



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 15 grudnia 2015 r.

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

| | | |
|------------------------|---------------------|------------------------------------|
| Przewodniczący: | <i>Członek GKO:</i> | Marek Głuch |
| Członkowie: | <i>Członek GKO:</i> | Piotr Gryśka |
| | <i>Członek GKO:</i> | Przemysław Szelerski (spr.) |
| Protokolant: | | <i>Mateusz Woźniak</i> |

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniesionego na niekorzyść Obwinionego (...), (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt RIO-KO-47/2014, w którym Komisja uniewinniła Obwinionego (...)– pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezesa Funduszu (...)– od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu:

1. art. 17 ust. 1 b pkt 2 w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) – zwanej dalej ustawą, **polegającego na zawarciu w dniu 01.02.2012 r. umowy** serwisowej (...) Nr 1/2012 na „Nadzór serwisowy nad Lokalnym Systemem Informatycznym do obsługi (...) „ z firmą (...)z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)

2. art. 17 ust. 6 w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a ustawy polegającego na tym, że w postępowaniu przetargowym na dostawę materiałów promocyjnych i informacyjnych oraz gadżetów

Sygn. akt BDF1.4800.110.2015

reklamowych dla F(...)w (...) dokonano istotnych zmian w umowie zawartej w dniu 09.08.2012 r. na dostawę materiałów promocyjnych i informacyjnych oraz gadżetów reklamowych dla F(...) w (...) współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu (...) przez zawarcie dwóch aneksów:

1) w dniu 03.09.2012 r. zmieniono termin realizacji dostawy drugiego i trzeciego wydania publikacji pn. „(...)”, oraz materiałów promocyjnych o 1 miesiąc w stosunku do zapisów siwz

2) w dniu 28.03.2013 r. zmieniono o 1 miesiąc termin realizacji dostawy czwartego wydania „(...)”,

co było niezgodne z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).

oraz orzeczono, że koszty postępowania ponosi Skarbu Państwa,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy 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

Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie, dalej zwana także „Komisją Orzekającą I instancji” lub „RKO”, orzeczeniem z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt RIO-KO-47/2014 na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwanej dalej: „ustawą” lub „uondfp” uniewinniła Pana (...) od zarzucanych mu czynów, o których mowa w:

1) art. 17 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a ustawy. poprzez zawarcie w dniu 1 lutego 2012 r. umowy serwisowej (...) Nr 1/2012 na *Nadzór serwisowy nad Lokalnym Systemem Informatycznym do obsługi (...)* z firmą (...) z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej także: „Pzp”,

2) art. 17 ust. 6 w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a ustawy, w postępowaniu przetargowym na dostawę materiałów promocyjnych i informacyjnych oraz gadżetów reklamowych dla (...) Funduszu

Sygn. akt BDF1.4800.110.2015

(...), zwanego dalej: „F(...) w (...)” lub „Zamawiającym” poprzez dokonanie istotnych zmian w umowie zawartej w dniu 9 sierpnia 2012 r. na dostawę materiałów promocyjnych i informacyjnych oraz gadżetów reklamowych dla F(...) w (...) współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Spójności przez zawarcie dwóch aneksów:

a) w dniu 03 września 2012 r. zmieniono termin realizacji dostawy drugiego i trzeciego wydania publikacji pn. „(...)” oraz materiałów promocyjnych o 1 miesiąc w stosunku do zapisów SIWZ

b) w dniu 28 marca 2013 r. zmieniono o jeden miesiąc termin realizacji dostawy czwartego wydania „(...)”,

- co było niezgodne z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego RKO w pierwszym z zarzucanych czynów, tj. w sprawie zawarcia w dniu 1 lutego 2012 r. umowy serwisowej (...)Nr 1/2012 na „*Nadzór serwisowy nad Lokalnym Systemem Informatycznym do obsługi (...)*” z firmą (...) z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp – ustaliła następujący stan faktyczny.

W F(...) w (...) przeprowadzono postępowanie przetargowe na usługę dostawy, wdrożenia, przeszkolenia oraz zakup oprogramowania dotyczącego zintegrowanego systemu informatycznego. Jako wykonawcę usługi wybrano firmę (...), z którą w dniu 2 lutego 2010 r. podpisano umowę. Następnie w dniu 1 lutego 2012 r. – na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp – zawarto z firmą (...) umowę serwisową (...)Nr 1/2012 na modyfikację oprogramowania wynikającą ze zmian przepisów prawa polskiego i UE, aktualizację dokumentacji użytkowej oraz bieżące konsultacje telefoniczne w zakresie eksploatowanego oprogramowania z wynagrodzeniem zryczałtowanym w kwocie 877 zł netto miesięcznie. W ocenie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w umowie na budowę systemu, zawartej w 2010 r., Zamawiający nie uwzględnił usługi nadzoru serwisowego oraz ewentualnej modyfikacji nabywanego programu informatycznego, tym samym nie opisał w należyty sposób przedmiotu zamówienia oraz nie oszacował prawidłowo wartości zamówienia w pełnym zakresie. Kwestie te były znane w momencie wszczynania postępowania podstawowego na dostawę sprzętu informatycznego, a zamawiający powinien uwzględnić usługi nadzoru serwisowego do nabywanego programu. Znajduje to też swoje uzasadnienie w przepisach ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz.631 ze zm.), które wyłączają możliwość sprawowania nadzoru

serwisowego przez innych wykonawców niż podmiot posiadający prawa autorskie. Usługa serwisu jest jednym z podstawowych elementów sprawnego i funkcjonalnego korzystania z nabytego oprogramowania. Jeśli Zamawiający nie połączył jej z zamówieniem podstawowym, to powinien zapewnić sobie taki zakres uprawnień do systemu, który będzie mu pozwalał na udzielenie kolejnego zamówienia również innemu wykonawcy wybranemu w procedurze konkurencyjnej.

W ocenie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych doszło więc do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Przepis ten jednak należy interpretować w świetle udzielania zamówień publicznych, m.in. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W świetle tych zasad sytuacja opisana we wskazanym art. 67 musi być spowodowana przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od działań Zamawiającego. Natomiast zawarcie wspomianej umowy było, zdaniem Oskarżyciela, wynikiem błędu jakiego dopuścił się zamawiający na etapie postępowania przetargowego w 2010 r. na usługę dostawy, wdrożenia, przeszkolenia oraz zakup oprogramowania dotyczącego zintegrowanego systemu informatycznego.

W zakresie drugiego z zarzutów, tj. dokonania istotnych zmian w umowie zawartej w dniu 9 sierpnia 2012 r. na dostawę materiałów promocyjnych i informacyjnych oraz gadżetów reklamowych dla F(...) w (...) współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu (...) przez zawarcie dwóch aneksów: w dniu 3 września 2012 r. zmieniono termin realizacji dostawy drugiego i trzeciego wydania publikacji pn. „ (...)” oraz materiałów promocyjnych o jeden miesiąc w stosunku do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w dniu 28 marca 2013 r. zmieniono o jeden miesiąc termin realizacji dostawy czwartego wydania „ (...)” – ustalono w I instancji co następuje.

W dniu 12 lipca 2012 r. wszczęto postępowanie przetargowe pn. „Dostawa materiałów promocyjnych i informacyjnych oraz gadżetów reklamowych dla (...) Funduszu (...) w (...), współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu (...) w ramach Pomocy Technicznej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007–2013”. W rozdziale XVI ust. 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wskazano, że dopuszczone są zmiany w umowie w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia na skutek zaistnienia okoliczności uniemożliwiających wykonanie umowy zgodnie z

Sygn. akt BDF1.4800.110.2015

wymaganiami zamawiającego, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W dniu 9 sierpnia 2012 r. z wybranym wykonawcą (...) ze (...) zawarto umowę Nr 11/(...)/2012. Następnie, powołując się na zapis w SIWZ, o którym mowa wyżej, zawarto dwa aneksy do przedmiotowej umowy.

Pierwszym z aneksów, z dnia 3 września 2013 r., Zamawiający zmienił termin realizacji dostawy drugiego wydania publikacji pn. „(...)”, broszury informacyjnej i albumu promocyjnego będących materiałami konferencyjnymi, z uwagi na zmianę daty organizacji konferencji z końca października na początek grudnia 2012 r. – wpłynęło to na przesunięcie dostawy ww. materiałów oraz drugiego i trzeciego wydania „ (...)” o jeden miesiąc w stosunku do zapisów SIWZ.

Kolejną zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego, z dnia 28 marca 2013 r. Zamawiający zmienił o miesiąc termin realizacji dostawy czwartego wydania „(...)” powołując się na jego wykorzystanie jako materiału informacyjnego podczas obchodów 20-lecia F(...) w (...).

W ocenie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, nie wystąpiły okoliczności nieprzewidywalne z punktu widzenia Zamawiającego, a więc jego działanie naruszyło art. 144 ust. 1 Pzp. Zastosowany w SIWZ zapis odnośnie możliwości wprowadzania zmian był nieprecyzyjny, gdyż nie wskazano konkretnych okoliczności i przypadków zmiany umowy. Zgodnie z linią orzecniczą określenie warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego polegać musi na wykazaniu szczególnych przypadków, które mogą wystąpić w związku z realizacją zamówienia, mogących powodować potrzebę zmiany umowy.

Komisja Orzekająca I instancji w wyniku analizy obowiązujących przepisów prawa uznała, że Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych zarzucił Panu (...) popełnienie naruszenia dyscypliny, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy. Wskazany przepis reguluje, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania ocenę. W ocenie Oskarżyciela, Obwiniony naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Oceniając obowiązujący stan prawny, RKO zwróciła uwagę na art. 4 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro. Umowa serwisowa będąca przedmiotem sprawy opiewała na kwotę niższą niż wymieniona (wynagrodzenie wykonawcy 877 zł netto miesięcznie), a zatem Prezes F(...) w (...) nie był ustawowo zobligowany do stosowania Prawa zamówień publicznych. W tym stanie rzeczy, RKO uznała, iż działanie Pana (...)nie nosi znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp. Jednocześnie bezprzedmiotowe stało się rozważanie argumentów przedstawionych przez strony postępowania, w tym m.in. oceny umowy zawartej w dniu 1 lutego 2012 r. przez pryzmat umowy z 2 lutego 2010 r., czy przedawnienia karalności czynu.

Ponadto, Regionalna Komisja Orzekająca w przedmiotowej sprawie uznała, że Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych zarzucił Panu (...) popełnienie naruszenia dyscypliny, o którym mowa w art. 17 ust. 6 uoondfp. Wskazany przepis stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. W ocenie Rzecznika, Obwiniony naruszył art. 144 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Oceniając obowiązujący stan prawny, Komisja Orzekająca I instancji uznała, iż Pzp uzależnia możliwość dokonania istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego od przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określiła warunki takiej zmiany. *A contrario* rygorom przepisu nie jest poddana możliwość dokonania nieistotnej zmiany umowy. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (d. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości) wskazuje, iż zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Konieczne jest więc uwzględnienie wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz na potrzebę porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa, w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany, z innymi ofertami, które

zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie Oskarżyciel ograniczył się do opartego na przypuszczeniach stwierdzenia, iż przesunięcie terminu realizacji umowy jest zmianą istotną, gdyż mogło spowodować zwiększenie liczby wykonawców zainteresowanych ofertą z uwagi na wydłużenie terminu realizacji umowy.

W ocenie Komisji Orzekającej I Instancji, nawet gdyby uznać, iż przesunięcie terminu realizacji zamówienia o jeden miesiąc jest zmianą istotną, należy mieć na uwadze ustawową dopuszczalność takiej zmiany, w przypadku jej przewidzenia w SIWZ oraz określenia jej warunków. Z zebranego materiału dowodowego wynika jednoznacznie, iż zamawiający spełnił przedmiotowy warunek, przewidując w SIWZ (rozdział XVI ust. 6) możliwość dokonania zmian w umowie zawartej z Wykonawcą robót, w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia na skutek zaistnienia okoliczności uniemożliwiających wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, i których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

W tym stanie rzeczy RKO uznała, iż w działaniu Obwinionego brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 ustawy. Odmienna, subiektywna ocena stron, czy zaistniałe w sprawie okoliczności można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, nie zmienia faktu, iż przewidziano możliwości dokonania zmiany w SIWZ oraz określono warunki takiej zmiany, a zatem nie naruszono przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, w związku z czym na podstawie art. 78 ust 1 pkt 2 ustawy uniewinniono Pana (...) od zarzucanego czynu.

Odwołanie Oskarżyciela – pismo z dnia 23 kwietnia 2015 r. – zostało wniesione od orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji w całości i na niekorzyść Obwinionego z wnioskiem o uchylenie orzeczenia w całości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO, na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zaskarżonemu orzeczeniu składający odwołanie stawia zarzut:

- 1) błędnej interpretacji art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającej na przyjęciu, że wydłużenie terminu realizacji umowy nie stanowi zmiany istotnej umowy,
- 2) bezzasadnego uznania, że zapis w SIWZ przewidujący możliwość dokonania zmian w umowie zawartej z Wykonawcą w zakresie zmiany terminu realizacji zamówienia, na skutek zaistnienia okoliczności uniemożliwiających wykonanie przedmiotu umowy zgodnie

Sygn. akt BDF1.4800.110.2015

z wymaganiami zamawiającego, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, dał podstawę do zawarcia dwóch aneksów w zakresie wydłużenia czasu realizacji umowy,

3) bezzasadnego przyjęcia, że z uwagi na wartość umowy serwisowej zawartej w dniu 1 lutego 2012 r. poniżej 30 000 euro, zamawiający nie był zobowiązany stosować przepisów o zamówieniach publicznych, w tym trybu z wolnej ręki określonego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp.

Uzasadnienie wniesionego środka zaskarżenia rozwija zarzut odnośnie do czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego, w jednostce przeprowadzono postępowanie przetargowe na usługę dostawy, wdrożenia, przeszkolenia oraz zakup oprogramowania dotyczącego zintegrowanego systemu informatycznego dla F(...) w (...). Jako wykonawcę usługi wybrano firmę (...), z którą w dniu 2 lutego 2010 r. podpisano umowę. Następnie F(...) w (...) zawarł kolejno, z wolnej ręki trzy umowy serwisowe na czas określony do końca 2010, 2011 i 2012 r. – w tym ostatnią umowę w dniu 1 lutego 2012 r. Nr 1/2012 na modyfikację oprogramowania wynikającą ze zmian przepisów prawa polskiego i UE, aktualizację dokumentacji użytkowej oraz bieżące konsultacje telefoniczne w zakresie eksploatowanego oprogramowania. Stosownie do art. 29 Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest należyte i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich elementów pozwalających na jego użytkowanie. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w Rekomendacji Urzędu Zamówień Publicznych pn. *Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne rekomendacje, 2009* zamawiający już na etapie postępowania przetargowego powinien przewidzieć serwisowanie kupowanego programu informatycznego oraz ewentualną jego modyfikację. Powinien też uwzględnić to przy szacowaniu wartości zamówienia i poszerzyć zakres zamówienia. Natomiast w opisanym przypadku wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosiła 328 000 zł netto, a koszt wszystkich trzech umów wynosił 217 305,72 zł netto, co razem z wartością umowy podstawowej dało kwotę 545 305,72 zł netto.

W związku z powyższym nieuprawnione jest, zdaniem Oskarżyciela, twierdzenie Komisji Orzekającej I instancji, że – z uwagi na art. 4 pkt 8 Pzp – Zamawiający przy zawieraniu umowy serwisowej z dnia 1 lutego 2012 r. nie był zobowiązany do stosowania Prawa zamówień publicznych, gdyż odnosi się ono jedynie do wartości ostatniej umowy serwisowej,

której nie można oceniać w oderwaniu od pozostałych umów serwisowych oraz umowy podstawowej.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Przepis ten jednak należy interpretować w świetle udzielania zamówień publicznych m.in. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji z art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym, w świetle tych zasad sytuacja opisana we wskazanym art. 67 Pzp musi być spowodowana przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od działań Zamawiającego. Natomiast zawarcie wspomianej umowy było, zdaniem Oskarżyciela, wynikiem błędu, jakiego dopuścił się zamawiający na etapie postępowania przetargowego w 2010 r. na usługę dostawy, wdrożenia, przeszkolenia oraz zakup oprogramowania dotyczącego zintegrowanego systemu informatycznego. W umowie na budowę systemu Zamawiający nie uwzględnił usługi nadzoru serwisowego oraz ewentualnej modyfikacji nabywanego programu informatycznego, tym samym nie opisał w należyty sposób przedmiotu zamówienia oraz nie oszacował prawidłowo wartości zamówienia w pełnym zakresie. Usługa serwisu jest jednym z podstawowych elementów sprawnego i funkcjonalnego korzystania z nabytego oprogramowania. Jeśli Zamawiający nie połączył jej z zamówieniem podstawowym, to powinien zapewnić sobie taki zakres uprawnień do systemu, który będzie mu pozwalał na udzielenie kolejnego zamówienia również innemu wykonawcy wybranemu w procedurze konkurencyjnej.

Wnoszący środek odwoławczy nie zgodzi się również z twierdzeniem, że doszło do przedawnienia dokonanego naruszenia z uwagi na fakt, że postępowanie przetargowe przeprowadzono w 2010 roku i wtedy doszło do ewentualnego naruszenia przepisów przez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 2 undfp deliktem finansowym jest bowiem udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę. Natomiast w myśl art. 21 uondfp naruszenie dyscypliny finansów uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działań lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany. W świetle tych przepisów, w ocenie

Sygn. akt BDF1.4800.110.2015

Oskarżyciela, czasem, w którym działał Obwiniony był dzień zawarcia umowy serwisowej, z naruszeniem przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, tj. 1 lutego 2012 r. Na marginesie należy dodać, że przedawnieniu uległy czyny polegające na zawarciu dwóch poprzednich umów serwisowych z 2010 i 2011 r.

Dalej, w ocenie Oskarżyciela, odnośnie do drugiego z zarzuconych Obwinionemu czynów RKO stwierdziła, że Oskarżyciel nie uzasadnił, iż przesunięcie terminu realizacji umowy o jeden miesiąc jest istotną zmianą umowy, ograniczając się do opartego na przypuszczeniach stwierdzenia, że mogło ono spowodować zwiększenie liczby wykonawców zainteresowanych ofertą z uwagi na wydłużenie terminu realizacji zamówienia.

W stanowisku zawartym w odwołaniu wnoszący środek odwoławczy nie zgodził się z poglądem Komisji Orzekającej I instancji, która ograniczając się do wskazanego wyżej twierdzenia nie uzasadniła jednak, dlaczego, dokonana w umowie zmiana terminu realizacji zamówienia o jeden miesiąc jest, w jej ocenie, zmianą nieistotną. Przede wszystkim oskarżyciel podkreślił, że nie ma w ustawie o zamówieniach publicznych definicji istotnej zmiany umowy. Za zmiany nieistotne, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należy uznać takie, których wprowadzenie do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłoby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też wynik postępowania. *A contrario*, zmiany istotne to te, które mogłyby wpłynąć na krąg podmiotów lub wynik postępowania. Rzecznik rozwija szeroko w uzasadnieniu zarzut opierając argumentację na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz opiniach Urzędu Zamówień Publicznych utrzymując, iż doszło do naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp i w konsekwencji art. 17 ust. 6 w zw. z art. 13 pkt 6 lit. a uoondfp.

W toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej także: GKO, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych poparł odwołanie w zakresie pierwszego czynu, tj. udzielenia zamówienia z wolnej ręki przyjmując, że serwisowanie systemu informatycznego powinno być ujęte w opisanu i szacowaniu przedmiotu zamówienia w postępowaniu podstawowym. W przypadku drugiego z rozpatrywanych deliktów finansowych Oskarżyciel wskazał, że z § 4 umowy wynika, że wartość zamówienia nie przekracza progu stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, więc nie doszło do naruszenia prawa. obrońca wniósł o utrzymanie w mocy korzystnego dla Obwinionego rozstrzygnięcia RKO.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, GKO doszła do wniosku, że orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Szczecinie jest prawidłowe.

Rozstrzygając kwestię naruszenia przez Obwinionego ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Główna Komisja Orzekająca z urzędu uznała, że w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje inny stan prawny, niż w czasie dokonania zarzucanego naruszenia. Przed składem orzekającym w niniejszej sprawie stało zadanie dokonania analizy zmieniających się na przestrzeni lat 2012-2015 przepisów prawa: ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i ustawy Prawo zamówień publicznych, co jest niezbędne w świetle art. 24 ust. 1 ustawy. Rozpoznając merytoryczną poprawność orzeczenia wydanego przez RKO, GKO stwierdza, iż czyn zarzucany Obwinionemu został dokonany w dniu 1 lutego 2012 r., a więc przed dniem 11 lutego 2012 r., z którym wiąże się zasadnicza zmiana brzmienia art. 17 ustawy. Jednakże w obu porządkach prawnych czynem karalnym było i jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Z kolei przepis definiujący przesłanki dopuszczające stosowanie trybu niekonkurencyjnego w analizowanym zakresie merytorycznym (art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp) nie ulegał zmianie na przestrzeni badanego okresu. Główna Komisja Orzekająca podziela rozważania Komisji Orzekającej I instancji i, po dokonaniu analizy reżimu prawnego, w jakim jest rozpatrywany zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, uznaje, że do orzekania w niniejszej sprawie należy przyjąć stan prawny z dnia orzekania, gdyż brzmienie przepisów ww. ustaw w dacie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu nie jest względniejsze dla sprawy.

Rozpoznając zarzuty pierwszy i drugi odwołania, dotyczące błędnej interpretacji art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w świetle stanowiska Oskarżyciela na rozprawie będącego *de facto* odstępniem od popierania tych zarzutów, GKO stwierdza, że orzeczenie Komisji Orzekającej I Instancji powinno zostać utrzymane w obrocie prawnym. Dopuszczalność zmiany zawartej umowy podlega ocenie, o której mowa w art. 144 ust. 1 Pzp o tyle, o ile umowa jest umową w sprawie zamówienia publicznego o wartości większej niż próg stosowania Prawa zamówień publicznych. Próg bagatelności w zamówieniach publicznych (równowartość 30.000 euro) powoduje, że nie każde zamówienie publiczne –

Sygn. akt BDF1.4800.110.2015

umowa odpłatna – podlega ścisłym i restrykcyjnym reżimom prawnym. Skoro wartość umowy nie jest na tyle wysoka, aby w grę wchodziły ograniczenia w zakresie swobody zawierania umów oraz w zakresie swobody zmieniania umów, to GKO akceptuje stanowisko Oskarżyciela. W efekcie pogłębiona merytorycznie kontrola instancyjna orzeczenia RKO jest zbędna.

Kolejny zarzut odwołania dotyczy naruszenia przez Obwinionego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp. Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 Pzp).

Jeżeli przy udzielaniu zamówienia publicznego w grę wchodzi konieczność ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, a w szczególności ochrona praw autorskich, to zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 66 ust. 1 Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Innymi słowy, jeśli jakiś podmiot jest w posiadaniu autorskich praw majątkowych do utworu, to dysponuje on wyłącznym prawem, które może zbyć w drodze umowy rozporządzającej tym prawem autorskim – z ekonomicznego punktu widzenia jest on monopolistą.

W każdym przypadku trzeba mieć na uwadze to, że zgodnie z art. 4 pkt 8 Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że będąca przedmiotem niniejszej sprawy umowa serwisowa (...) Nr 1/2012 określiła wynagrodzenie miesięczne na poziomie 877 zł netto. Jak bez trudu można obliczyć wartość zamówienia obliczona zgodnie z art. 32 i nast. Pzp jest równa 10.524 zł, co nie przekracza równowartości kwoty 30 000 euro.

Przechodząc do szczegółowej analizy zarzutów należy wskazać, co następuje. Stanowisko Oskarżyciela sięga do „praprzyczyny” zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów, którym miało być błędne przygotowanie i oszacowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 2010 r. na dostawę, wdrożenie, przeszkolenie oraz zakup oprogramowania

dotyczącego zintegrowanego systemu informatycznego – Lokalnego Systemu Informatycznego do obsługi (...). W roku 2009 upublicznione zostały przez Urząd Zamówień Publicznych „*Rekomendacje udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne*”. Dokument ten ma zapobiec nieprawidłowościom polegającym na udzielaniu zamówieniom w trybie z wolnej ręki. Jakkolwiek w ocenie GKO jest to bardzo wartościowa publikacja, która powinna pomóc w praktyce wielu Zamawiającym, to nie można jej zastosować w rozpatrywanej sprawie, ponieważ dotyczy budowy systemu informatycznego, czyli umowy z 2010 roku, co nie było przedmiotem postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozpoznawanej sprawie.

Analizowany delikt finansowy jest związany z zamówionym systemem informatycznym a kwestionowana umowa z wolnej ręki została zawarta w 2012 roku. GKO w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, że brak podstaw, aby w tak prosty i bezpośredni sposób łączyć wszystkie umowy w sprawie jednego systemu informatycznego i przyjmować, że każda umowa dotycząca serwisowania nabytego systemu informatycznego powiększa wartość zamówienia podstawowego. Zamówienie publiczne udzielone w dniu 1 lutego 2012 r., tj. umowa serwisowa (...) Nr 1/2012 na Nadzór serwisowy nad Lokalnym Systemem Informatycznym do obsługi (...), jest samodzielnym zamówieniem publicznym. Ponieważ wartość ww. zamówienia nie przekracza progu istotności warunkującego obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, to – podobnie jak w przypadku pierwszego zarzutu – nie można oceniać umowy z 2012 roku przez pryzmat art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp.

Na etapie inicjowania zamówienia publicznego Zamawiający jest zobowiązany do oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością, lecz to do Zamawiającego należy decyzja, na jaki okres czasu zamierza powierzyć wykonawcy realizację zadania. GKO stoi na stanowisku zgodnie, z którym Zamawiający może skorzystać z zasady roczności planowania finansów publicznych i rok po roku zawierać umowy w zależności od potrzeb i posiadanych środków.

GKO nie podzieliła argumentacji podtrzymanej w toku rozprawy, a dotyczącej tego, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych polega na podzieleniu zamówienia publicznego w roku 2010 na części. A już z całą pewnością nie może zgodzić się na dochodzenie odpowiedzialności w tym zakresie na etapie rozprawy w II instancji odnoszącej się do czynu popełnionego w roku 2012. Jest prawdopodobne, że Zamawiający nie zastosował się do

Sygn. akt BDF1.4800.110.2015

„Rekomendacji udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne”, lecz nie tego dotyczy niniejsza sprawa. Z uwagi na upływ czasu ewentualne błędy w postępowaniu podstawowym wymykają się spod kontroli systemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, lecz taki był zamiar ustawodawcy, który określił ramy czasowe tej odpowiedzialności poprzez instytucje przedawnienia. Przedawnienie, uregulowane w art. 38 uondfp, polega na ustawowej rezygnacji z karania lub wykonania kary w związku z upływem znacznego czasu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.