



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 16 grudnia 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marcin Krzywoszyński</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marek Muszyński</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Kaczorkiewicz (spr.)</i>
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 16 grudnia 2013 r., odwołania Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Centrum (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji z dnia 10 września 2013 r., sygn. akt: MAC-MKO-361/72/62/2012, którym uznano Obwinionego (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym od 11 lutego 2012 r., polegającego na udzieleniu w dniu 24 lutego 2009 r., zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, o wartości 2.520.000,00 zł, którego przedmiot obejmował: rozwój Oprogramowania Aplikacyjnego (...); nadzór nad Oprogramowaniem aplikacyjnym (...), (...), (...); wsparcie użytkowników Oprogramowania aplikacyjnego; administrowanie platformą systemową Oprogramowania aplikacyjnego; szkolenie dla administratorów i użytkowników systemu: przeszkolenie wskazanych przez zamawiającego osób w zakresie obsługi i administracji Oprogramowaniem aplikacyjnym, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, czym naruszono art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 z późn. zm.) i zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 10 ust. 1 i 2 ww. ustawy. Obwinionemu (...) wymierzono karę pieniężną w wysokości 9300 zł oraz obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 308,08 zł;

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

- 1. uchyla zaskarżone orzeczenie w części obejmującej pkt 1 sentencji i uznaje Pana (...) odpowiedzialnym za udzielenie konsorcjum firm (...) zamówienia publicznego na:**
- **rozwój Oprogramowania Aplikacyjnego Krajowego Systemu Monitorowania (...),**

- nadzór nad oprogramowaniem aplikacyjnym (...),(...), Portalu (...),
 - wsparcie użytkowników Oprogramowania aplikacyjnego obejmującego m.in. konsultacje oraz obsługę zgłoszeń, zarówno w formie telefonicznej jak i przesyłanych faksem i elektronicznie,
 - administrowanie platformą systemową oprogramowania aplikacyjnego,
 - szkolenie dla administratorów i użytkowników systemu: przeszkolenie wskazanych przez zamawiającego osób z zakresu obsługi i administracji oprogramowaniem aplikacyjnym przez zawarcie w dniu 24.02.2009 r. umowy u/17/ZP/2009 w trybie z wolnej ręki z naruszeniem art. 67 ust.1 lit a) ustawy Prawo Zamówień Publicznych co stanowiło w dniu zawarcia umowy naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zaś obecnie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych wedle art. 17 ust 1b pkt 2 tej ustawy;
2. uchyla zaskarżone orzeczenie w części obejmującej pkt 3 sentencji i obciąża Pana (...) obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł;
3. w pozostałym zakresie utrzymuje zaskarżone orzeczenie w mocy.

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

Podstawą zaskarżonego orzeczenia był następujący stan faktyczny.

W dniu 18.09.2006 r. Konsorcjum firm (...) zostało udzielone przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej zamówienie publiczne na utrzymanie w sprawności, wdrożenie produkcyjne oraz rozwój Krajowego Systemu Monitoringu (...). Zamówienie to było w dniu 18.12.2007 r. przedmiotem zamówienia uzupełniającego udzielanego temu samemu konsorcjum w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wynikające z tego zamówienia obowiązki wykonawcy miały się zakończyć, w związku z czym powstała potrzeba udzielenia zamówienia na podobny zakres usług na okresy przyszłe. W tym celu w dniu 18.11.2008 r. oszacowano wartość planowanego zamówienia na równowartość 533.608,23 euro oraz zostało wszczęte w dniu 19 11.2008 r. postępowanie w trybie z wolnej ręki. Procedura została zakończona podpisaniem w dniu 24 lutego 2009 r. umowy nr U/17/ZP/2009 między Centrum Rozwoju (...) reprezentowanym przez Obwinionego a konsorcjum firm (...).

W międzyczasie w dniu 10.12.2008 r. Obwiniony otrzymał notatkę sporządzoną przez dr (...), zatrudnionego w jednostce na stanowisku kierowniczym oraz osoby pełniącej następnie funkcję szefa komisji przetargowej, w której wskazano na brak możliwości technicznych zrealizowania przedmiotu zamówienia przez innych wykonawców niż konsorcjum firm (...). ze względu na realizację zadania w przeszłości i wynikające z tego zaznajomienie z systemem posiadającym wysoki stopień skomplikowania. Argumentacja zawarta w tej notatce została następnie w dniu 22.01.2009 r. użyta w zawiadomieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu procedury i zamiarze udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Zamawiający wskazał, iż ze względu na unikatowe komponenty technologiczne, zastosowane i wypracowane

standardy, jedynie Konsorcjum dysponuje pełną wiedzą o wszystkich elementach systemu i ich wzajemnym oddziaływaniu. Posiada też unikatowe doświadczenie w zakresie konfiguracji i strojenia parametrów systemowych i środowiskowych. Utrzymanie (...), (...) oraz Portalu (...) zawierających wielomilionowe zbiory informacji o 15 - letnich szeregach czasowych, oraz kilkusetgigabajtowe wolumeny baz danych, wiąże się z trudnymi do rozwiązania problemami techniczno - technologicznymi (wzrost objętości baz danych, spadek efektywności przetwarzania, problemy komunikacyjne, autoryzacja i bezpieczeństwo). Zachowanie standardów technicznego utrzymania i rozwoju gwarantuje jedynie Konsorcjum. W szczególności dotyczy to systemu (...) (część oprogramowania (...)), w zakresie którego wiedzę techniczną i udokumentowane doświadczenie posiada jedynie Konsorcjum. System składa się z wielu tysięcy powiązanych ze sobą obiektów: aplikacji, procedur, bibliotek, tabel, indeksów, więzów integralności, słowników, komunikatów, itd. Jedynie Konsorcjum posiada unikatową wiedzę o projekcie i technologii oraz dysponuje odpowiednim środowiskiem technologicznym, bez którego utrzymywanie systemu, a tym bardziej jego rozwój jest niemożliwy.

Ze względu na uznanie przez Prezesa UZP wyjaśnień za niewystarczające zamówienie było następnie przedmiotem obfitej korespondencji między Urzędem a Zamawiającym. Ostatecznie, mając na względzie trudności w jednoznacznym ustaleniu stanu technicznej złożoności systemu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych postanowił zasięgnąć opinii biegłego w celu ustalenia, czy istnieją przyczyn techniczne o obiektywnym charakterze uniemożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia przez inny podmiot. W opinii z dnia 12.06.2010 r. biegły sądowy (...) stwierdził: „na polskim rynku informatycznym istnieje duża ilość podmiotów, które mogły podjąć się wykonania zadania o takiej złożoności. Istotnie w przedmiotowym zamówieniu zastosowano dość dużą ilość technologii informatycznych. Z tych przyczyn zapewne takie zadanie nie realizuje jedna firma tylko konsorcjum firm. Jeżeli forma konsorcjum jest dopuszczalna, to możliwe było, że realizacją zadania mogli być zainteresowani również inni wykonawcy lub konsorcja, w tym być może w innym zestawieniu dotychczasowi uczestnicy konsorcjum. Większość zastosowanych technologii jest dość powszechna (kilka, kilkanaście lub nawet kilkadziesiąt oferujących firm o sporym doświadczeniu) i dotyczy to m.in.: Standardów wymiany informacji (...) dla hurtowni danych, Technologii (...) przeszedł już od czasu pierwotnej umowy na system migrację. Producenta oprogramowania przejęła firma (...). Pakiet stał się elementem (...) dostępnym w sieci sprzedaży i partnerów tejże firmy. Nie mamy więc tutaj monopolu technologicznego z uwagi na zastosowane narzędzia. Biegły zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nowy wykonawca nie gwarantuje sukcesu projektu, tym niemniej nawet dotychczasowe konsorcjum 100 % gwarancji nie daje. Stwierdził też, iż ryzyko niepowodzenia jest mniejsze jeżeli wykonawca wykonywał początkowo projekt. Jego zdaniem, nie mamy tu jednak do czynienia z sytuacją faktycznego monopolu wykonawcy, ale rozważaniem, jakie rozwiązanie jest mniej lub bardziej ryzykowne. Taka ocena zdarzeń nie upoważnia jednak do przyjęcia, że zlecenie może być udzielone w trybie z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP. Zamawiający, niepodzielając tych poglądów, zgłosił zastrzeżenia do wyników kontroli, zaś po ich nieuwzględnieniu były przedmiotem opinii Krajowej Izby Odwoławczej. Uchwałą z dnia 25 października 2010 r. KIO nie uznała zastrzeżeń Zamawiającego.

W takim stanie faktycznym Prezes UZP zawiadomił rzecznika dyscypliny finansów publicznych o okolicznościach uzasadniających podejrzenie, iż doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zaś rzecznik skierował wniosek o ukaranie do Komisji I instancji. Orzeczeniem z dnia 10.09.2013 r. sygn akt Nr MAC-MKO-361/72/62/2012, Międzyresortowa Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów

Publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji (dalej zwana MKO) uznała Obwinionego za odpowiedzialnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy i art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 11 lutego 2012 r., polegającego na „popelnieniu czynu opisanego wyżej oraz we wniosku o ukaranie”, wymierzyła karę pieniężną w wysokości jednokrotności miesięcznego wynagrodzenia, pobieranego w momencie naruszenia dyscypliny finansów publicznych a mianowicie 9.300 zł. oraz nałożyła na Obwinionego obowiązek zwrotu kosztów postępowania.

Z orzeczeniem tym nie zgodził się Obwiniony. W odwołaniu zarzucił MKO naruszenie art.19 ust. 2 ustawy przez niesłuszne przypisanie winy, naruszenie art. 23 ust. 1 przez niezastosowanie, błędy w ustaleniach faktycznych skutkujące bezpodstawnym przyjęciem, że brak było podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, zastosowanie niewłaściwego brzmienia ustawy w świetle przepisów intertemporalnych oraz nieprawidłowości w konstrukcji sentencji orzeczenia i treści uzasadnienia. Uzasadniając zarzuty wskazał, iż dołożył staranności wymaganej od niego w celu uniknięcia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ponieważ podjął decyzję o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki po uprzednim zaznajomieniu się z pisemną notatką dr. (...) jako osoby dysponującej wiedzą specjalistyczną z dziedziny informatyki o zasadności tego trybu. Podkreślił, iż jeżeli rzeczywiście doszło do nieprawidłowości w zastosowaniu trybu to wyłącznie skutek błędu odnośnie do okoliczności faktycznych czyli skutek niewłaściwej oceny, do której podjęcia wymagana była wiedza specjalistyczna, a nie ogólna. Zdaniem Obwinionego, błąd popełniony w takich warunkach uznać należy za usprawiedliwiony. Wskazał, iż mimo obowiązku stosowania ustawy obowiązującej w chwili orzekania zastosowano jednocześnie ustawę „nową” i „starą”, co należy traktować jako kwalifikowaną wadę orzeczenia.

GKO zważyła, co następuje.

W pierwszym rzędzie należy zauważyć, iż zdaniem GKO – niezależnie od braku podstaw do uznania takowej argumentacji za usprawiedliwioną pod względem jurydycznym – zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala przyjąć wyjaśnień Obwinionego, iż, podejmując decyzję o wyborze trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki kierował się opinią specjalisty. Na przyjęcie takiego związku nie pozwala bowiem chronologia przedstawionych dokumentów. Sporządzona przez dr (...) opinia datowana jest na dzień 10.12.2008 r. (k.218). Tymczasem w aktach sprawy znajduje się szacunek kosztów przyszłego zamówienia publicznego datowany na dzień 18.11.2008 r. i zatwierdzony przez Obwinionego. Już w tym dokumencie znalazła się adnotacja, iż zamówienie publiczne będzie udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki. Również w dokumencie potwierdzającym rozpoczęcie wewnętrznej procedury zamówienia publicznego datowanym na dzień 19.11.2008 r. znajduje się adnotacja o takim trybie wraz ze wskazaniem przepisu prawa jaki będzie podstawą do zastosowania niekonkurencyjnego trybu oraz określenie komu zostanie to zamówienie publiczne udzielone. Skutkiem takiego następstwa czasowego dokumentów należy przyjąć, iż decyzja o zastosowaniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp została przez Obwinionego podjęta najpóźniej w dniu 19.11.2008 r., a więc na trzy tygodnie przed powstaniem opinii, na jaką się powołuje jako źródło swojej motywacji w wyborze trybu niekonkurencyjnego. Trzeba wyraźnie podkreślić, iż zarówno w swych wyjaśnieniach, jak i w odwołaniu Obwiniony wprost wskazywał, iż do naruszenia doszło „po uprzednim zapoznaniu się z pisemną notatką dr. (...) jako osobą dysponującą wiedzą specjalistyczną”. O ile do samego udzielenia zamówienia doszło rzeczywiście po dacie sporządzenia tej notatki, to wpływ jej treści na decyzje Obwinionego ze względów wskazanych wyżej jest wykluczony. Doświadczenie życiowe wskazuje raczej, iż została ona sporządzona w toku przygotowywania dokumentacji przekazanej następnie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wraz z informacją o planach zastosowania zamówienia z wolnej ręki i w celu usprawiedliwienia przed tym organem zastosowanego trybu.

Dla porządku zatem GKO wskazuje, iż budzi poważne wątpliwości powoływanie się na pojedynczą notatkę, pochodząca od osoby podległej służbowo Obwinionemu oraz będącej Przewodniczącym Komisji przetargowej, która zamierza zastosować dany tryb niekonkurencyjny. Trudno bowiem przyznać takiej opinii walor niezależności skoro jej autor może być nie tylko zainteresowany potwierdzeniem słuszności rozwiązania przyjętego przez przełożonego ale również usprawiedliwić postępowanie zastosowane przez kierowane przez niego gremium.

Przechodząc na grunt regulacji prawnych i zarzutów z nimi związanych, należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zmiany stanu prawnego między czasem popełnienia zarzucanego czynu a dniem orzekania, wynikających z wejścia w życie z dniem 11 lutego 2012 r. ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1429) powodują konieczność oceny względności dla Obwinionego w kontekście art. 24 ust. 1 ustawy. Zasada wyrażona w tym przepisie odnosi się zarówno do ustawy regulującej odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jak również do ustaw szczególnych określających zasady gospodarowania środkami publicznymi (orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 29 listopada 2010 r., sygn. akt BDF1/4900/93/ 104/10/94). GKO podziela wyrażony przez MKO pogląd, iż analiza zmian stanu prawnego prowadzi do wniosku, iż są one indyferentne dla zakresu i podstaw odpowiedzialności Obwinionego. Skutkiem tego, stosownie do normy art. 24 ust. 1 ustawy, zastosowanie znajdują zapisy ustawy obowiązujące w dacie orzekania.

Rację ma Obwiniony wskazując, iż opis czynu w sentencji orzeczenia poprzez odesłanie do treści zarzutu stanowi znaczące uproszczenie i uznać należy za nieprawidłowy. Jednakże, przyjmując ustalenia faktyczne MKO – z zastrzeżeniem wskazanej powyżej wątpliwości co do chronologii zdarzeń - za dokonane prawidłowo GKO władna była naprawić tego typu nieprawidłowości we własnym zakresie zgodnie z art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy. Mając na względzie fakt, iż postępowanie dowodowe nie musi być uzupełniane, zaś przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wiązałoby się ze zbytecznym powtarzaniem postępowania oraz mając na względzie fakt zbliżającego się w tej sprawie przedawnienia karalności GKO postanowiła ze swych kompetencji skorzystać.

Oceniając zarzut dotyczący naruszenia art. 19 ust 2 ustawy przez uznanie, iż Obwinionemu można przypisać winę mimo, iż dołożył on „staranności wymaganej od niego w celu uniknięcia naruszenia dyscypliny finansów publicznych”, GKO stwierdza, iż przy zamówieniu na tak znaczne kwoty, na system mający kluczowe znaczenie dla działań służb zatrudnienia na terenie całego kraju oraz uwzględniający wielość komponentów, źródeł danych i obiektów poprzestawanie na własnych poglądach, czy nawet poglądach osób posiadających pewną wiedzę ale zatrudnionych w jednostce jest działaniem co najmniej lekkomyślnym. Obwiniony powołuje się tu na wskazywane wyżej „zaznajomienie się z notatką Pana (...) posiadającego wiedzę z zakresu informatyki oraz „brak świadomości zdań odrębnych”. Kwestia braku wpływu notatki dr (...) na podejmowaną decyzję była już wyżej poruszana. Natomiast sam brak zdań odrębnych i własne przekonanie kierującego o słuszności zastosowanego trybu nie jest w żadnej mierze „dołożeniem wymaganej staranności”. Oznacza bowiem poprzestawanie na poglądzie subiektywnym, nieusprawiedliwionym żadnymi okolicznościami znajdującymi potwierdzenie zewnętrzne w stosunku do jednostki dokonującej zamówienia publicznego. Na potrzebę zobjektywizowania przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki wielokrotnie wskazywały organy orzekające w tego typu sprawach. „Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego” wskazuje uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 sierpnia 2011 r. KIO/KD 64/11 i z poglądem tym nie sposób się nie zgodzić. Trzeba bowiem jednoznacznie i z całą mocą wskazać – zasadą udzielania zamówienia jest procedura

konkurencyjna. Wszelkie odstępstwa od niej, w tym powoływanie się na przeszkody techniczne mają walor wyjątku od zasady i jako takie winny być wykładane ściśle. Podstawowym trybem udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a udzielenie zamówienia z wolnej ręki dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku określonym w ustawie (art. 10 ustawy). Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, nie dopuszczanym w sposób dowolny lecz stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą a więc tryb będący odstępstwem od naczelnej zasady całego systemu zamówień publicznych czyli zasady zachowania konkurencyjności. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp. Przepisy określające przesłanki stosowania nieprzetargowych trybów udzielania zamówień publicznych powinny być interpretowane ściśle, zaś lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów niekonkurencyjnych jest zamknięta, co podkreśla w swych rozstrzygnięciach zarówno Sąd Najwyższy (wyrok SN z dnia 6.07.2001 r., sygn. III RN 16/01 publ. OSNP 2001/22/657) jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11.09.2000 r., sygn. akt II SA 2074/00). Podobne w swoich orzeczeniach zapatrywania zawarł Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku C-126/03).

To tryby konkurencyjne są zatem wyborem podstawowym i powinny być traktowane jako swoiście domniemywane na początku procedury. Odstąpienie od tego trybu winno być usprawiedliwione jednoznacznymi przesłankami dającymi się uchwycić, udowodnić i mającymi walor obiektywny. Tymczasem Obwiniony postąpił dokładnie odwrotnie – przyjął, iż to tryb z wolnej ręki jest trybem jaki winien mieć zastosowanie nie posiadając do takiego poglądu żadnej podbudowy w postaci argumentacji o walorze obiektywnym.

Na obiektywność kryteriów zwracano również uwagę w orzecznictwie sądowym podkreślając wagę tej cechy (wyrok WSA w Warszawie z dn. 13 października 2004 r., sygn. akt II SA 1921/03, wyrok NSA z dn. 19 kwietnia 2004 r., sygn. II SA2514/01 wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 lipca 2010 r. V SA/Wa 875/10). Pierwszym zadaniem zamawiającego jest zatem ustalenie istnienia przeszkód technicznych w sposób obiektywny. Obwiniony nie podjął żadnej próby zobiektywizowania swojego przekonania o istnieniu przeszkód technicznych. Nie podjął żadnego działania wskazywanego w orzecznictwie organów oraz orzecznictwie sądowym jako niezbędne. Pomiął wskazania sugerujące możliwe metody rozeznania się w rynku wynikające z wyroku WSA z dnia 14 października 2005 r. sygn. akt III SA/Wa 2091/05. Nie zastosował jakiegokolwiek próby ustalenia okoliczności wskazywanych jako niezbędne w Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 grudnia 2012 r. KIO 2630/12. Co do zasady przyjął, iż okoliczności wskazywane następnie jako przyczyny techniczne (skomplikowanie systemu, wielość obiektów i źródeł danych sposób kodowania) uniemożliwiają wykonanie zamówienia innemu podmiotowi i zaniechał zweryfikowania tego poglądu, jego porównania z rzeczywistością rynkową.

Obwiniony w toku postępowania nie wskazał, według jakich i czy obiektywnych kryteriów ustalał krąg podmiotów funkcjonujących na rynku mogących podjąć się wykonania zadania. Nie ustalał potencjału tych podmiotów ani ich możliwości technicznych. Istotne jest również, iż pomiął regulację art. 23 ust. 1 Pzp dopuszczającą, aby wykonawcy, którzy nie są w stanie sami zrealizować przedmiotu zamówienia, mogli wspólnie ubiegać się o udzielenie im zamówienia łącząc swoje potencjały ekonomiczne, finansowe, kadrowe i techniczne, a także korzystać z podwykonawców.

Podsumowując tę część wyводу, GKO stwierdziła, iż podawane przez Obwinionego motywy zastosowania trybu z wolnej ręki nie miały waloru obiektywności, zaś zaniechanie ustalenia

tych kryteriów w sposób obiektywny zaprzecza tezie, jakoby Obwiniony w wystarczającym stopniu wywiązał się ze swych obowiązków.

Zarzuty skierowane przeciw ustaleniom faktycznym a polegające w głównej mierze na podtrzymywaniu poglądu, jakoby udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki nie było działaniem bezprawnym, gdyż znajdującym usprawiedliwienie w treści art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, są bezzasadne.

Regulacja ta dopuszcza zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli „z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez jednego wykonawcę”.

Zdaniem GKO, okoliczność taka nie zachodzi w niniejszej sprawie z następujących przyczyn.

Dla usprawiedliwienia swego działania Obwiniony powołał się na realizację zadania w przeszłości i wynikające z tego zaznajomienie z systemem posiadającym wysoki stopień skomplikowania, wielkość i złożoność systemu i fakt korzystania z unikatowych rozwiązań.

Rozważając powyższe argumenty, należy wskazać, iż – zdaniem GKO – nie jest prawidłowe rozumowanie wskazujące, iż rzecznik dyscypliny winien w sposób jednoznaczny wykazać, iż zadanie mógł wykonać inny oferent. Jak już było wskazywane powyżej podstawowym trybem udzielenia zamówienia publicznego jest tryb konkurencyjny. Ciężar wykazania zasadności zastosowania trybu obciąża zamawiającego, co wynika z przepisu art. 10 ust. 2 a pośrednio także wynika z treści art. 67 ust. 2 Pzp i z obowiązku tego w postępowaniu objętym niniejszym postępowaniem zamawiający się nie wywiązał.

W doktrynie wskazuje się, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie usług danego typu. Przyczyną techniczną może być konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów. Zamówienie z wolnej ręki, udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, musi mieć charakter jednoznacznie wypływający z uprzednich norm, parametrów, standardów, a ich jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. (komentarz do ustawy Prawo Zamówień Publicznych, wydanie trzecie, pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 r., str. 256-257). Sytuacja ta może zatem występować z uwagi na unikatowe, niepowtarzalne cechy uprzednich prac wykonanych w następstwie wcześniejszego zamówienia, jednakże muszą one mieć charakter unikatowy a nie występujący rzadko. Muszą mieć również charakter techniczny a przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia nie zaś z cechami organizacyjnymi zamawiającego czy gospodarczymi.

Za wymogi techniczne nie mogą być zatem uznane obawy związane z koniecznością dostosowania zamawianych prac do już opracowanych kodów źródłowych i obszerności i złożoności elementów systemu. Sam fakt, iż system jest systemem specjalnie wcześniej opracowanym na potrzeby tego konkretnego projektu nie jest wystarczający, gdy wykorzystywane rozwiązania techniczne są również standardowe. Nie jest to bowiem system unikalny i o szczególnym charakterze w skali kraju, a także Europy. Nawet jeśli przyjąć, iż warunkiem koniecznym świadczenia przedmiotowej usługi jest posiadanie kompletnej wiedzy o już zaprojektowanych i wdrożonych komponentów systemu to brak podstaw do przyjęcia, iż taką takiej wiedzy nie mogli uzyskać inni oferenci. Nie wykazano bowiem, by w sprawie występowała trwająca ochroną praw wyłącznych przysługująca dotychczasowym wykonawcom. Biegły pracujący dla UZP wskazał, iż większość zastosowanych technologii jest dość powszechna i jest oferowana przez „kilkanaście lub nawet kilkadziesiąt oferujących firm o sporym doświadczeniu”. Zaś elementy systemu w postaci tych części kodu, które nie były standardowe mogły być przedmiotem ingerencji i dostosowywania do rozwiązań zaproponowanych przez innych wykonawców.

Zatem trudności związane z już istniejącymi komponentami powodowały utrudnienia w realizacji zamówienia przez innych wykonawców niż Konsorcjum ale nie niemożliwe, zaś utrudnienia, by usprawiedliwić zastosowanie trybu z wolnej ręki muszą powodować niemożliwość wykonania przez innych i niemożliwość ta musi mieć charakter nieprzewycięzalny. (wspominana już wyżej uchwała KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych KIO/KD 92 /11).

Skutkiem powyższych okoliczności zamówienie mogło być wykonane przez innych wykonawców, choć powodowałyby to utrudnienia zarówno dla nich na etapie realizacji zamówienia, jak i dla samego zamawiającego na późniejszym etapie korzystania z tak rozwijanego systemu. Jednakże sam fakt, iż zamówienie potencjalnie mogło być realizowane przez inne podmioty wyklucza prawidłowość powoływania się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp jako przesłankę do odstąpienia od konkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. Podobne stanowisko znalazło wyraz w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23.08.2012 r. sygn. akt. KIO/KD 76/12.

GKO dostrzega fakt, iż jedną z potrzeb zamawiającego w tej sprawie była konieczność zapewnienia niezbędnej ciągłości realizacji procesów i technik przetwarzania informacji oraz wyeliminowanie ryzyka utraty danych lub utraty ich integralności. Jednakże nie zostało w wystarczającym stopniu wykazane, iż była to potrzeba, której realizację może zapewnić wyłącznie ostatecznie wybrane Konsorcjum. Przeciw udzielaniu zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji istnienia innych potencjalnych wykonawców wypowiadały się już zarówno sądy (NSA w Warszawie w wyroku z dnia 6.04.2006 r., sygn. akt II GSK 7/06 i WSA w Warszawie w wyroku z dnia 14. 10. 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 2091/05/ jak i Krajowa Izba Odwoławcza w licznych uchwałach) przykładowo z dnia 7.04. 2009 r., sygn. akt KIO/KD 8/09, czy z dnia 5.05.2010 r. sygn. akt KIO/KD 31/10). Stanowisko to jest również wyrażane przez ETS - dla prawidłowego odstąpienia od trybu konkurencyjnego konieczna jest przesłanka, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Nie jest zaś wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia (wyrok sygn akt C-199/85 Komisja WE przeciwko Republice Włoch).

Jednocześnie okoliczności wskazywane przez Obwinionego mają charakter organizacyjny-związane są z szybkością pracy systemu, komfortem jego użytkowników i bezpieczeństwem migracji danych między poszczególnymi elementami systemu czy też poprawnością odwołań pomiędzy jego poszczególnymi komponentami. GKO dostrzega również, iż elementem jaki należy uwzględnić w tej sprawie jest konieczność zabezpieczenia czasu potrzebny potencjalnemu wykonawcy na zapoznanie się z kodem źródłowym, dokumentacją, a także organizacją Zamawiającego, a samemu Zamawiającemu - możliwość przeprowadzenia postępowania i zweryfikowania potencjalnego wykonawcy. To również nie jest element, który usprawiedliwałby niekonkurencyjny tryb zamówienia. Nie są to elementy techniczne lecz korzyści organizacyjne Zamawiającego te zaś nie mogą uzasadniać udzielenia zamówienia z wolnej ręki. (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15.12.2011 r. sygn akt. KIO/KD 92 /11).

Nie ma zatem merytorycznych podstaw by uznawać słuszność argumentacji dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w tej sprawie, zaś zakończenie postępowania przeprowadzonego w tym trybie zawarciem w dniu 24 lutego 2009 r. umowy nr U/17/ZP/2009. między Centrum (...) reprezentowanym przez Obwinionego a konsorcjum firm (...) stanowiło naruszenie przesłanek stosowania trybów niekonkurencyjnych przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Jako taki stanowiło naruszenie dyscypliny finansów publicznych stosownie do art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu oraz art. 17 ust. 1b pkt 2 w brzmieniu obowiązującym od dnia 11 lutego 2012 r. i w dacie orzekania przez Komisję I instancji oraz GKO

Przyjąwszy istnienie bezprawności działania Obwinionego przedmiotem badania GKO było istnienie bądź brak okoliczności wyłączających bądź ograniczających odpowiedzialność Obwinionego w szczególności wskazywana w odwołaniu rzekome „usprawiedliwiona nieświadomość karalności czynu”. W odwołaniu wskazano, iż jeżeli w ogóle można mówić o nieprawidłowości to wynikała z niewłaściwej oceny, do której podjęcia wymagana była wiedza specjalistyczna, a nie ogólna. Z poglądem, iż nieprawidłowość działania Obwinionego była usprawiedliwiona i zastosowanie winien znaleźć art. 23 ustawy nie sposób się zgodzić z trzech powodów.

Po pierwsze, jak to było wyżej wskazane tryby zachowujące konkurencyjne są podstawową metodą udzielenia zamówienia publicznego i każdy kto od nich odstępuje winien być absolutnie pewny, iż zachodzą przesłanki do zrezygnowania z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Świadomość, iż ochrona konkurencyjności jest ideą przyświecającą całemu systemowi prawa zamówień publicznych jest elementarną wiedzą, którą powinien mieć każdy kierownik jednostki udzielającej zamówień zgodnie z tą ustawą. Błędów w tym zakresie nie można uznawać za usprawiedliwione. Skoro odstępianie od trybów konkurencyjnych wymaga jednoznacznych przesłanek dających się uchwycić, udowodnić i mającymi walor obiektywny przeto omyłki w tym zakresie muszą być rozpatrywane w kontekście co najmniej niedochowania należytej staranności. Nie można bowiem pogodzić koncepcji wskazywanej w orzeczeniach sądowych, iż istnienie przesłanek musi być pewne i prezentowanej w argumentacji Obwinionego, iż stan niepewności co do ich istnienia był usprawiedliwiony.

Po drugie, literalne brzmienie art. 23 ust. 1 ustawy przewiduje nieświadomość, iż dany czyn stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie zaś błędne przekonanie, iż czyn jest usprawiedliwiony okolicznościami. W zakresie tej regulacji znajdują się zatem błędy co do zakresu znamion czynu zabronionego, ale nie przekonanie, iż czyni się słusznie. Ta druga sytuacja winna znaleźć odzwierciedlenie w ustaleniu, czy zachodzi zawinienie czynu czyli poprzez zastosowanie bądź nie normy art. 19 ustawy. Nie można zaakceptować koncepcji, iż Obwiniony z wieloletnim stażem pracy na stanowiskach kierowniczych w organach administracji publicznej nie jest świadomy, iż udzielenie zamówienia z naruszeniem zasad stanowi czyn będący naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Po trzecie wreszcie, zdaniem GKO, w ogóle nie zachodzi wskazywana przez Obwinionego okoliczność podejmowania decyzji o udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki wskutek sugestii wyrażonej w notatce osoby posiadającej wiadomości specjalne. Notatka została wytworzona kilka tygodni po podjęciu decyzji. GKO wskazuje, iż najbardziej prawdopodobnym przebiegiem zdarzeń wynikającym z oceny zgromadzonego materiału dowodowego przez pryzmat doświadczenia życiowego jest przyjęcie, iż Obwiniony pozostawał w przekonaniu, iż można zastosować ten sam tryb zamówienia, jaki ponad rok wcześniej był stosowany dla udzielenia zamówienia uzupełniającego niezauważając, iż obecnie nie mamy już do czynienia z zamówieniem o takim charakterze. Błędu takiego nie można uznać za usprawiedliwiony, zaś przy dołożeniu minimum staranności można go było uniknąć.

Obwiniony winien przed przyjęciem trybu z wolnej ręki ocenić możliwości rynkowe i potencjał firm na rynku funkcjonujących. Dopiero istnienie zobiektywizowanych przesłanek potwierdzonych wynikami takiego sprawdzenia usprawiedliwiłoby tezę, iż nie funkcjonują inne podmioty, które zdolne są technicznie wykonać zamówienie.

Zdaniem GKO nie występują w sprawie żadne okoliczności usprawiedliwiające Obwinionego. Czyn bez wątplenia nie ma charakteru znikomej szkodliwości dla ładu finansów publicznych. Decyzja była przez Obwinionego podjęta świadomie. Szczególnie niekorzystne dla Obwinionego są okoliczności popełnienia czynu, w szczególności fakt, iż nie wypełnił obowiązków wynikających z art 67 ust. 2 Pzp, tj. nie zawiadomił Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki w terminie 3 dni, lecz dokonał tego ze znaczącym

opóźnieniem uniemożliwiając Prezesowi UZP zajęcie stanowiska przed sfinalizowaniem procedury. W tej sytuacji nie sposób nie podzielić poglądów MKO w zakresie nałożonej kary. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.