniejszego zamówienia, gdyż jedynym kryterium wyboru w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia była cena. Zatem działanie tego wykonawcy należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powołanego art. 15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. RKO wskazała ponadto, na art. 3 ust. 1 tej ustawy zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zatem, za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane każde zachowanie wykonawcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta nawet jeżeli nie zostało ono wprost stypizowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w przepisach ustawy. W ocenie Komisji Orzekającej ustalenie w ofercie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych wyłącznie po to aby skalkulować cenę oferty w taki sposób by uzyskać zamówienie a jednocześnie wykorzystanie niedookreślonych przez Zamawiającego ilości usług jakie rzeczywiście będą wykonywane po to aby wykonać je po wyższej cenie, aniżeli odpowiadające regułem rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie. Mechanizm przyjęty przez wykonawcę nie miał na celu zaoferowanie najkorzystniejszych warunków dla zamawiającego, czy też konkurowanie ceną lecz uzyskanie zamówienia. Miał on na celu również utrudnienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, którzy zgodnie z siwz skalkulowali ceny za poszczególne usługi i zagrażał interesom samego zamawiającego bowiem rozliczenie faktycznie wykonanych usług mogło spowodować znaczny wzrost wynagrodzenia przy uwzględnieniu cen nieobjętych kosztorysem inwestorskim. RKO stwierdziła, że konsekwencją złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji był obowiązek zamawiającego do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawa Pzp. Naruszenie przez zamawiającego tego obowiązku niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż zamówienia udzielono wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. Tym samym zamawiający naruszył w przedmiotowym postępowaniu podstawowe zasady udzielania zamówień wymienione w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Jednocześnie ww. czynem zamawiający spełnił przesłanki przedmiotowe naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uoondfp. Zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1 b i 1 ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej. RKO podała,

Sygn. akt BDF1.4800.65.2018

że zamówienia udzielono w dniu 26 listopada 2013 r. na podstawie umowy nr WGK.272.01.39.2013 firmie Zakład Usług Komunalnych (...). Wskazanie (...), który w czasie popełnienia czynu był I Zastępcą Prezydenta Miasta (...), jako osoby odpowiedzialnej za popełnienie naruszenia wynika z następujących okoliczności:

– Obwiniony był uprawniony do wykonywania w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego na podstawie § 4 załącznika nr 1 do zarządzenia Prezydenta Miasta (...) Nr 1059 z dnia 8 grudnia 2011 r., zmienionego zarządzeniem nr 144 z dnia 18 lutego 2013 r.; ww. zarządzenie zawierające powierzenie czynności zostało wydane na podstawie art. 18 ustawy Pzp,

– Obwiniony działając na podstawie upoważnienia zatwierdził informację o wyborze oferty (pismo z dnia 21 listopada 2013 r.); w ramach powierzenia czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego Obwiniony był uprawniony do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty,

- Odpowiedzialność Obwinionego oparta jest na przepisach art. 18 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 4 ust. 1 pkt 3 uodnfp.

(...) złożył wyjaśnienia na piśmie z dnia 27 marca 2018 r. które podtrzymał na rozprawie. Obwiniony podkreślał, że dochował najwyższej staranności przy przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia powołując w skład komisji przetargowej najlepszych jakimi dysponował specjalistów wśród pracowników urzędu miasta. Jednocześnie przyznaje, że przed zatwierdzeniem dokumentacji z postępowania zapoznał się z nią i uznał, że proces postępowania był prawidłowy. Podkreślał ponadto, że oferta wyłonionego w przetargu wykonawcy była badana pod kątem rażąco niskiej ceny, ale nie stwierdzono w tym zakresie nieprawidłowości. Podobnie rzecz się miała z weryfikacją oferty. W ocenie Komisji Orzekającej ustalony stan faktyczny wskazuje, że Obwiniony nie działał w zamiarze popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jednak popełnił je wskutek niedochowania należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, albowiem był świadomy wątpliwości dotyczących cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy Zakład Usług Komunalnych (...), ponieważ oferta ta była badana w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod kątem rażąco niskiej ceny. Wina Obwinionego w tym przypadku polegała na zaniechaniu zbadania oferty pod kątem możliwości uznania jej za czyn nieuczciwej konkurencji. Komisja Orzekająca nie znalazła dowodu na poparcie podnoszonego w złożonych wyjaśnieniach przez Obwinionego twierdzenia o badaniu oferty wykonawcy pod kątem dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji. Komisja ma świadomość, że wprowadzenie czynności polegające na badaniu ofert w postępowaniu

wykonywali członkowie komisji przetargowej, jednak nie zwalnia to osoby wykonującej czynności kierownika zamawiającego od analizy ofert, szczególnie oferty wybranej. Zaniechanie to należy więc uznać za niedopełnienie obowiązków przez Obwinionego. W ocenie Komisji Orzekającej analiza formularzy ofertowych, stanowiących załączniki nr 8 i 9 do oferty wybranego wykonawcy powinna wywołać wątpliwości co do rzetelności cen jednostkowych ze względu na duże i nieuzasadnione różnice cen za niemal identyczne czynności. Orzekając wymiar kary za zarzucane naruszenie dyscypliny finansów publicznych, RKO podała, że wzięła pod uwagę wagę naruszonych obowiązków, okoliczności czynu oraz dotychczasową niekaralność Obwinionego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz uwzględniła fakt, że Obwiniony działał nieумыślnie w przeświadczeniu, że oferta jest prawidłowa ze względu na brak informacji o jej niezgodności z prawem od członków komisji przetargowej. Mając na uwadze wszystkie powyższe ustalenia Komisja Orzekająca uznała, że kara upomnienia spełni w stosunku do Obwinionego cele zapobiegawcze i dyscyplinujące.

Odwołanie od orzeczenia RKO wniósł obrońca Obwinionego radca prawny (...) zaskarżając to orzeczenie w całości na jego korzyść. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie przepisu art. 17 ust. 1c uoandfp z uwagi na uznanie, że działanie Obwinionego było sprzeczne z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazując na powyższe naruszenie wniósł o uchylenie orzeczenia i uniewinnienie Obwinionego, ewentualnie - uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania organowi I instancji. W uzasadnieniu wskazał przede wszystkim, że: cyt.: „Regionalna Komisja Orzekająca poczyniła prawidłowe ustalenia faktyczne, jednakże wywiodła z nich nieprawidłowe wnioski co do odpowiedzialności obwinionego. W pierwszej kolejności trzeba zwrócić uwagę, że obwiniony nie może odpowiadać za nieodrzućenie oferty nr 4 (złożonej przez Zakład Usług Komunalnych (...)), sporządzonej zgodnie z wymogami/wskazaniami SIWZ. Można pokusić się o stwierdzenie, że „grzechem pierworodnym" przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zapisy SIWZ pozwalające aby nie wszystkie ceny jednostkowe były uwzględnione w kosztorysie ofertowym. W efekcie takiego skonstruowania SIWZ przez zamawiającego, wykonawca (Zakład Usług Komunalnych (...)) złożył ofertę naznaczoną (dla niego) ogromnym ryzykiem gospodarczym. Trzeba mieć na uwadze, że gdyby okazało się, że w toku realizacji umowy byłyby wykonywane tylko (bądź w większości) czynności nisko wyszacowane przez wykonawcę, to najprawdopodobniej jego zysk byłby znikomy. Wykonawca korzystając ze sposobności jaką dały mu wymogi SIWZ, skonstruował ofertę pozwalającą mu wygrać przetarg. Wszyscy wykonawcy sporządzili załączniki nr 8 i 9 do

ofert zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Z perspektywy czasu można zarzucić zamawiającemu, że dopuścił do sytuacji umożliwiającej „inżynierię cenową”, która w powiązaniu z ryzykownymi założeniami oferenta utrudniły wybór realnie najkorzystniejszej oferty. Po latach można snuć rozważania jakie powinny być wymogi SIWZ i jak powinna być skonstruowana oferta i co powinno być oceniane, ale w czasie prowadzenia postępowania wszyscy jego uczestnicy (w tym Obwiniony) poruszali się w granicach wyznaczonych m.in. przez SIWZ. Zatem obwiniony miał za zadanie ocenić oferty sporządzone zgodnie z wymogami SIWZ. Nie mógł kwestionować (odrzucać) oferty sporządzonej według schematu dopuszczalnego przez SIWZ. W tych okolicznościach próbując zdefiniować na czym miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji ze strony Zakładu Usług Komunalnych (...), można stwierdzić, że tym czynem było zawyżenie cen na czynności nie uwzględnione w kosztorysie ofertowym (zał. nr 9). Jest to chyba odosobniony przypadek nieuczciwej konkurencji utrudniającej dostęp do rynku poprzez zawyżenie cen. Za zwyczaj droższy oferent sam siebie eliminuje w rynku, pozostawiając go tańszemu wykonawcom”.

W odwołaniu podkreślono, że samo sporządzenie oferty zgodnej ze wskazaniem SIWZ nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji oraz, że być może Obwiniony jest odpowiedzialny za nieprawidłowe przygotowanie SIWZ, natomiast nie jest odpowiedzialny za czyn zarzucany mu przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych. Wskazano na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 28 września 2015 BDF1.4800.95.2015, które zawiera (zdaniem obrońcy) m.in. następujące tezy:

1. Postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest postępowaniem quasi karnym, w którym zasadnicze znaczenie ma zasada *in dubio pro reo*. Ta reguła dotyczy nie tylko dokonanych ustaleń faktycznych w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale może odnosić się także do wątpliwości natury prawnej.

2. Zastosowanie błędnie opisanego kryterium wyboru ofert nie może być kwalifikowane jako czyn penalizowany w art. 17 ust. 1 pkt 4 czy też w art. 17 ust. 1c uoondfp.

Podkreślono również, że RKO dokonała nieprawidłowego utożsamienia działania zmierzającego do uzyskania zamówienia publicznego z czynem nieuczciwej konkurencji. Oczywistym jest, że Zakład Usług Komunalnych (...) dążył do uzyskania zamówienia i siłą rzeczy nie chciał aby zamówienie przypadło innym oferentom. Jednakże nie można tego utożsamiać z czynem nieuczciwej konkurencji, którym zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku. Nie jest natomiast czynem nieuczciwej konkurencji utrudnianie dostępu do zamówienia. Obrońca

wskazał na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 grudnia 2015 r. I ACa 483/15, w którym stwierdzono m.in.: „1. Pojęcie "dostępu do rynku" należy rozumieć szeroko, tj. jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim uczestniczenia w nim poprzez oferowanie swoich towarów i usług. Innymi słowy chodzi o możliwość prowadzenia działalności gospodarczej, a sam termin rynek na gruncie u.z.n.k. ma autonomiczne znaczenie i powinien być utożsamiany z pojęciem obrotu gospodarczego, tj. miejscem, gdzie dokonuje się wymiana dóbr i usług. 2. Nie każde utrudnienie dostępu do rynku stanowi naruszenie u.z.n.k., ale tylko takie, w których występują elementy nieuczciwości zakłócającej dozwoloną rywalizację rynkową. Łączy się to ze stosowaniem ogólnych przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji określonych w klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.". Zwrócił ponadto uwagę na orzecznictwo w zakresie czynów nieuczciwej konkurencji, w tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17.09.2014 r. sygn. akt KIO 1828/14, w której Gmina Miejska (...) było stroną (nota bene po stronie Gminy występowała też w/w firma z (...)). Postępowanie odwoławcze dotyczyło zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji. Co istotne w SIWZ były analogiczne zapisy dotyczące sposobu obliczenia ceny jak w niniejszej sprawie. Izba uznała, że wycena oferty jest prawidłowa i nie wyczerpuje znamion nieuczciwej konkurencji, pomimo faktu, że cena oferty stanowiła ok. 20 % wartości szacowania i cenowo znacznie odbiegała od innej oferty złożonej w tamtym postępowaniu. Wyceny jednostkowe kształtowały się również na różnych poziomach. Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza, np. w wyroku z 12. 06. 2012 r. sygn. akt KIO 1094/12 „... nie można utożsamiać rywalizacji przedsiębiorców działających w celu uzyskania lepszej pozycji na rynku z czynem nieuczciwej konkurencji, bo oznaczałoby to, iż każda próba zaproponowania korzystniejszych warunków mogłaby zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji." Zdaniem obrońcy, cyt.: „Można pokusić się o twierdzenie, że istotą konkurencyjnych trybów zamówień publicznych jest takie kształtowanie oferty (w tym ceny) aby zapewnić sobie korzystniejszą pozycję niż pozostali oferenci. Częstokroć są to działania obarczone określonym ryzykiem gospodarczym po stronie oferenta. Tak też było w niniejszym przypadku , gdy Zakład Usług Komunalnych (...) skonstruował ofertę zawierającą ceny istotnie odbiegające od siebie, pomimo dużego podobieństwa zakresu rzeczowego. Częstokroć różnica kilku centymetrów średnicy pnia drzewa powodowała bardzo duże różnice w cenie usługi. Jednakże w żadnym przypadku nie można było mówić o zaniżaniu cen”. Zauważył także, że przed udzieleniem zamówienia była przeprowadzona analiza złożonej oferty pod kątem zastosowania rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia w tym zakresie , które komisja przetargowa uznała za przekonujące. Dokonując analizy

kwestii wysokości zaproponowanej ceny, komisja weryfikowała również kwestię ewentualnego dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji - nie znaleziono podstaw ku temu aby uznać, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe okoliczności wskazują, zdaniem obrońcy, na zasadność i konieczność odwołania.

Uwzględniając powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych – dalej: GKO, po przeprowadzeniu rozprawy 20 września 2018 roku, na podstawie zebranego materiału dowodowego, postanowiła zaskarżone orzeczenie utrzymać w mocy.

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

Analiza orzeczenia RKO, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, przemawia za jego utrzymaniem, albowiem w niniejszej sprawie mamy niewątpliwie do czynienia z prawidłowo przypisanym Obwinionemu przez RKO, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o którym stanowi art. 17 ust. 1c uodfp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie jest skutkiem nieuprawnionego zaniechania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Pielęgnacja i wycinka drzew na terenie miasta (...)” odrzucenia oferty wykonawcy - Zakład Usług Komunalnych (...), której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji wybór tej oferty jako najkorzystniejszej oraz zawarcie z tym wykonawcą umowy. Tak jak ustaliła prawidłowo RKO w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bez wątpienia doszło do manipulacji cenami jednostkowymi w ofercie złożonej przez Zakład Usług Komunalnych (...) w celu uzyskania tego zamówienia. Wykonawca w ofercie manipulował cenami jednostkowymi w ten sposób, że wypełniając wykaz „Cen jednostkowych za wykonanie określonej czynności” (załącznik nr 8 do oferty) wyceniał na zaniżonym poziomie pozycje, które następnie zawarte zostały w kosztorysie ofertowym (załącznik nr 9 do oferty) i stanowiły podstawę wyceny oferty. Natomiast, pozostałe pozycje, nieuwzględnione w

Sygn. akt BDF1.4800.65.2018

kosztorysie ofertowym, zostały przez wykonawcę zawyżone. Przykładowo w załączniku nr 8 do oferty – jak wskazała RKO - podano:

- pielęgnacja drzew metodą alpinistyczną (w warunkach normalnych) - średnica pnia 16-20 cm. cena 500 zł, średnica pnia 21-30 cm cena 1.500 zł, średnica pnia 31-40 cm cena 45 zł,
- pielęgnacja drzew metodą alpinistyczną (w warunkach utrudnionych) - średnica pnia 16-20 cm. cena 500 zł, średnica pnia 21-30 cm cena 1.500 zł, średnica pnia 31-40 cm cena 2.500 zł, średnica pnia ponad 41 cm cena 60 zł.

W konsekwencji w kosztorysie ofertowym (załącznik 9) uwzględniono tylko niższe ceny jednostkowe, które stanowiły podstawę wyceny oferty. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji - dz. II pkt 6 i 7 „Opis przedmiotu zamówienia” - wyceny jednostkowe będące kalkulacją własną wykonawcy powinny były objąć wszelkie żądane koszty, w tym: pracy ludzi i sprzętu; zabezpieczenia terenu poprzez właściwe oznakowanie miejsc prowadzenia robót; zakupu i transportu materiałów niezbędnych do wykonania prac; obsługę administracyjną i logistyczną; podatki i opłaty urzędowe; inne opłaty w tym koszty utylizacji, które będą niezbędne w celu kompletnego i terminowego wykonania prac. Wyceny jednostkowe miały również uwzględniać ewentualny wzrost kosztów świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia. Tak opisane wymagania, co do kalkulacji, nie pozwalały na przenoszenie kosztów na inne pozycje cen jednostkowych. Wykonawca nie zastosował się do tych wymagań przyjmując z jednej strony nierynkowo wysokie koszty dla pozycji, które nie były ujęte w kosztorysie stanowiącym podstawę dla ustalenia ceny ofertowej, a z drugiej strony dla pozycji decydujących o cenie ofertowej założył nierynkowo niską (absurdalną) wysokość cen jednostkowych. GKO zgodziła się ze stanowiskiem RKO, że wykonawca skonstruował cenę oferty na podstawie kosztorysu ofertowego (załącznik nr 9 do oferty) w taki sposób, aby umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami, a tym samym pozyskanie niniejszego zamówienia, gdyż jedynym kryterium wyboru w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia była cena. Tym samym takie działanie tego wykonawcy należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i także powołanego w uzasadnieniu orzeczenia RKO art. 15 ust. 1 tej ustawy. Stosownie do wskazanego art. 3 ust. 1 czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zatem, za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane każde zachowanie wykonawcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta nawet jeżeli nie zostało ono wprost stypizowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w

przepisach ustawy. Taki pogląd znajduje oparcie w ust. 2 tego przepisu, który zawiera otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, odsyłający do przepisów szczegółowych z rozdziału 2 ustawy. Przykładowe wyliczenie ich w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powoduje, że może być za takie uznane każde zachowanie, nie wymienione w przepisach szczegółowych tej ustawy, lecz spełniające warunki definicji zawartej w klauzuli generalnej jej art. 3 ust. 1.

Także w ocenie GKO ustalenie w ofercie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych wyłącznie po to aby skalkulować cenę oferty w taki sposób aby uzyskać zamówienie, a jednocześnie wykorzystanie niedookreślonych przez zamawiającego ilości usług jakie rzeczywiście będą wykonywane po to aby wykonać je po wyższej cenie, aniżeli odpowiadające regułom rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie. Mechanizm przyjęty przez wykonawcę miał bowiem na celu nie zaoferowanie najkorzystniejszych warunków dla zamawiającego, czy też konkurowanie ceną lecz uzyskanie (z zastosowaniem nieuczciwych praktyk) zamówienia. Miał on na celu również utrudnienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, którzy zgodnie z siwz skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a zastosowana nieuprawniona inżynieria cenowa może być zakwalifikowana jako zagrażająca interesom samego zamawiającego bowiem rozliczenie faktycznie wykonanych usług mogło powodować znaczny wzrost wynagrodzenia przy uwzględnieniu cen nieobjętych kosztorysem inwestorskim. Konsekwencją zatem złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji powinno być jej odrzucenie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, którego to obowiązku zamawiający nie wypełnił. Naruszenie tego obowiązku niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż zamówienia udzielono wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. Tym samym naruszone zostały w przedmiotowym postępowaniu podstawowe zasady udzielania zamówień wymienione w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W myśl ust.1. cyt.: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Z kolei w myśl ust. 3 cyt.: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Jednocześnie tym czynem Obwiniony wypełnił przedmiotowe przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1c uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

lub zawarcie umowy ramowej, chyba, że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej.

Obwiniony w czasie popełnienia czynu pełnił funkcję I Zastępcy Prezydenta Miasta (...) i jako osoba odpowiedzialna za popełnienie naruszenia był uprawniony do wykonywania w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego na podstawie § 4 załącznika nr 1 do zarządzenia Prezydenta Miasta (...) Nr 1059 z dnia 8 grudnia 2011 r., (zmienionego zarządzeniem nr 144 z dnia 18 lutego 2013 r.), które to zarządzenie zostało wydane na podstawie art. 18 ustawy Pzp. Na podstawie tego upoważnienia Obwiniony zatwierdził informację o wyborze oferty (pismo z dnia 21 listopada 2013 r.). W ramach powierzonych czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego Obwiniony był uprawniony także do podjęcia decyzji na wskazanej podstawie prawnej o odrzuceniu oferty, albowiem jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. GKO nie zgodziła się z twierdzeniem Obwinionego, że wadliwa specyfikacja w spornym zakresie nie pozwalała kwestionować sporządzonej nieuczciwie kalkulacji. Nie można bowiem zgodzić się z twierdzeniem, że uczciwe, a zatem rzetelne zastosowanie mechanizmu kalkulacyjnego (a nie manipulacja z uwagi na nie rzetelnie ustalony zakres rzeczowy) także by prowadziło do ustalenia cen na nierynkowym poziomie (zarówno in plus jak i in minus) nakierowane na nieuczciwe (nierzetelne) uzyskanie zamówienia. Analiza formularzy ofertowych, stanowiących załączniki nr 8 i 9 do oferty wybranego wykonawcy bezsprzecznie musiała wywołać wątpliwości co do rzetelności cen jednostkowych ze względu na duże i nieuzasadnione różnice cen za niemal identyczne czynności lub znacząco nierynkowe ich zniżenie – jak już wskazywano - za czynności wykonywane w znacząco utrudnionych warunkach tylko z uwagi na ujęcie tych pozycji w kosztorysie ofertowym. W ocenie GKO żaden z wykonawców nie był (obiektywnie) zmuszony postanowieniami specyfikacji do takiej nieuprawnionej kalkulacji, czego przykładem są ceny w trzech konkurencyjnych ofertach. Każdy z wykonawców, decydując się na udział w postępowaniu przetargowym, miał obowiązek rzetelnie wycenić koszty realizacji każdej czynności składającej się na przedmiot zamówienia, nie zaś korzystać ze źle pojętej „inżynierii” wyceny w celu manipulowania ostateczną ceną za realizację zamówienia. GKO zwraca także uwagę, że możliwość skalkulowania ceny w sposób dowolny nie mogła sanować nieprawidłowości w działaniu wykonawcy Zakład Usług Komunalnych (...), które to nieprawidłowości skutkiem ich bezrefleksyjnego przyjęcia zyskały akceptację komisji przetargowej i Obwinionego. GKO podkreśla, że kalkulując każdą z cen jednostkowych wykonawca był zobowiązany – zgodnie

z dz. II pkt 6 i 7 „Opis przedmiotu zamówienia”- ująć w wycenach jednostkowych będących kalkulacją własną wykonawcy wszelkie żądane w OPZ koszty. GKO zwraca także uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy w kontekście ceny rażąco niskiej tych jednostkowych cen są ogólnikowe. Nie zawierają bowiem (wbrew oznaczeniu dokumentu) szczegółowej kalkulacji obejmującej wszystkie wymagane elementy. Tym samym Obwiniony, zatwierdzając wybór najkorzystniejszej oferty w piśmie z dnia 21 listopada 2013 r. niezasadnie uznał że wyjaśnienia złożone na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp są satysfakcjonujące oraz, że wykonawca odniósł się w tych wyjaśnieniach do wymiernych wskaźników. Przede wszystkim te wyjaśnienia nie uwzględniały kluczowych wskaźników takich jak koszty pracy ludzi (nie tylko sprzętu). Nie można zatem uznać, że Obwiniony dochował najwyższej staranności przy przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia tylko dlatego, że powołał w skład komisji przetargowej najlepszych jakimi dysponował specjalistów wśród pracowników urzędu miasta, która to komisja nie zgłosiła do oferty (badanej pod kątem rażąco niskiej ceny) żadnych nieprawidłowości. Obwiniony był świadom istotnych wątpliwości dotyczących cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy Zakład Usług Komunalnych (...), ponieważ oferta ta była badana w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod kątem rażąco niskiej ceny, jednakże zaniechał w okolicznościach faktycznych sprawy przeanalizowania ogólnikowych wyjaśnień co do kluczowych cen jednostkowych i oceny poprawności merytorycznego badania oferty w sytuacji stwierdzonej (już przez komisję przetargową) tak istotnej rozbieżności w ustalonych cenach jednostkowych podanych w ofercie. Powyższe wymagało podjęcia bardziej starannych działań dla ustalenia rzetelności zaproponowanych cen jednostkowych. GKO przychyliła się do stanowiska RKO, że stan faktyczny wskazuje, że Obwiniony mógł nie działać w zamiarze popełnienia umyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jednak popełnienie tego naruszenia jest skutkiem niedochowania należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, a jego wina przejawia się w zaniechaniu nakazania komisji przetargowej zbadania oferty pod kątem możliwości dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie zadaniem komisji przetargowej jest dokonanie czynności polegające na badaniu ofert, jednakże jest to tylko zespół pomocniczy kierownika zamawiającego (art. 20 ust. 1 ustawy Pzp) i nieprawidłowe czy niestaranne dokonanie czynności w postępowaniu nie zwalnia osoby wykonującej czynności kierownika zamawiającego od odpowiedzialności za poprawną, w tym przypadku ocenę oferty, szczególnie oferty wybranej. Zaniechanie takie należy uznać za niedopełnienie obowiązków przez Obwinionego. GKO podkreśla, że analiza formularzy ofertowych, stanowiących załączniki nr 8 i 9 do oferty wybranego wykonawcy, z

Sygn. akt BDF1.4800.65.2018

uwagi chociażby na doświadczenie życiowe Obwinionego, powinna wywołać wątpliwości co do rzetelności cen jednostkowych ze względu na znaczące różnice cen (ich zaniżenie) za niemal identyczne czynności. Obwiniony nie mógł zatem, tylko ze względu na brak informacji o jej niezgodności z prawem od członków komisji przetargowej, działać w usprawiedliwionym przeświadczeniu, że oferta jest prawidłowa. Ta okoliczność mogła co najwyżej – jak to uznała RKO - świadczyć o nieumyślności działania, a nie powodować zwolnienie od odpowiedzialności. Jak wskazała RKO, orzekając wymiar kary (tylko karę upomnienia), ta okoliczność wzięta była przez RKO przy określaniu wymiaru kary.

Uwzględniając, że zaniechanie Obwinionego miało realny wpływ na wynik postępowania, nie można przypisanego czynu uznać za znikomo szkodliwy dla finansów publicznych. Także orzeczona kara upomnienia nie może być uznana za zbyt surową. Jest to bowiem najłagodniejsza z katalogu kar przewidzianego w uondfp, a w sprawie nie wystąpiły okoliczności, które pozwalałyby na zastosowanie nadzwyczajnej instytucji – odstąpienia od wymierzenia kary. W ocenie GKO rezygnacja z wymierzenia kary nie pozwoliłaby osiągnąć celów postępowania, zarówno w odniesieniu do Obwinionego, jak i w zakresie społecznego oddziaływania.

Uwzględniając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.