



**ORZECZENIE**  
**GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH**  
**O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 20 września 2012 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Maciej Berek (<i>spr.</i>)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Przemysław Szelerski</b>
Protokolant:		<b>Anna Jedlińska</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2012 r. odwołania Obwinionej (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w (...) z dnia 28 maja 2012 r., nr DB-0965/12/12, w zakresie, w którym uznano Obwinioną (...), pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...)Zakładu Opieki Psychiatrycznej (...), winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego w dniu 30 grudnia 2010 r., w trybie z wolnej ręki na „Usunięcie kolizji elektroenergetycznej”, na kwotę 74.420,00 zł bez spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w tym trybie wynikających z przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy - Prawo zamówień publicznych,

oraz wymierzono Obwinionej karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł,

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla orzeczenie w zaskarżonym zakresie i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinioną.**

**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 (...) orzeczeniem z dnia 28 maja 2012 r.:

- uniewinniła Panią (...), pełniącą w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję dyrektora (...) Zakładu Opieki Psychiatrycznej w (...) – nazywanej dalej Obwinioną – od zarzutu popełnienia czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na „Usunięcie kolizji elektroenergetycznej”, wykonawcy, który nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co było sprzeczne z art. 68 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych;
- uznała Obwinioną winną popełnienia czynu polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na „Usunięcie kolizji elektroenergetycznej”, bez spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w tym trybie wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy - Prawo zamówień publicznych, tj. winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy.

Regionalna Komisja Orzekająca, nazywana dalej także RKO, wymierzyła Obwinionej karę upomnienia oraz obciążyła Obwinioną kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

Uzasadnienie RKO w zakresie czynu, od którego popełnienia RKO Obwinioną uniewinniła zostanie w tym miejscu pominięte, ze względu na zakres zaskarżenia orzeczenia RKO oraz brak związku pomiędzy wywodami z uzasadnienia odnoszącymi się do poszczególnych analizowanych przez RKO czynów. W zakresie uzasadnienia przypisanego Obwinionej naruszenia dyscypliny finansów publicznych (stanowiącego pkt 2 w *petitum* orzeczenia RKO, natomiast w uzasadnieniu RKO błędnie opisywanego jako „czyn pierwszy”), RKO ustaliła, iż Obwiniona w dniu 25 listopada 2010 r. w imieniu (...) Zakładu Opieki Psychiatrycznej w (...) zawarła umowę nr WUK/97/TR/2010 z (...) z siedzibą w (...) na usunięcie kolizji z siecią elektroenergetyczną. Zawarcie umowy związane było z otrzymaniem przez Zakład dotacji z budżetu Województwa (...) z przeznaczeniem na budowę pawilonu oddziału leczenia uzależnień z pododdziałem detoksykacyjnym i poradnią leczenia uzależnień. Ostateczna wartość umowy, zgodnie z kwotą opłaconej przez Zamawiającego faktury, wynosiła 74.420 zł.

RKO ustaliła, że na możliwość wykonania zamówienia wyłącznie przez właściciela linii elektroenergetycznej, którym jest (...) wskazano w protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, zatwierdzonym przez Obwinioną w dniu 30 grudnia 2012 r. RKO w uzasadnieniu przywołała wyjaśnienia Obwinionej i pełnomocnika Obwinionej, zgodnie z którymi z uwagi na realia czasowe, tj. konieczność wydatkowania środków do 31 grudnia 2010 r., a także uwarunkowania prawne (związane z zawartą umową) jedyną możliwością było wykorzystanie trybu z wolnej ręki. Zdaniem Obwinionej, przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy - Prawo zamówień publicznych mógł być w przedmiotowej sprawie zastosowany ze względu na prawa wyłączne, którymi są „uprawnienia właścicielskie właściciela urządzenia energetycznego”. Obwiniona w toku postępowania przed RKO twierdziła, że „prawo własności daje prawo wyłącznie właścicielowi do jego własności”, co oznacza, że „Spółka (...) ma wyłączne prawo do ingerencji w to urządzenie [urządzenie energetyczne, którego przebudowa była przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego], a w szczególności do jego przebudowywania.”. Obwiniona, powołując się na prawo własności urządzenia energetycznego, wskazywała, że z prawa tego wynika zarówno uprawnienie do wyrażenia zgody na dokonanie przebudowy urządzenia, jak i określenie warunków technicznych i prawnych tej przebudowy, co uprawnia do stwierdzenia o spełnieniu przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Dokonując oceny stanu faktycznego oraz analizy prawnej, RKO przywołała regułę, jaką jest stosowanie konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia publicznego. Analizując art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy - Prawo zamówień publicznych, RKO wskazała, że przepis ten upoważnia do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, jeśli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi, czy roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, przy czym przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, a przesłanki wynikające z przywołanego przepisu muszą wystąpić łącznie – usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę oraz zaistniały obiektywne przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych. RKO na tym tle wskazała, że oczywiste jest istnienie konkurencji na rynku usług elektroenergetycznych, co oznaczało, że istniała potencjalna możliwość realizacji tego zamówienia przez inny niż wskazany przez zamawiającego podmiot. RKO przywołała także fragment pisemnych wyjaśnień złożonych przez przedstawiciela (...), który stwierdził, że podstawową formą realizacji inwestycji związanej z przebudową sieci jest jej realizacja przez Oddział Spółki w jeden z następujących sposobów: wykonawstwo w ramach służb własnych lub zlecenie zadania firmom zewnętrznym. Zgodnie z tym wyjaśnieniem, istnieje możliwość odstąpienia od tej reguły jedynie w szczególnych przypadkach (np. gdy termin realizacji przebudowy zaproponowany przez Spółkę w znaczący sposób koliduje z innymi zobowiązaniami zainteresowanego) lub są inne obiektywne techniczne lub ekonomiczne przyczyny. Każde odstępstwo od przyjętej reguły postępowania wymaga analizy i następnie decyzji dyrektora generalnego Oddziału. W przypadku prac wykonywanych na rzecz (...) Zakładu Opieki (...) analiza taka nie była prowadzona, ponieważ Zakład nie wystąpił ze stosownym wnioskiem.

RKO uznała więc, że w tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym brak było przesłanek do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji zachowanie Obwinionej wypełniło znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie orzekania (oraz odpowiednio art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu).

Odwołanie od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej złożył obrońca Obwinionej, zaskarżając orzeczenie w zakresie, w jakim przypisano Obwinionej naruszenie

dyscypliny finansów publicznych, wymierzono karę upomnienia oraz obciążono kosztami postępowania (pkt 2-4 orzeczenia RKO). W odwołaniu zarzucono orzeczeniu RKO naruszenie prawa materialnego, tj. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą jego interpretację i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy. Odwołujący się wniósł o uchylenie orzeczenia RKO w zaskarżonej części i uniewinnienie Obwinionej od przypisanego jej czynu, względnie o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i przekazanie do ponownego rozpoznania przez RKO.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b - Prawa zamówień publicznych odwołujący się do praw wyłączonych należy interpretować w ten sposób, że owa „wyłączność” ma wynikać z okoliczności prawnych, a nie faktycznych. Zdaniem odwołującego, taki charakter – poza wyłącznością wynikającą z prawa własności przemysłowej czy prawa autorskiego – ma prawo własności. Prawo własności „jest >>prawem wyłącznym<<, gdyż daje prawo wyłącznie właścicielowi do posiadania, korzystania, czerpania pożytków, dysponowania jego własnością”. Skoro roboty budowlane dotyczyły urządzenia energetycznego stanowiącego własność (...), to tylko Spółka ta jako właściciel ma wyłączne prawo do ingerencji w to urządzenie, a w szczególności do jego przebudowywania. Odwołujący, przyznając rację twierdzeniu RKO, że istnieje wiele podmiotów mogących świadczyć usługi elektroenergetyczne takie same, jak będące przedmiotem zamówienia, podkreślił, że „tej konkretnej usługi nikt bez zgody Spółki (...) nie mógłby wykonać”.

W trakcie rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą Obrońca Obwinionej podtrzymał zarzuty i żądania sformułowane w pisemnym odwołaniu. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów przychylił się do poglądu wyrażonego w odwołaniu, że prawo własności należy traktować jako prawo wyłączne w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b - Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji Rzecznik wniósł o uchylenie orzeczenia I instancji i uniewinnienie Obwinionej.

Główna Komisja Orzekająca, nazywana dalej także GKO, rozpatrując przedmiotową sprawę, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności GKO, mając na względzie regułę ustanowioną w art. 24 ust. 1 ustawy, przyjęła jako podstawę rozstrzygnięcia przepisy obowiązujące w dacie orzekania,

jako że przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie popełnienia czynu nie były dla Obwinionej względniejsze.

GKO nie podziela wyrażonej w odwołaniu interpretacji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi, roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Zdaniem GKO, przepis ten należy wyklądać ściśle i zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Oznacza to, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne, jeśli obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zamówienia, ale ponadto okoliczność czyniąca dany podmiot owym wyłącznym możliwym wykonawcą wynika z przepisów prawnych, które zapewniają temu podmiotowi ochronę praw wyłącznych. Innymi słowy, zamawiający nie może udzielić zamówienia innemu podmiotowi, jeżeli tym samym doszłoby do naruszenia praw wyłącznych, a istnienie tych praw wyłącznych uzasadnia konstatację o istnieniu tylko jednego podmiotu, który może zamówienie wykonać.

Bezsporne jest, przyznaje to także składający odwołanie, poszukiwanie tych praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów w poszczególnych przepisach ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ale także np. z przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe. Niewątpliwie ustawodawca odwołując się do „praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów” wskazuje na pewną ograniczoną kategorię praw ustanawianych szczególnymi i jednoznacznymi przepisami na rzecz określonego katalogu podmiotów. GKO nie podziela oceny odwołującego, iż prawem wyłącznym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych jest prawo własności regulowane przepisami kodeksu cywilnego. Oczywiście jest, że wykonywanie w analizowanym stanie faktycznym prac nie mogłoby być w sposób legalny przeprowadzone z naruszeniem praw właściciela, ale teza ta w żadnej mierze nie prowadzi do wniosku, że wyłącznie właściciel może wykonywać prace na rzeczy stanowiącej jego własność. Nieuprawnione jest wnioskowanie, na którym oparto żądanie odwołania, że każda ingerencja w przedmiot prawa własności (tutaj: wykonanie robót budowlanych) wiąże się z nieuprawnionym naruszeniem prawa własności. Odwołujący się nie wskazał zresztą, na czym

miałoby polegać naruszenie prawa własności, gdyby prace wykonał podmiot inny niż właściciel, ale za zgodą właściciela. Obwiniona, co przyznał jej obrońca w toku rozprawy przed GKO, nie poszukiwała możliwości wykonania przedmiotowych prac przez inny podmiot niż przez samego właściciela lub wskazanego przez właściciela podwykonawcę.

GKO doszła jednak do wniosku, iż w przedmiotowej sprawie należy uniewinnić Obwinioną, z innych jednak przesłanek niż wskazane zastały w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 19 ust. 2 ustawy, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych może ponosić tylko osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Obwiniona w przedmiotowej sprawie udzieliła w dniu 25 sierpnia 2010 r. pełnomocnictwa Panu (...), reprezentującemu firmę (...) do reprezentowania (...) Zakładu Opieki Psychiatrycznej w (...). Wyznaczony pełnomocnik wystąpił do firmy (...) o ustalenie warunków usunięcia kolizji z siecią elektroenergetyczną. W odpowiedzi na wniosek (...) pismem z dnia 26 października przedstawiła warunki usunięcia kolizji, przy czym zarówno treść pisma, jak i załączonego do pisma wzoru umowy w sprawie usunięcia kolizji elektroenergetycznej wskazywały, że fizyczne wykonanie prac pozostaje po stronie (...). Jakkolwiek dalsze wyjaśnienia w tej sprawie – prowadzone jest w toku postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych – wykazały, że istniała możliwość wystąpienia do (...) o określenie innych warunków wykonania robót, a procedury (...) nie wykluczają (choć też nie gwarantują) akceptacji takiego wniosku, to jednak kluczowa dla sprawy zawisłej przed GKO jest ocena dopuszczalności przypisania Obwinionej winy w momencie popełnienia przypisywanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. GKO oceniła więc, czy od należycie starannego kierownika jednostki sektora finansów publicznych można oczekiwać, aby otrzymawszy tak, a nie inaczej skonstruowaną umowę o usunięcie kolizji z siecią elektroenergetyczną, mającą – w sensie jej prezentacji – cechy umowy, do której można jedynie przystąpić, poszukiwał alternatywnej możliwości wykonania prac związanych z usunięciem kolizji. Nie negując faktu, że tego typu aktywne poszukiwanie innych rozwiązań byłoby pożądane, GKO nie uznaje, aby zachowanie takie można było zaliczyć do oczywiście wymaganej od kierownika jednostki staranności. Ta ocena przesądza o braku możliwości przypisania Obwinionej winy, co z kolei wskazuje na konieczność uniewinnienia Obwinionej i wydania orzeczenia jak w *petitum*.