



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 15 lipca 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz
	<i>Członek GKO:</i>	Zdzisława Wasążnik
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Roberta Wydry,**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2013 r. odwołania, które wniósł Obwiniony (...), od orzeczenia Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji z dnia 28 lutego 2013 r., nr MAC-MKO-361/118/84/2012, którym uznano Obwinionego (...) zam. (...), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję (...) Województwa (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na udzieleniu w dniu 29 czerwca 2010 r. firmie (...), zamówienia publicznego w przedmiocie dostawy Systemu Informacji Prawnej (...) dla samorządu terytorialnego, z naruszeniem przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i lit. b ustawy – Prawo zamówień publicznych,

oraz odstąpiono od wymierzenia kary Obwinionemu, natomiast obciążono obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 297,47 zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyła zaskarżone orzeczenie w całości:

1. na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 ustawy uniewinnia Obwinionego,
2. na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Międzyresortowa Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji, nazywana dalej także MKO, orzeczeniem z dnia 28 lutego 2013 r. uznała Pana (...), pełniącego w czasie popełnienia przypisanych mu czynów funkcję Sekretarza Województwa (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 2 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) - zwana dalej ustawą (art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a tej ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu), polegającego udzieleniu w dniu 29 czerwca 2010 r. firmie (...) zamówienia publicznego na dostawę Systemu Informacji Prawnej (...) dla Samorządu Terytorialnego, z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Komisja odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary oraz obciążzyła Obwinionego kosztami postępowania w wysokości 297,47 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia MKO wskazała, że stwierdzenie przedmiotowego naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonane zostało w pierwszej kolejności w ustaleniach kontroli, którą Urząd Zamówień Publicznych przeprowadził w Urzędzie Marszałkowskim (...), a następnie potwierdzone w uchwale z dnia 4 kwietnia 2012 r. Krajowej Izby Odwoławczej, która rozpatrywała zastrzeżenia wniesione do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

MKO ustaliła następujące okoliczności faktyczne przypisanego Obwinionemu czynu. W dniu 15 czerwca 2010 r. Zarząd Województwa (...) podjął uchwałę w sprawie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki,

na dostawę Systemu Informacji Prawnej (...) dla Samorządu Terytorialnego. W dniu 29 czerwca 2010 r. (...), Sekretarz Województwa (...), działając w imieniu i na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...), udzielił firmie (...) przedmiotowego zamówienia o wartości 245.740,95 zł. MKO ustaliła, że Obwiniony był upoważniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia. Analizując okoliczności prawne, Komisja Orzekająca I instancji podkreśliła, że podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a zastosowanie pozostałych przewidzianych przez ustawę - Prawo zamówień publicznych trybów, uzależnione jest od spełnienia przesłanek określonych w ustawie. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawa lub usługa może być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę:

- z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
- z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,
- w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

MKO podkreśliła, że istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, a nie z subiektywnego przekonania zamawiającego. Komisja przeanalizowała każdą z wymienionych powyżej przesłanek dopuszczalności trybu z wolnej ręki, uznając następnie, że Obwiniony nie udowodnił, aby przedmiotowe zamówienie mogło być zrealizowane wyłącznie przez jednego wykonawcę. Komisja podkreśliła, że Obwiniony nie przedstawił żadnych dowodów na przeprowadzenie w jakiegokolwiek formie rzeczywistego rozeznania rynku, oparł się natomiast na oświadczeniu samego wykonawcy, któremu udzielił zamówienia. MKO, powołując się na ustalenia kontroli Urzędu Zamówień Publicznych, uznała, że na rynku działa, co najmniej trzech wykonawców, którzy w dacie udzielenia zamówienia posiadali w swej ofercie systemy informacji prawnej odpowiadające wymaganiom zamawiającego określonym w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia publicznego. MKO podkreśliła, że z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego nie wynika, aby jedną z okoliczności decydujących o wyborze trybu były warunki stawiane wykonawcy takie jak wymóg uporządkowania bazy danych aktów prawnych opublikowanych w wojewódzkich dziennikach urzędowych w oparciu o hasła tematyczne, czy wykluczenie możliwości korzystania z bazy aktów prawnych opublikowanych w wojewódzkich dziennikach urzędowych poprzez linki do właściwych stron internetowych. Zdaniem MKO,

„skonstruowany” przez zamawiającego przedmiot zamówienia miał niewątpliwie więcej niż jednego „adresata”.

W odwołaniu od orzeczenia MKO, Obwiniony wniósł o uchylenie orzeczenia MKO i umorzenie postępowania, ponieważ czyn przypisany Obwinionemu nie ma, w jego ocenie, znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując się do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki dysponował już wiedzą pochodzącą od bezpośrednich użytkowników (zatrudnionych w Urzędzie informatyków oraz prawników) innych niż (...) systemów informacji prawnej. Z tego względu jako zamawiający ograniczył rozpoznanie rynku tych systemów do uzyskania oświadczenia firmy (...) (wytwórcy programu (...)), które to oświadczenie potwierdziło zdobytą wcześniej wiedzę. Zdaniem Obwinionego, taki sposób działania zamawiającego okazał się w zupełności wystarczający dla uzyskania rzeczywistego obrazu rynku, ponieważ z informacji uzyskanych w późniejszym terminie przez zamawiającego wynika, że ani program (...) (oferowany przez (X)) ani program (...) (oferowany przez (Y) nie dają kompletnego i swobodnego dostępu do ujednoliconych tekstów aktów prawnych opublikowanych w wojewódzkich dziennikach urzędowych 16 województw od dnia 1 stycznia 1999 roku. Obwiniony wskazał, że program (...) posiada bazę aktów prawnych opublikowanych w wojewódzkich dziennikach urzędowych od dnia 1 stycznia 2009 r., nie jest ona jednak porządkowana w oparciu o hasła tematyczne, co w znacznym stopniu utrudnia korzystanie z tej bazy danych. Natomiast dostęp do aktów wcześniejszych odbywa się poprzez tzw. linki do właściwych stron internetowych, na których publikowane są wojewódzkie dzienniki urzędowe. Obwiniony podniósł problem ewentualnych ograniczeń w dostępie do tej części aktów ze względu na możliwe problemy techniczne związane z dostępem do zewnętrznych stron internetowych, a także kwestię pracowników zamawiającego, z których część – ze względów bezpieczeństwa – pracuje na stanowiskach komputerowych pozbawionych w sposób trwały dostępu do sieci internetowej, co oznaczałoby uniemożliwienie tym osobom korzystanie z części takiego systemu informacji prawnej. Obwiniony wskazał także, że w wojewódzkich dziennikach urzędowych nie są publikowane teksty ujednolicone aktów prawa miejscowego. Zdaniem Obwinionego, w chwili wszczynania przedmiotowego postępowania i nadal system informacji prawnej (...) jest jedynym tego typu systemem umożliwiającym dostęp do ujednoliconych tekstów aktów prawnych opublikowanych w wojewódzkich dziennikach urzędowych 16 województw od dnia 1 stycznia 1999 r.

Dodatkowo Obwiniony wskazał, że zakres przedmiotowego zamówienia obejmował również aktualizacje dotychczas użytkowanego przez zamawiającego oprogramowania, a aktualizacja taka dokonana być może w sposób oczywisty jedynie przez podmiot posiadający odpowiednie prawa wyłączne do aktualizowanego oprogramowania.

Przytoczone powyżej okoliczności w przekonaniu Obwinionego przesądzają o dopuszczalności zastosowania w przedmiotowym postępowaniu trybu z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Obwiniony podniósł także, że w związku z odmową wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez (...) - Skarbnika Województwa (...), komisją właściwą do rozpoznania sprawy Obwinionego nie jest Międzyresortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy ministrze właściwym do spraw administracji, właściwą jest bowiem regionalna komisja orzekająca właściwa terytorialnie dla Regionalnej Izby Obrachunkowej w (...), a w konsekwencji właściwym do prowadzenia postępowania jest także rzecznik dyscypliny finansów publicznych właściwy dla regionalnej komisji orzekającej.

Główna Komisja Orzekająca, nazywana dalej także GKO, rozpoznała odwołanie na rozprawie w dniu 15 lipca 2013 r. W pierwszej kolejności GKO odniosła się do zawartego w treści odwołania wniosku Obwinionego o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania. GKO odnotowała, że Przewodniczący GKO nie rozpatrzył przedmiotowego wniosku jako wniosku o przywrócenie terminu – ponieważ środek zaskarżenia został wniesiony z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 138 ust. 3 ustawy.

GKO rozważyła także, podniesiony przez Obwinionego fakt wydania orzeczenia w I instancji przez niewłaściwą komisję. W istocie w świetle brzmienia art. 49 ustawy nie budzi wątpliwości, że Międzyresortowa Komisja Orzekająca przy Ministrze Administracji i Cyfryzacji nie jest właściwa do rozpoznawania sprawy, w której obwinionym jest osoba pełniąca funkcję sekretarza województwa. Niezweryfikowanie tej okoliczności przez MKO należy poddać stanowczej negatywnej ocenie, zgodnie bowiem z art. 111 ust. 1 ustawy, komisje orzekające badają swoją właściwość z urzędu. GKO podkreśla jednak, że wydane przez MKO orzeczenie – pomimo wskazanego uchybienia – jest ważne i jako takie może być przedmiotem odwołania. Zgodnie bowiem z art. 111 ust. 2 ustawy, stwierdzenie niewłaściwości przez komisję i przekazanie sprawy właściwej komisji orzekającej może

nastąpić nie później niż do otwarcia postępowania dowodowego. Po otwarciu postępowania dowodowego nie ma możliwości prawnej skorygowania zaistniałego błędu co do właściwości komisji orzekającej I instancji.

GKO, zgodnie z wymogiem określonym w art. 24 ust. 1 ustawy, uznała, że stan prawny obowiązujący w dacie popełnienia czynu nie jest dla Obwinionego względniejszy, co przesądziło o przyjęciu jako podstawy rozstrzygnięcia sprawy przez GKO, stanu prawnego obowiązującego w dacie orzekania. GKO w tym miejscu stwierdza, że w uzasadnieniu orzeczenia MKO brak jest informacji o dokonaniu przez MKO uzasadnionego wyboru właściwego stanu prawnego w rozumieniu art. 24 ust. 1 ustawy stanowiącego podstawę orzekania.

W trakcie rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji.

Przyjęty przez zamawiającego tryb postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego powoduje istotne ograniczenie w prowadzonej dokumentacji postępowania. Ze zgromadzonych w aktach dokumentów przywołać więc należy treść uchwały nr (...) Zarządu Województwa (...) z dnia 15 czerwca 2010 r. w sprawie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, w treści której wskazano, że przedmiotem zamówienia jest zakup Systemu Informacji Prawnej (...) dla Samorządu Terytorialnego. W uzasadnieniu uchwały wskazano, że zastosowanie trybu określonego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy - Prawo zamówień publicznych, wynika z możliwości świadczenia usługi przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych. Zgodnie z uzasadnieniem uchwały, programy o nazwach: (...) Omega, (...) dla Samorządu Terytorialnego, (...) dla Sędziego i Prokuratora w wersji na DVD, (...) dla Sędziego i Prokuratora Plus w wersji na DVD – są jedynymi dostępnymi na rynku (w sprzedaży) programami dającymi dostęp w okresie abonamentowym do modułu „Prawo miejscowe”, który obejmuje w sposób kompletny ujednolicone teksty aktów prawnych opublikowanych w wojewódzkich dziennikach urzędowych 16 województw w okresie od dnia 1 stycznia 1999 r. W tym miejscu GKO pragnie podkreślić, że sam fakt podjęcia takiej uchwały przez Zarząd Województwa nie przesądza jeszcze o braku odpowiedzialności Obwinionego za ewentualne naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie bowiem z art. 29 ust. 2

ustawy, ekskulpacja uzależniona jest od określonych działań osoby wykonującej tego typu uchwałę.

W ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (data zamieszczenia: 6 października 2010 r.) wskazano jako przedmiot zamówienia zakup Systemu Informacji Prawnej (...) dla Samorządu Terytorialnego, a w uzasadnieniu zastosowanego trybu wskazano te same okoliczności, jak w uzasadnieniu uchwały Zarządu Województwa.

Zdaniem GKO, treść przywołanych dokumentów jednoznacznie wskazuje, że zamawiający zamierzał nabyć system informacji prawnej, którego jednym z elementów miało być zapewnienie dostępu użytkownikom programu do ujednoczonych tekstów aktów prawnych opublikowanych od dnia 1 stycznia 1999 r. w wojewódzkich dziennikach urzędowych 16 województw. Okoliczność ta uznana została, jak się wydaje, także przez organy prowadzące postępowanie na wcześniejszych jego etapach, w tym przez Komisję Orzekającą I instancji. Ustalenie to ma kluczowe znaczenie dla oceny prawidłowości zarzutu sformułowanego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, a podzielonego przez MKO sprowadzającego się do stwierdzenia, że w dacie udzielania zamówienia istniały na rynku inne podmioty (niż ten, z którym umowę zawarł zamawiający), które mogły dostarczyć zamawiającemu produkt zgodny z określonymi przez niego wymaganiami.

Weryfikacja tego stwierdzenia może być przeprowadzona na kilka sposobów, w ocenie GKO, wystarczającym jest oparcie się o znajdujące się w aktach sprawy oświadczeniach firm oferujących produkty konkurencyjne w stosunku do systemu, który nabył zamawiający. Zgodnie z oświadczeniem przedstawiciela firmy (Y) (k. 79), system informacji prawnej (...) gwarantuje dostęp do kompletnej bazy aktów prawa miejscowego począwszy od wprowadzenia obowiązku ich publikacji w wersji elektronicznej, tj. od 2009 r. Z treści oświadczenia wynika więc *a contrario*, że system (...) nie gwarantuje dostępu do kompletnej bazy aktów prawa miejscowego z okresu przed 1 stycznia 2009 r., a to oznacza, że system ten nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego.

Z oświadczenia złożonego w imieniu firmy (X) (k. 78 odwrot) wynika, że system informacji prawnej (...) umożliwia pobieranie i przeglądanie tekstów aktów prawnych opublikowanych w wojewódzkich dziennikach urzędowych – bezpośrednio z wojewódzkich dzienników urzędowych zamieszczonych na stronach internetowych urzędów wojewódzkich, za pomocą linków zawartych w systemie informacji prawnej odsyłających do tych

dzienników. Ustalenie, czy w wojewódzkich dziennikach urzędowych publikowane są teksty jednolite aktów prawa miejscowego dotyczy faktu notoryjnego, którego potwierdzenie było obowiązkiem organów prowadzących postępowania w przedmiotowej sprawie. W uzasadnieniu orzeczenia MKO takiego ustalenia brak, gdyby było ono zamieszczone musiałoby negatywnie odpowiedzieć na pytanie o powszechną dostępność w wojewódzkich dziennikach urzędowych ujednoliconych tekstów aktów prawnych.

Twierdzenie MKO, iż „tak sformułowany przedmiot zamówienia miał niewątpliwie więcej niż jednego adresata” nie wytrzymuje więc konfrontacji z dokumentami zawartymi w aktach sprawy oraz elementarnymi regułami wnioskowania. W ocenie GKO, ani Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, ani Komisja Orzekająca I instancji nie wykazały, na czym polega rzekoma fałszywość oświadczenia zamawiającego, że warunki określone przez niego w prowadzonym postępowaniu spełniał tylko jeden z systemów informacji prawnej dostępnych na rynku. Rozważania MKO zbędnie odnoszą się do kwestii uporządkowania lub nieuporządkowania dostępnej w ramach jednego z systemów bazy danych według haseł przedmiotowych, bez znaczenia dla sprawy jest także – prawidłowe – ustalenie przez MKO, że warunki określone przez zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia nie uwzględniały braku możliwości odsyłania przez system informacji prawnej do zewnętrznych serwerów, na których udostępniane są wojewódzkie dzienniki urzędowe. Skoro postępowanie prowadzone jest w ramach zarzutu naruszenia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, to kluczowym elementem analizy powinna być bowiem rzetelna weryfikacja, czy produkty konkurencyjne spełniały wymagania postawione przez zamawiającego.

Już tylko na marginesie godzi się zauważyć, że w przywołanym wcześniej oświadczeniu składanym w imieniu firmy (Y) wprost znajduje się stwierdzenie, że dostęp do aktów prawa miejscowego począwszy od dnia 1 stycznia 1999 r. może spełnić tylko jeden dostępny na rynku produkt wydawnictwa (...). Stwierdzenie to zostało całkowicie pominięte w wywodzie dokonywanym przez MKO. MKO uprawniona jest oczywiście i zobowiązana do krytycznej analizy zgromadzonego materiału dowodowego, ale obowiązek taki oznacza także wskazanie, w oparciu o jakie dowody, Komisja uznaje znajdujący się w aktach dokument za niewiarygodny albo błędny.

Podobnie bez znaczenia dla istoty sprawy pozostają twierdzenia Obwinionego, że przedmiotem zamówienia objęta była także aktualizacja istniejącego w Urzędzie oprogramowania. Okoliczność taka oczywiście nie wynika z treści ogłoszenia o udzieleniu

zamówienia. Za niedopuszczalną należałoby także uznać konstrukcję, w której przedmiotem kolejnych zamówień jest aktualizacja posiadanego wcześniej przez zamawiającego oprogramowania, bo w oczywisty sposób prowadziłyby to do uniemożliwienia ubiegania się o zamówienie dostawców konkurencyjnych systemów.

W ocenie GKO, kluczowym dla oceny zachowania Obwinionego jest fakt ujęcia w prowadzonym postępowaniu warunku zapewnienia dostępu użytkownikom programu do ujednoliconych tekstów aktów prawnych opublikowanych od dnia 1 stycznia 1999 r. w wojewódzkich dziennikach urzędowych 16 województw. Tak sformułowany warunek spełnić mógł – jak wynika z akt sprawy – dostawca tylko jednego systemu informacji prawnej. Starania organów prowadzących postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, aby udowodnić, że takich dostawców mogło być więcej nie znajdują uzasadnienia wobec faktów ustalonych w tymże postępowaniu.

Działanie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych w przedmiotowej sprawie, a następnie wywód Komisji Orzekającej I instancji obarczony był jednak istotnym błędem, którego skutkiem jest niezweryfikowanie dopuszczalności zastosowania przez zamawiającego tak sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a czyn taki stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy. GKO nie przesądza, czy do naruszenia wskazanych przepisów doszło, wymagałoby to prowadzenia postępowania, którego przedmiot oraz zakres oczywiście wykracza poza właściwość komisji II instancji, a które w szczególności musiałyby obejmować ustalenie, czy dokonywanie zakupu na potrzeby urzędu marszałkowskiego uzasadnia oczekiwanie zapewnienia dostępu w najbardziej pełnej technicznie formie do aktów prawa miejscowego, czy też wskazanie tej formy miało jedynie na celu uniemożliwienie konkurencji w ramach danego zamówienia.

Wskazane powyżej okoliczności, z których kluczowym jest opis oraz kwalifikacja prawna przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych przesądziły o uniewinnieniu Obwinionego od postawionego mu zarzutu.