

## ORZECZENIE

### Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, dnia 22 lutego 2021 r.

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

|                        |              |                                  |
|------------------------|--------------|----------------------------------|
| <b>Przewodniczący:</b> | Członek GKO: | <b>Sylwester Kuchnio</b>         |
| <b>Członkowie:</b>     | Członek GKO: | <b>Dariusz Chmielecki</b>        |
|                        | Członek GKO: | <b>Hubert Kaczmarczyk (spr.)</b> |
| <b>Protokolant:</b>    |              | <b>Dorota Machnicka</b>          |

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 22 lutego 2021 r., odwołania wniesionego przez Pana (...) (zam. ...) pełniącego w czasie zarzucanego czynu funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt NDB-50/t/5/2020, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała Pana (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289), zwanej uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych poprzez zawarcie przez Gminę (...) w dniu 12 marca 2018r. aneksu nr 2 do umowy 272.96.2017 z dnia 18 września 2017 r., zawartej z (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „(...)”, na realizację zadania: „(...) w (...)”, z naruszeniem art.144 ust.1 pkt 1 i ust.1e pkt 2 lit.a ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r., poz.1843 ze zm.), Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 413,40 zł.  
**orzeka**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, 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**

W oparciu o zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych złożone przez Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi, Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, po przeprowadzeniu czynności sprawdzających, wszczął postępowanie wyjaśniające wobec Pana (...) – byłego Burmistrza (...) w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289), zwanej uondfp, poprzez zawarcie przez Gminę (...) w dniu 12 marca 2018 r. aneksu nr 2 do umowy 272.96.2017 z dnia 18 września 2017r., zawartej z (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „(...)”, na realizację zadania: „(...) w (...)”, z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 1 i ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 31 stycznia 2020 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wystąpił z wnioskiem o ukaranie Pana (...) karą upomnienia. Obwiniony przed popełnieniem zarzucanego czynu nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Regionalna Komisja Orzekająca, kierując się normą art. 24 ust. 1 uondfp, orzekała według stanu prawnego obowiązującego w dacie rozpoznania sprawy. Zgodnie z ww. przepisem, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych określony w art. 17 ust. 6 uondfp obowiązującej w dacie jego popełnienia, jest tożsamy ze znamionami naruszenia określonego w art. 17 ust. 6 uondfp obowiązującej w dacie orzekania. Zmianie nie uległ także art. 144 ust. 1 pkt 1 i ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Regionalna Komisja Orzekająca ustaliła następujący stan faktyczny.

W dniu 18 września 2017 r. Gmina (...), reprezentowana przez Burmistrza (...), zawarła z (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „ (...)” umowę nr 272.96.2017 na wykonanie usługi projektowej pn. „(...) w (...)”, w terminie do dnia 17 marca 2018 r., za wynagrodzeniem w kwocie 1.020.900,00 zł brutto.

W dniu 6 lutego 2018r. wykonawca „(...)” złożył wniosek o wydłużenie terminu realizacji umowy do dnia 18 czerwca 2018 roku. W uzasadnieniu projektant wskazał, że: „(...) Główną procedurą uniemożliwiającą wykonanie zamówienia w terminie jest konieczność uzyskania decyzji środowiskowej. Bez tej decyzji nie będzie możliwe złożenie projektu do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Podstawą do złożenia wniosku o wydanie decyzji jest opracowanie karty informacyjnej obiektu. Jest to szerokie opracowanie obejmujące koncepcję wielobranżową wraz ze wszystkimi warunkami przyłączeniowymi i analizami oddziaływania na środowisko. Do tej pory nie otrzymaliśmy warunków technicznych dotyczących przyłącza energetycznego i gazowego. Po złożeniu karty informacyjnej obiektu procedura uzyskania decyzji trwa około trzy miesiące przy założeniu, że (...) nie zażąda wykonania dodatkowego raportu. Do tego terminu należy doliczyć jeszcze dwa miesiące, jakie Starostwo Powiatowe ma ustawowo na rozpatrzenie wniosku o pozwolenie na budowę. Tak wyglądają wyliczenia minimalnego czasu jaki potrzebujemy na uzyskanie pozwolenia na budowę.(...)”. Powyższy wniosek został uzupełniony przez wykonawcę i przesłany zamawiającemu w dniu 28 lutego 2018 roku. W uzupełnieniu „ (...)” wnioskował o zmianę terminu wykonania umowy do dnia 29 czerwca 2018 roku. W uzasadnieniu projektant wskazał, iż: „(...) Przedłużające się procedury administracyjne były niemożliwe do przewidzenia na etapie przetargu. Główną procedurą, która uniemożliwia skończenie projektu w terminie jest konieczność uzyskania decyzji środowiskowej. Podstawą do złożenia wniosku o wydanie decyzji jest opracowanie karty informacyjnej obiektu. Jest to szerokie opracowanie obejmujące koncepcję wielobranżową wraz ze wszystkimi warunkami przyłączeniowymi i analizami oddziaływania na środowisko. Oczekiwania na warunki przyłączeniowe gazu i energii elektrycznej trwały od 8 grudnia 2017r. do 22 lutego 2018r. (gaz) i 21 lutego 2018r. (energia elektryczna). Procedura uzyskania decyzji środowiskowej jest obciążona ryzykiem terminowym i nie można dokładnie przewidzieć terminu jej uzyskania, mając na uwadze priorytet inwestora ogłoszenia przetargu na budowę zespołu szkolnego w pierwszej kolejności, postanawiamy rozdzielić opracowanie projektowe na dwie części szkolną i sportowo-parkingową (wymagającą wyżej wymienionej decyzji). A w ten sposób, jeżeli nastąpią komplikacje terminowe z uzyskaniem decyzji środowiskowej, będzie można przystąpić do prac nad przetargiem na budowę zespołu szkolnego w planowanym terminie”.

W dniu 12 marca 2018 r. strony zawarły aneks nr 2 do umowy nr 272.96.2017 z dnia 18 września 2017 r. na realizację zadania pn. „(...)”, zmieniając termin wykonania zamówienia do dnia 29 czerwca 2018 roku. Zgodnie z wnioskiem złożonym przez wykonawcę w dniu 28 lutego 2018 r. w sprawie przedłużenia terminu realizacji zamówienia – „oczekiwania na warunki przyłączeniowe gazu i energii elektrycznej trwały od 8 grudnia 2017 roku”.

Regionalna Komisja Orzekająca przyjęła, że wykonawca złożył wniosek o uzyskanie warunków przyłączeniowych gazu i energii elektrycznej w dniu 8 grudnia 2017 roku.

Natomiast zgodnie z przedłożonym przez wykonawcę w dniu 26 września 2017r.

harmonogramem, wykonawca zobowiązał się do wystąpienia o warunki przyłączeniowe w dniu 10 listopada 2017 roku. Zatem, wniosek o uzyskanie przez wykonawcę warunków przyłączeniowych został złożony 28 dni później od terminu założonego w harmonogramie.

Ponadto, w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż zakres zamówienia obejmuje, m.in. opracowanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej zawierającej wszelkie uzgodnienia, opinie i pozwolenia, w tym także decyzję środowiskową. Zatem wykonawca składając ofertę na wykonanie przedmiotowej usługi projektowej miał świadomość konieczności uzyskania decyzji środowiskowej. Tym samym zaoferowany w ofercie przez (...) skrócony o 90 dni termin realizacji usługi, potwierdzał możliwość uzyskania wymaganej decyzji w zadeklarowanym czasie realizacji projektu.

W § 25 ust.1 pkt 1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający przewidział zmiany terminu wykonania umowy w następujących sytuacjach:

- 1) z przyczyn niezależnych od którejkolwiek ze stron w szczególności w przypadku zmian uwarunkowań formalno-prawnych, zmian powszechnie obowiązujących przepisów w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy np. uzyskania opinii, decyzji innych organów;
- 2) w sytuacji wywołanej działaniem organów administracji publicznej i innych podmiotów uczestniczących w pracach projektowych, w szczególności odmowy wydania przez organy administracji publicznej i inne podmioty wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień, orzeczeń bądź wydania decyzji, zezwoleń, uzgodnień po ustawowym terminie lub przedłużających się konsultacjach, które mają wpływ na termin realizacji umowy;

- 3) konieczności przeprowadzenia ponownego uzgadniania, opiniowania;
- 4) zmiany warunków projektowania przez jednostki opiniujące, uzgadniające;
- 5) z przyczyn, gdy nastąpi uszczegółowienie przedmiotu umowy.

Zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej, zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu umowy, ale uzasadnieniem dla takiej zmiany były w każdym wypadku okoliczności niezależne od wykonawcy. Natomiast z materiału dowodowego zebranego w rozpatrywanej sprawie wynikało, że powstałe opóźnienie jest efektem niedotrzymania przez wykonawcę terminów określonych w złożonym przez niego harmonogramie z dnia 26 września 2017r. Wykonawca wystąpił o wydanie warunków przyłączeniowych gazu i energii elektrycznej, od uzyskania których zależało wydanie decyzji środowiskowej w dniu 8 grudnia 2017r., a powinien był to zrobić do 10 listopada 2017 r. Doszło zatem do 28-dniowego opóźnienia na wstępnym etapie realizacji projektu, co pociągnęło za sobą przedłużenie kolejnych terminów uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych.

Zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej, wykonawca „(...)” (posiadający doświadczenie zawodowe) składając ofertę w postępowaniu, miał możliwość oszacowania realności wykonania zamówienia w terminie wskazanym przez zamawiającego (biorąc pod uwagę fakt, że zaoferował skrócenie terminu realizacji umowy o 90 dni). Nadto, należy podkreślić, iż w przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił uwag do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu wykonania usługi projektowej. Wszyscy trzej oferenci, którzy złożyli oferty na udzielenie przedmiotowego zamówienia zaoferowali skrócenie wykonania przedmiotu umowy z 270 dni (maksymalny termin) do 180 dni (minimalny termin), tj. o 90 dni. Z powyższego wnioskować należało, że podmioty, które złożyły oferty w niniejszym postępowaniu, mające w tym zakresie wiedzę i doświadczenie, uznały kryterium terminu jako realne do wykonania przedmiotu umowy.

Art. 144 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki

wprowadzenia zmian. Zgodnie zaś z treścią art.144 ust.1e pkt 2 lit.a tej ustawy zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego Regionalna Komisja Orzekająca doszła do przekonania, że zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia była istotna wobec przedmiotu umowy w okolicznościach, gdy zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako jedno z kryterium oceny ofert ustalił skrócenie terminu opracowania dokumentacji (art.144 ust.1e pkt 2 lit.a ustawy Prawo zamówień publicznych). Zmiana terminu wykonania zamówienia powodująca wydłużenie czasu jego realizacji o 104 dni nie była korzystna dla interesu zamawiającego, który na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przewidział jako jedno z kryteriów oceny ofert skrócenie terminu opracowania dokumentacji projektowej do 90 dni. Aneksowanie umowy było korzystne jedynie dla wykonawcy, który dzięki przesunięciu terminu realizacji prac mógł uniknąć zapłaty kar umownych.

Zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej nie można uznać, że dotrzymanie terminu wykonania zamówienia okazało się niemożliwe z powodów za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Przeciwnie, to właśnie niezgodne z harmonogramem działanie wykonawcy doprowadziło do powstania kolejnych opóźnień. Nie można zatem uznać, że wykonawcy należał się dodatkowy czas na wykonanie zamówienia. Dlatego też należało stwierdzić, że zmiana umowy na mocy aneksu nr 2, poprzez przesunięcie terminu wykonania zamówienia - będącego kryterium oceny ofert – o 104 dni była nieuzasadniona i jest niezgodna z przepisem art.144 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wypełniało jednocześnie znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust.6 uońdftp..

W związku z powyższym w dniu 20 lipca 2020 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2020 r. w postępowaniu zaocznym sprawy (...) – byłego Burmistrza Miasta i Gminy (...), uznała go odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu

określonego w art. 17 ust. 6 uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych poprzez zawarcie przez Gminę (...) w dniu 12 marca 2018r. aneksu nr 2 do umowy 272.96.2017 z dnia 18 września 2017r., zawartej z (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „(...)”, na realizację zadania: „Opracowanie projektu kompleksu szkolno-sportowego w (...)”, z naruszeniem art.144 ust.1 pkt 1 i ust.1e pkt 2 lit.a ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r., poz.1843 ze zm.), i mając na względzie art.31 ust.1 pkt 1 oraz art.33 ust.1 i 2 uondfp wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia.

Regionalna Komisja Orzekająca oceniła także podmiotową podstawę odpowiedzialności stwierdzając, że wina zachodzi wówczas, gdy sprawcy naruszenia postawić można zarzut popełnienia czynu zabronionego, przy czym zarzut ten oparty jest na możliwości dania posłuchu normie prawnej. Postępowanie wbrew treści normy prawnej mimo, że Obwiniony miał obiektywnie możliwość postąpienia zgodnie z tą normą stanowi przesłankę przypisania winy za zarzucany czyn. Obwinionemu można przypisać winę, ponieważ od osoby kierującej jednostką sektora finansów publicznych z wieloletnim doświadczeniem można wymagać znajomości przepisów dotyczących zamówień publicznych i ich prawidłowej interpretacji.

Regionalna Komisja Orzekająca wskazała, że w opisanym stanie faktycznym Obwiniony powinien wezwać wykonawcę do wykazania, że wszelkich czynności przed urzędami dokonywał zgodnie z harmonogramem. Jeśli wykonawca nie przedstawiłby odpowiednich potwierdzeń, że składał dokumenty w ustalonych terminach, a opóźnienia nie wynikają z jego niestaranności, Obwiniony powinien odmówić podpisania aneksu. Niedotrzymanie terminu zakończenia prac powinno skutkować naliczeniem kar umownych zastrzeżonych w umowie.

Odnosząc się do kwestii kary i jej wymiaru Regionalna Komisja Orzekająca rozpoczęła od ustalenia stopnia szkodliwości przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Dokonując oceny stopnia szkodliwości, Regionalna Komisja Orzekająca wzięła pod uwagę wagę obowiązków naruszonych przez Obwinionego jako kierownika jednostki i uznała, iż stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest większy niż znikomy, tym samym Regionalna Komisja Orzekająca nie znalazła podstaw do zastosowania art.28 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Regionalna Komisja

Orzekająca przeanalizowała także możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia oraz odstąpienia od wymierzenia kary, których przesłanki określone zostały w art.36 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przesłanką zastosowania dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia jest „przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie”. Aby można było mówić o przypadku zasługującym na szczególne uwzględnienie musi zaistnieć przynajmniej jedna z dwóch przesłanek:

- o charakterze przedmiotowym, odnosząca się do czynu, tj. rodzaju i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych,
- o charakterze podmiotowym, dotycząca osoby sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych.

Nadzwyczajne złagodzenie kary oraz odstąpienie od jej wymierzenia jest zawsze fakultatywne. W rozpatrywanej sprawie, w ocenie Regionalnej Komisji Orzekającej, nie wystąpiły przesłanki wskazujące na wystąpienie przypadku zasługującego na szczególne uwzględnienie.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała za zasadne wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia uznając, że jest ona adekwatna do popełnionego naruszenia i uwzględnia wszystkie okoliczności mające wpływ na jej wymiar. Wprawdzie stopień szkodliwości popełnionego czynu dla finansów publicznych jest większy niż znikomy, ale też, w ocenie Komisji, nie był znaczny. Jako okoliczność łagodzącą Regionalna Komisja Orzekająca wzięła pod uwagę, że Obwiniony nie był wcześniej karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Regionalna Komisja Orzekająca podkreśliła, że kara upomnienia jest najłagodniejszą z kar, które mogą być orzeczone za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a jej nałożenie nie wiąże się z żadną dodatkową dolegliwością dla ukaranego. „Kara upomnienia jest karą najmniej dotkliwą dla obwinionego. (...) Jednocześnie kara ta wskazuje, że w danej sprawie zachodzą przesłanki działające na korzyść sprawcy, takie jak np. jego dotychczasowa niekaralność.

Z drugiej strony kara ta jest swoistym ostrzeżeniem, upomnieniem mającym na celu zapobieganie naruszaniu przez obwinionego dyscypliny finansów publicznych w przyszłości” (orzeczenie GKO z dnia 13 stycznia 2003r., DF/GKO/Odw.-100/131-132/2002).

W ocenie Regionalnej Komisji Orzekającej, wymierzenie kary upomnienia było adekwatne do wagi popełnionych czynów i w sposób wystarczający wypełniło cele kary w zakresie społecznego oddziaływania, jak również cele zapobiegawcze i dyscyplinujące w stosunku do ukaranego.

Od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej Obwiniony wniósł odwołanie w dniu 28 sierpnia 2020 roku zaskarżając orzeczenie w całości.

Odwołujący wskazał na nieprawidłowości w zakresie ustalenia stanu faktycznego orzeczenia polegające na dokonaniu rozstrzygnięcia na podstawie:

1. harmonogramu, który nie stanowił dokumentu urzędowego potwierdzającego terminy, które zostały ustalone przez Zamawiającego i Wykonawcę, i nie stanowił podstawy do wzajemnych rozliczeń;
2. złożonego wniosku o uzyskanie warunków przyłączeniowych gazu i energii w dniu 8 grudnia 2017 r.

Dodatkowo wskazał, że na etapie planowania przedmiotowego zadania tj. „Opracowania projektu kompleksu szkolno-sportowego w (...)” dochował wszelkich starań by postępowanie o udzielenie zamówienia było przygotowane i przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych. Obwiniony podniósł także, iż powołał 15 osobową komisję do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, choć ustawa mówi o składzie 3 osobowym - tak liczny skład komisji pozwolił jego zdaniem na szerokie spojrzenie na wszelkie problemy i wyeliminowanie ich w późniejszym czasie.

Obwiniony podniósł także, że częste uzgodnienia z przedstawicielami szkoły, pozwoliły na doprecyzowanie potrzeb, uwidocznienie zagrożeń czy też innych trudności, które jak można niejednokrotnie się przekonać, nie jest w stanie Zamawiający do końca przewidzieć na etapie przygotowania postępowania, często bowiem pojawiające się trudności wymuszają określone, niełatwe decyzje.

Zdaniem Obwinionego ustalenie przez Komisję harmonogramu prac przyjętych przez Wykonawcę w sytuacji, gdy harmonogram prac nie wynikał w żaden sposób z zawartej umowy, było całkowicie bezpodstawne. W tym aspekcie wskazany przez Wykonawcę harmonogram mógłby być użyty wyłącznie w charakterze zamierzeń czy też mapy drogowej

dla realizacji przedmiotowej inwestycji, zwłaszcza w sytuacji, gdy pod harmonogramem nie znajduje się podpis nikogo z przedstawicieli Zamawiającego.

Nie sposób w tym zakresie uznać, zdaniem Obwinionego, że przy realizacji umowy dwustronnie obowiązującej, wyłącznie Wykonawca ustali sobie samodzielnie harmonogram prac, bez konieczności akceptacji jego postanowień przez Zamawiającego, co wyraźnie wskazywało, że dokument stanowiący podstawę orzeczenia nie może być uznany za wiążące ustalenie pomiędzy stronami obowiązującej umowy.

Zdaniem Odwołującego, Regionalna Komisja Orzekająca pominęła całkowicie element, że zamiarem Wykonawcy nie było celowe opóźnienie w wykonaniu zamówienia, gdyż już na etapie publicznego ogłoszenia były znane warunki udziału, jak i zapisy umowy wszystkim potencjalnym Wykonawcom i właśnie na terminie realizacji zamówienia zależało każdej ze stron. Stąd też, kiedy Wykonawca w terminie nie otrzymał decyzji (...) i (...), złożył stosowny wniosek jednocześnie informując o opieszałości w/w instytucji, która to zwłoka w istotny sposób rzutowała na wyznaczony termin wykonania zamówienia.

W ocenie Obwinionego, w sytuacji, gdzie instytucje nie wydają żadnego merytorycznego rozstrzygnięcia, w pełni akceptowalne jest podpisanie aneksu modyfikującego termin realizacji umowy, gdyż Wykonawca nie może zostać obciążony karami umownymi w sytuacji, gdy opóźnienie wynika z okoliczności całkowicie od niego niezależnych.

**Rozpatrując odwołanie Obwinionego Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny finansów Publicznych (dalej także GKO) zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Główna Komisja Orzekająca, kierując się normą art. 24 ust.1 uondfp, orzekała według stanu prawnego obowiązującego w dacie rozpoznania sprawy. Zgodnie z ww. przepisem, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych określony w art.17 ust. 6 uondfp obowiązującej w dacie jego popełnienia, jest tożsamy ze znamionami naruszenia określonego w art.17 ust. 6 uondfp obowiązującej w dacie orzekania.

Wprawdzie w trakcie orzekania zmieniła się ustawa prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019 z dnia 2019.10.24), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku, niemniej przepisy określone w uchylonej ustawie w artykule 144 ust 1 pkt 1 i ust 1e pkt 2 lit. a w niemal identycznym brzmieniu znalazły się w nowej ustawie odpowiednio w art. 454 ust. 2 pkt 1 w brzmieniu:

Zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana:

wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;

oraz w art. 455 ust 1 pkt 1 w brzmieniu:

1. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej nie zachodziły przesłanki do orzekania na podstawie uchylonej ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązującej w dniu popełnienia czynu, gdyż nie była ona względniejsza dla sprawy.

Odwołanie Obwinionego zostało oparte na zarzucie, iż przedstawiony przez Wykonawcę harmonogram rzeczowo-finansowego wykonania zadania nie może być podstawą ustaleń faktycznych oraz podstawą orzekania, gdyż nie jest elementem uzgodnień pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, ponieważ nie został przez Zamawiającego podpisany.

GKO uznała, iż argumentacja Obwinionego nie ma oparcia w zebranych materiale dowodowym. Zgodnie z zawartą pomiędzy stronami umową na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowo-wykonawczej kompleksu szkolno-

sportowego w (...), wraz z uzyskaniem uzgodnień, opinii, warunków przyłączeniowych niezbędnych mediów, pozwoleń i decyzji niezbędnych do otrzymania decyzji o pozwoleniu na budowę (§2 ust 1 umowy) obowiązkiem wykonawcy było w terminie 7 dni od daty podpisania umowy przekazanie harmonogramu rzeczowo-finansowego wykonania zadania (§5 ust 2 pkt 3) umowy). Tak więc to same strony w umowie ustaliły, iż harmonogram zostanie przedstawiony przez Wykonawcę i nie wymaga on podpisu Zamawiającego, co czyni linię rozumowania Obwinionego nieuzasadnioną.

Dodatkowo należy wskazać, iż rzeczony harmonogram nie tylko nie był zwykłym, jednostronnie podpisanym pismem, które nie wywoływało, jak twierdzi Obwiniony, żadnych skutków prawnych ale było wręcz odwrotnie. Harmonogram przedstawiony przez Wykonawcę, zgodnie z § 5 ust 2 pkt 3 umowy był także podstawą do naliczania kar umownych w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego, za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, jak i opóźnienia w przekazaniu części opracowania zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym (§12 pkt 1) lit a) umowy).

Realizując postanowienia umowy z dnia 18 września 2017 roku Wykonawca przedłożył więc w dniu 26 września 2017 roku podpisany przez siebie harmonogram wykonania zadania Projekt Zespołu Szkolno-Sportowego w (...).

GKO nie podziela poglądu Obwinionego, iż harmonogram w żaden sposób nie wynikał z umowy a był jedynie mapą drogową lub planem zamierzeń. Argumenty Obwinionego pozostają w sprzeczności z treścią zapisów umownych.

GKO podziela i przyjmuje w całości ustalenia faktyczne jakie poczyniła Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi, ustalając fakt złożenia przez Wykonawcę z opóźnieniem w stosunku do harmonogramu, wniosku o wydanie warunków przyłączeniowych. Działanie niezgodnie z ustalonym harmonogramem, nie dawało tym samym podstaw do sporządzenia aneksu a umożliwiło jedynie Wykonawcy uniknięcie przewidzianych w umowie kar.

Główna Komisja Orzekająca uznała, że Obwinionemu można przypisać winę, ponieważ od osoby kierującej jednostką sektora finansów publicznych z wieloletnim doświadczeniem można wymagać znajomości przepisów dotyczących zamówień publicznych i ich prawidłowej interpretacji. W opisanym stanie faktycznym Obwiniony powinien wezwać

wykonawcę do wykazania, że wszelkich czynności przed urzędami dokonywał zgodnie z harmonogramem. Jeśli wykonawca nie przedstawiłby odpowiednich potwierdzeń, że składał dokumenty w ustalonych terminach, a opóźnienia nie wynikają z jego niestaranności, Obwiniony powinien odmówić podpisania aneksu. Niedotrzymanie terminu zakończenia prac powinno skutkować naliczeniem kar umownych zastrzeżonych w umowie. W związku z powyższym wina Obwinionego nie budzi wątpliwości.

W zakresie ustalenia kary i jej wymiaru Główna Komisja Orzekająca oceniając stopień szkodliwości czynu wzięła pod uwagę wagę obowiązków naruszonych przez Obwinionego jako kierownika jednostki (kierownika zamawiającego), w szczególności fakt, że doszło w sposób oczywisty do nieuzasadnionej istotnej zmiany umowy. Aneksem dokonano bowiem zmiany terminu wykonania zamówienia powodującej wydłużenie czasu jego realizacji o 104 dni. Nie można przy tym uznać, że dotrzymanie terminu wykonania zamówienia okazało się niemożliwe z powodów, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Przeciwnie, to właśnie niezgodne z harmonogramem działanie wykonawcy doprowadziło do powstania kolejnych opóźnień. Tym samym Główna Komisja Orzekająca nie znalazła podstaw do zastosowania art. 28 uondfp, jednocześnie GKO uznała, że stopień szkodliwości czynu nie jest znaczny a w związku z powyższym zachodzą przesłanki do zastosowania wobec Obwinionego kary upomnienia określonej w art. 35 uondfp.

Główna Komisja Orzekająca nie znalazła także podstaw do zastosowania art. 36 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie możliwości zastosowania odstąpienia od wymierzenia kary. Przesłanką zastosowania dobrodziejstwa odstąpienia od wymierzenia kary jest „przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie”. Aby można było mówić o przypadku zasługującym na szczególne uwzględnienie musi zaistnieć przynajmniej jedna z dwóch przesłanek:

- o charakterze przedmiotowym, odnosząca się do czynu, tj. rodzaju i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych,
- o charakterze podmiotowym, dotycząca osoby sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych.

Odstąpienie od wymierzenia kary jest zawsze fakultatywne. W rozpatrywanej sprawie, w ocenie Głównej Komisji Orzekającej, nie wystąpiły przesłanki wskazujące na wystąpienie

przypadku zasługującego na szczególne uwzględnienie. Główna Komisja Orzekająca nie znalazła żadnej okoliczności łagodzącej, określonej w art. 36 ust 2 uondfp. W szczególności jak wynika z ustalonego stanu faktycznego nie można uznać aby Obwiniony działał ze szczególnych pobudek lub w szczególnych warunkach. Wręcz przeciwnie, jego działanie wynikało z braku należytej analizy, co prowadziło do nieuzasadnionej zmiany umowy.

W zakresie wniosku o nieobciążanie Obwinionego kosztami postępowania, GKO wskazuje, że zgodnie z art. 167 ust. 1 uondfp, każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zwraca – na rzecz Skarbu Państwa - koszty postępowania. Z uwagi na utrzymanie w mocy orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji, którym przypisano odpowiedzialność Obwinionemu, zobligowany jest on do poniesienia kosztów postępowania. Sytuacja materialna Obwinionego nie ma wpływu na kwestię obowiązku poniesienia kosztów postępowania, które są orzekane obligatoryjnie wobec przypisania odpowiedzialności. GKO jednocześnie wskazuje, że na etapie wykonywania orzeczenia Obwiniony ma prawo zwrócić się do Przewodniczącego Komisji Orzekającej I instancji z wnioskiem, odpowiednio uzasadnionym ważnym interesem Obwinionego, o odroczenie terminu płatności lub rozłożenie na raty kosztów postępowania.

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