

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, 5 czerwca 2025 r.

Sygn. akt BDF1.4800.8.2025

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

Przewodniczący: Zastępca Przewodniczącego GKO: **Piotr Nagraba (spr.)**

Członkowie: Członek GKO: **Marek Głuch**

Członek GKO: **Krzysztof Sobieski**

Protokolant: **Anna Jedlińska**

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Roberta Wydry**, po rozpoznaniu na rozprawie 5 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z 28 października 2024 r., sygn. akt: NDB-4100-9/2024, w zakresie, w którym Obwinionego (...) - pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...), uniewinniono od naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 6** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹, polegającego na dokonaniu w dniach: 14 grudnia 2021 r. oraz 29 grudnia 2021 r. aneksami nr 1 i nr 2 do umowy nr (...) zmiany postanowień zawartej w dniu 4 listopada 2021 r. umowy na realizację zadania pod nazwą: „(...)” z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, poprzez dokonanie zmiany (wydłużenie) terminu realizacji zadania co jest niezgodne z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych² oraz orzekła, że koszty postępowania poniesie Skarb Państwa.

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uoondfp utrzymuje orzeczenie w mocy, w zaskarżonym zakresie.

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.

¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 104 ze zm.) - zwanej uoondfp

² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) – zwana dalej Pzp

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 28 października 2024 r. (sygn. akt NDB-4100-9/2024) Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu (dalej „Komisja I instancji”) uniewinniła Pana (...) (dalej Obwiniony), pełniącego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...), od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na:

- 1) niezamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wykonaniu umowy w terminie 30 dni od wykonania umowy zawartej przez Gminę (...) nr (...) z dnia 04.11.2021 r. na realizację zadania pod nazwą: „(...)”, z naruszeniem dyspozycji art. 448 Pzp. Czyn taki penalizowany jest art. 17 ust. 1 pkt 5 uondfp;
- 2) dokonaniu w dniach: 14 grudnia 2021 r. oraz 29 grudnia 2021 r. aneksami nr 1 i nr 2 do umowy nr (...) zmiany postanowień zawartej w dniu 4 listopada 2021 r. umowy na realizację zadania pod nazwą: „(...)” z naruszeniem art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. Czyn Taki penalizowany jest art. 17 ust. 6 uondfp.

Kosztami postępowania Komisja I instancji obciążyła Skarb Państwa.

Komisja I instancji ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

W dniu 4 listopada 2021 r. zawarta została umowa pomiędzy Gminą (...) a (...), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...), której przedmiotem była modernizacja drogi gminnej nr (...), wzdłuż ul. (...) w (...). Umowa ze strony Gminy podpisana została przez Burmistrza (...) przy kontrasygnacie Skarbnika Gminy. Zamówienie udzielone zostało w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości równej lub przekraczającej 130 000 zł netto.

W przedmiotowym postępowaniu z zakresu zamówień publicznych – ogłoszonym w dniu 21 września 2021 r. – wpłynęło pięć ofert, w tym złożona przez wykonawcę, z którym podpisano umowę. W umowie ustalono termin realizacji przedmiotu zamówienia do 45 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, który jest zgodny z terminem określonym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ). W związku z tym, że umowa (po uprzednim dopełnieniu czynności z udziałem Rady Miejskiej, związanych ze zmianą kwoty przewidzianej na realizację zadania) została podpisana w dniu 4 listopada 2021 r., termin jej wykonania upływał z dniem 19 grudnia 2021 r. W umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 612 316,77 zł brutto (§ 7 ust. 1-2).

W § 7 ust. 3 umowy postanowiono, że kwota określona w ust. 2 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji technicznej, jak również nie ujęte w dokumentacji technicznej, a niezbędne do wykonania zadania, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, dotyczące zagospodarowania, koszty utrzymania zaplecza budowy, obsługi geodezyjnej powykonawczej, opłaty za zajęcie pasa drogowego. Z kolei w § 7 ust. 5 umowy ustalono, iż ze względu na okoliczność, że „(...) mapy powykonawcze będą wykonane miesiąc po zakończeniu zadania, przewiduje się dwa terminy płatności: 90 % po wykonaniu prac budowlanych drogowych (tired pierwsze), 10 % po oddaniu map powykonawczych (tired drugie)”. W § 17 umowy zamawiający dopuścił na podstawie art. 455 Prawa zamówień publicznych możliwość dokonywania zmian zawartej umowy, na warunkach określonych w SWZ (ust. 1) – na piśmie, w postaci aneksu do umowy, pod rygorem nieważności takiej zmiany (ust. 2). W rozdziale XX („Istotne postanowienia umowy”) SWZ – w pkt 5.1 – ustalono, iż: „Termin zakończenia robót może ulec zmianie w następujących przypadkach: 1) zmiany spowodowane warunkami atmosferycznymi w szczególności: działania siły wyższej (np. klęski żywiołowe, strajki generalne lub lokalne),

mające bezpośredni wpływ na terminowość wykonania robót (tiret pierwsze), warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych (tiret drugie). (...)”.

Protokolarne przekazanie wykonawcy terenu budowy nastąpiło w dniu 5 listopada 2021 r., w obecności przedstawicieli Zamawiającego i wykonawcy.

Od około 23 listopada 2021 r. w miejscowości (...) dobowe temperatury spadały poniżej 0° C, utrzymując się na takim poziomie także przez większą część miesiąca grudnia 2021 r., jak również w styczniu i w lutym 2022 r. Towarzyszyły im nadto opady deszczu, śniegu, a co za tym idzie – wilgotne powietrze atmosferyczne. W powyższym okresie – ze względu na opisane warunki atmosferyczne (stanowiące przeciwwskazanie do realizacji inwestycji drogowych) oraz okres serwisowania maszyn („przeboju technologicznego”) – nie działały wytwórnie mas bitumicznych. Ich działalność podlegała wznowieniu po ustąpieniu wskazanych warunków pogodowych (co następuje zazwyczaj w okresie wiosennym).

Pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu wykonania umowy do dnia 1 kwietnia 2022 r., powołując się na niesprzyjające warunki atmosferyczne. W ww. piśmie wykonawca zawarł informację, że w dniach od 3 do 13 grudnia 2021 r. wystąpiły w ciągu doby temperatury poniżej 0°C, wilgotne powietrze oraz opady śniegu, które „uniemożliwiają (...) wykonanie prac zgodnie z technologią oraz sztuką budowlaną”, a w konsekwencji prowadzą do „pogorszenia się wytrzymałości wykonanych (...) robót”. W piśmie wykonawca wyraził wolę jak najszybszego wykonania zadania, wskazując jednak, iż „ze względu na warunki atmosferyczne oraz przerwę [w działalności] Wytwórni Mas Bitumicznych w okresie zimowym, wykonanie zadania w terminie umownym staje się niemożliwe (...)”. Z uwagi na powyższe, w dniu 14 grudnia 2021 r. zawarto aneks nr 1 do umowy, w którym na podstawie § 17 umowy nr (...) z dnia 4 listopada 2021 r. wydłużono termin realizacji zadania do dnia 31 grudnia 2021 r. W § 2 aneksu nr 1 wprowadzono zapis, że w przypadku zmiany wieloletniej prognozy finansowej, w której zostanie wprowadzone zadanie „(...)”, wraz z nakładami finansowymi na rok 2021 i 2022, zostanie spisany do 31 grudnia 2021 r. aneks do umowy, umożliwiający realizację zadania w optymalnym terminie. W dalszej kolejności, w związku z podjęciem w dniu 28 grudnia 2021 r. przez Radę Miejską w (...) uchwały Nr (...) w sprawie uchwalenia wieloletniej prognozy finansowej, w której uwzględniono realizację przedmiotowej inwestycji, w dniu 29 grudnia 2021 r. strony zawarły aneks nr 2, którym wydłużono termin realizacji inwestycji do dnia 30 kwietnia 2022 r.

W dniu 17 maja 2022 r. sporządzono protokół z końcowego odbioru robót. Z protokołu wynika, że odbioru dokonano w obecności Komisji, w skład której wchodził przedstawiciel Zamawiającego i wykonawcy. W trakcie odbioru jakość wykonanych robót została oceniona jako dobra oraz nie stwierdzono wad. Następnie w dniu 27 czerwca 2022 r. wykonawca dostarczył Zamawiającemu mapy powykonawcze. Ogłoszenie o wykonaniu umowy opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr (...) – dwa dni później – tj. w dniu 29 czerwca 2022 r.

W materiale dowodowym znajdują się pisemne wyjaśnienia złożone przez Obwinionego oraz pracowników odpowiadających za obsługę zamówień publicznych, z których wynika, że: „Zmiana terminu wykonania umowy z 19.12.2021 r. na 30.04.2022 r. została dokonana na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zgodnie z zapisami w § 17 umowy (dział XX Specyfikacji Warunków Zamówienia pkt. 5.1).”

„W SWZ dotyczącym zadania »(...)« w dziale XX. ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY Zamawiający umieścił wpis: »2. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany zawartej umowy w formie aneksu, w stosunku do treści wybranej oferty w zakresie uregulowanym w art. 454-455 Pzp«, oraz »5. Termin zakończenia robót może ulec zmianie w następujących przypadkach: 1) zmiany spowodowane warunkami atmosferycznymi w szczególności: - działania siły wyższej (np. klęski żywiołowe, strajki generalne lub lokalne), mające bezpośredni wpływ na terminowość wykonania robót, - warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych«. Zapisy te jednoznacznie pozwalają Zamawiającemu przedłużyć termin obowiązywania umowy w związku ze złymi warunkami pogodowymi, które uniemożliwiały prowadzenie robót. Wykonawca w piśmie z dnia 13 grudnia 2021 doprecyzował, o jakie warunki atmosferyczne chodzi (opady śniegu, niskie temperatury (poniżej zera) spowodowały, że nie można było prowadzić robót drogowych). Dodatkowo w naszym klimacie taka pogoda nie daje już możliwości prowadzenia prawidłowo prac drogowych asfaltowych do wiosny. Zazwyczaj występują tylko incydenty z dobrą pogodą, ale to za krótkie okresy by prawidłowo wykonać przedmiot umowy (uzyskać odpowiednie parametry nośności warstw konstrukcyjnych). Powszechnie znanym w branży drogowej oraz dla zamawiających publicznych jest fakt, iż instalacje wytwarzające masy bitumiczne wygaszają produkcję masy wraz z pierwszymi ujemnymi temperaturami i wszczynają produkcję dopiero w okresie wiosennym. Dalsze prowadzenie robót było obarczone ryzykiem wykonywania robót w warunkach niezgodnych z warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót, jakie obowiązują dla robót drogowych objętych przetargiem. Wykonywanie tych robót naraziłoby Zamawiającego na ewentualne straty materialne poprzez złą jakość wykonania, która ujawniłaby się po okresie gwarancji, co generowałoby konieczność ponownego wykonania tych prac w późniejszym okresie. Doprecyzowanie w umowie bądź w SWZ, o jakie warunki pogodowe chodzi, czyli m.in. ilość deszczu, temperatura otoczenia, byłoby bardzo kłopotliwe. Zawsze, mając na uwadze warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych, chodzi o nienormowe i długotrwałe opady deszczu, zbyt niskie temperatury do prowadzenia poszczególnych robót. (...) Nieprecyzyjnym byłoby określenie, że zmiana terminu została by przedłużona o okres trwania przeszkody – inaczej zachowuje się nawierzchnia po opadach deszczu w okresie letnim, a inaczej w okresie późnej jesieni, przy braku wysokich temperatur w ciągu całego dnia i braku realnych perspektyw na poprawę tych warunków. Nawierzchnia, która przyjmie dużą ilość wody w grudniu, potem przemarznie, nie uzyska odpowiednich parametrów do prowadzenia prac drogowych. Rozsądnym było aneksowanie umowy o taki okres, w którym na pewno wystąpią już korzystne warunki pogodowe. Trudno było zakładać, że pogoda w styczniu czy lutym będzie korzystniejsza niż w grudniu. Nie bez znaczenia jest fakt, że wytwórnie mas bitumicznych po wyłączeniu na okres zimowy, są uruchamiane najwcześniej wiosną. Zamawiający miał obiektywną możliwość oceny zasadności przywołanych argumentów Wykonawcy o złych warunkach pogodowych, były oczywiste, bezsprzeczne i jednoznaczne. Dla potwierdzenia w załączeniu linki do pogody, jaka w przedmiotowym okresie występowała: - (...). Nie wprowadzono jako załącznik do aneksu rzutów dotyczących pogody ze strony internetowej z dni poprzedzających pismo wykonawcy, gdyż strony te są aktywne i w każdej chwili można je odczytać oraz nie było na dzień oceny wniosku Wykonawcy podstaw kwestionowania faktów.”.

Ponadto Obwiniony wyjaśnił, że: „Zamawiający, analizując pogodę w miesiącach październik-grudzień z lat poprzednich założył, że w ciągu 45 dni Wykonawca zdąży z realizacją przedmiotu umowy. Proces wyboru Wykonawcy zabrał kilka cennych dni. W grudniu

2021 nastąpiło załamanie pogody, stąd pismo Wykonawcy o aneksowanie terminu realizacji zadania. Patrząc, że okres zimowy się dopiero rozpoczął, nierozważnym było spisywać aneks z krótszym terminem. Należało spisać aneks z takim terminem, by nawierzchnia drogi wyschła, a temperatury w ciągu nocy były powyżej zera. Tylko takie warunki pozwalają przeprowadzić badania nośności gruntu i uzyskać parametry do prowadzenia robót bitumicznych. Nie bez znaczenia jest w okolicznościach konkretnie rozpatrywanej sprawy zakres rzeczowy wykonywanych robót, to jest konieczność ułożenia na ławach betonowych krawężników, potem wykonywanie warstw konstrukcyjnych, a dopiero na końcu wykonuje się warstwy bitumiczne. Do tego należy też powtórzyć informację, że wytwórnie mas bitumicznych po wyłączeniu na okres zimowy nie są uruchamiane wcześniej jak na wiosnę. Stąd termin 30.04.2022 wydawał się terminem bezpiecznym, rozsądnym, adekwatnym i racjonalnym. Zamawiający uznał, że przedłużenie trwania umowy do 30 kwietnia 2022 jest najlepszym, rozsądnym i co najważniejsze zgodnym z prawem rozwiązaniem. Należy zauważyć, że przy istniejącej pogodzie, przedmiot umowy zostałby zrealizowany niezgodnie z technologią, co spowodowałoby naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych.”.

Poza tym, na etapie prowadzonego postępowania wyjaśniającego przed Rzecznikiem Dyscypliny Finansów Publicznych właściwym w sprawach rozpoznawanych przez Komisję I instancji (dalej Rzecznik) wyjaśnienia złożył także Obrońca Obwinionego, w których wskazał:

„(...) przywołana na etapie kontroli argumentacja mojego mocodawcy jest wewnętrznie spójna i logiczna, a chronologia zdarzeń wskazuje na dochowanie przez zamawiającego wszelkich procedur oraz na zgodność z przepisami prawa. Zarzut, iż „termin, o który przedłużono zakończenie robót wynosił ponad cztery miesiące, podczas gdy pierwotny termin realizacji wynosił 45 dni, licząc od dnia podpisania umowy” uznać należy za chybiony w świetle okoliczności sprawy szczegółowo opisanych w wyjaśnieniach, a wynikających z okoliczności obiektywnych, to jest ujemnych temperatur uniemożliwiających realizację robót budowlanych zgodnie z warunkami technicznymi i technologią prowadzenia prac. Nadto kontrolujący nie wskazują, gdyż jest to obiektywnie niemożliwe, jaki termin byłby właściwy, przedłużenie o ile dni byłoby odpowiednie. Pomijana jest także istotna w realiach rozpatrywanej sprawy bezsporna okoliczność, iż do podpisania umowy doszło dopiero dnia 4 listopada 2021 r. w wyniku przedłużającej się procedury przetargowej, a to w wyniku konieczności dokonania zmian w budżecie Gminy (...) umożliwiających wybór oferty spośród złożonych w postępowaniu (strona 136 protokołu kontroli), zaś już dnia 5 listopada 2021 nastąpiło przekazanie placu budowy (strona 137 protokołu kontroli). Nie bez znaczenia dla oceny zachowania mojego mandanta jest także fakt, iż w wyniku rozstrzygnięcia przetargu podmiotowi wybranemu w procedurze przetargowej przysługuje roszczenie o zawarcie umowy i ewentualna odmowa jej podpisania (na przykład ze względu na porę roku) rodziłaby odpowiedzialność odszkodowawczą, skutkującą naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Należy także zwrócić uwagę na pomijaną w konkretnie rozpatrywanym przypadku okoliczność, iż zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa budowlanego dochodzi do przekazania władztwa w rozumieniu przepisów tegoż prawa nad procesem budowlanym w ręce kierownika budowy oraz inspektora nadzoru inwestorskiego, które to osoby ze względu na posiadaną specjalistyczną wiedzę odpowiadają za prawidłowy przebieg i realizację procesu budowlanego. (...)”.

Wyjaśnienia te w ocenie Rzecznika nie zasługiwały na uwzględnienie, w wyniku czego pismem z dnia 26 kwietnia 2024 r. skierował on do Komisji I instancji wnioski o ukaranie Obwinionego karą upomnienia.

Rozpatrując wniosek o ukaranie Komisja I instancji w pierwszej kolejności dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu czynów oraz w dacie orzekania, stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 1 uondfp. W wyniku tej analizy uznała za zasadne zastosowanie w przedmiotowym przypadku przepisów obowiązujących w dniu orzekania. Wobec braku zmian prawnych w obszarze przepisów ustawy materialnej (Pzp) i penalizującej (uondfp), stan prawny obowiązujący w chwili popełnienia zarzucanych czynów nie był względniejszy dla Obwinionego. Komisja I instancji wskazała również, że stan faktyczny w sprawie jest niesporny.

Natomiast w zakresie ustalenia podmiotowych przesłanek odpowiedzialności Komisja I instancji wskazała, że Obwiniony, jako Burmistrz (...) i kierownik jednostki sektora finansów publicznych, podlega w myśl art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zarazem – według art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych³ – jest co do zasady odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki.

Komisja I instancji rozstrzygając o zaistnieniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisanego w art. 17 ust. 6 uondfp, dotyczącego dokonania zmiany (wydłużenia) terminu realizacji zadania niezgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp doszła do przekonania, iż brak jest podstaw do przypisania Obwinionemu opisanego wyżej naruszenia. Dokonanie zmian do umowy z dnia 4 listopada 2021 r. nastąpiło z zachowaniem wymogów wynikających z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp., tzn. w sytuacji, kiedy zmiana została przewidziana w dokumentach zamówienia (SWZ, umowa) – w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, spełniających łącznie określone w tym przepisie warunki.

Wskazany przepis stanowi, że 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.

Komisja I instancji odniosła się do argumentacji przedstawionej przez Rzecznika we wniosku o ukaranie, w którym stwierdzono, że ustalone na gruncie § 17 umowy przyczyny uzasadniające jej zmianę „(...) zostały sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, gdyż nie wskazano w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny opisu warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót, nie wskazano w jaki sposób zostanie zmiana dokonana oraz czy zmiana będzie wymagać określonego działania stron np. warunków odnoszących się do sposobu udokumentowania okoliczności będących podstawą dokonania zmiany”. Rzecznik przedstawił także orzecznictwo sądów administracyjnych i stanowiska doktryny odnoszące się do interpretacji art. 455 Pzp.

Komisja I instancji rozpatrując sprawę nie podzieliła poglądu prezentowanego przez Rzecznika. W jej ocenie, nawiązując do treści art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, niewątpliwie jest, iż dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie

³ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1530 ze zm.) - zwana dalej ufp

zamówienia, niezależnie od wartości tej zmiany, jeśli została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Mogą one obejmować postanowienia dotyczące (m.in.) terminu wykonania zadania, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki: określają rodzaj i zakres zmian, określają warunki wprowadzenia zmian, nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy. To, iż zmiana umowy winna zostać przewidziana w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, odczytuje się w literaturze przedmiotu, jako uprzednie sformułowanie ewentualnej zmiany „w sposób zapewniający, że wszyscy potencjalni oferenci zrozumieją te postanowienia i będą interpretowali oczekiwania zamawiającego w taki sam sposób”. W praktyce owe warunki zmian nazywa się klauzulami przeglądowymi (adaptacyjnymi) z uwagi na to, że są to klauzule stwarzające możliwość przystosowania (adaptacji) treści stosunku prawnego do warunków zmieniających się w trakcie trwania umowy (tak A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 455). Badając dopuszczalność wprowadzenia przez strony umowy określonej zmiany, należy w szczególności ocenić ziszczenie się wynikających z tego przepisu przesłanek: czy przyszłe zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia – w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Reguły, według których będzie modyfikowana umowa, stanowią ważną informację dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i każdy z potencjalnie zainteresowanych powinien mieć taki sam dostęp do wiedzy w tym zakresie. Odnosząc opisany wyżej warunek do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, zdaniem Komisji I instancji, został on spełniony, zważywszy na okoliczność, iż stosowna klauzula adaptacyjna została zawarta w § 17 umowy, nawiązującym jednocześnie do treści SWZ – pkt 5.1. Zarazem jej treść jest klarowna i nie nasuwa wątpliwości – potencjalni oferenci uzyskali jednoznaczną, nienaruszającą w żaden sposób zasady konkurencji – informację o terminie zakończenia robót, jak również o sytuacji, w której zostaną spełnione warunki do jego ewentualnej zmiany. Komisja I instancji zauważyła także, iż postanowienia w sprawie zmian umowy winny określać rodzaj i zakres zmian. Przez wskazanie rodzaju zmian należy w tym wypadku rozumieć opisanie przedmiotu danego postanowienia umownego, który potencjalnie może ulec modyfikacji. Podkreślić należy, że ani dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE, ani polska ustawa nie ograniczają przedmiotowo postanowień umowy, które mogą ulegać zmianie w tym zakresie. Zmiana może zatem dotyczyć każdego postanowienia umownego. W szczególności przepis umożliwia zmiany dotyczące przedmiotu zamówienia, terminu lub sposobu spełnienia świadczenia przez wykonawcę, jednak zakres wprowadzania zmian jest limitowany postanowieniami art. 455 ust. 1 pkt lit. c Pzp, który stanowi, że zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej. W ocenie Komisji I Instancji wymóg ten także został dochowany na gruncie zapisanej w § 17 umowy w związku z pkt 5.1 SWZ – klauzuli adaptacyjnej, skoro z jej treści w sposób klarowny wynika, iż dotyczy ona zmiany terminu wykonania umowy. Komisja I instancji uznała także, że przedłużenie terminu zakończenia robót drogowych ostatecznie do dnia 30 kwietnia 2022 r., było racjonalne, przy uwzględnieniu wszystkich uwarunkowań dotyczących przedmiotowego zadania (aktualnych warunków atmosferycznych, dalszych prognoz pogodowych, zasad funkcjonowania wytwórni mas bitumicznych, zasad sztuki budowlanej oraz technologii i warunków wymaganych przy prowadzeniu robót drogowych). W ramach rozpatrywanego stanu faktycznego za nieuprawnione uznała sformułowanie zarzutu odnośnie do pierwotnie określonego terminu zakończenia realizacji robót

(tj. 45 dni od dnia zawarcia umowy) – jako nierealnego do zachowania przez wykonawcę. Wymaga bowiem podkreślenia, iż postanowienie to stanowiło element przygotowanej dokumentacji przetargowej, zostało podane do wiadomości potencjalnych oferentów w dniu 21 września 2022 r. Z uwagi na potrzebę dopełnienia formalności związanych z zabezpieczeniem odpowiednich środków w budżecie – z przyczyn niezależnych od Zamawiającego – zawarcie umowy stało się możliwe dopiero w dniu 4 listopada 2024 r., co niewątpliwie – z uwagi na okres późnojesienny – mogło zwiększać ewentualne ryzyko wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych. Jak wynika jednak ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego – na moment zawarcia umowy jej realizacja w terminie 45-dniowym była realna. Zarazem – poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli adaptacyjnej już na etapie ogłoszenia o zamówieniu – sytuacja wystąpienia ewentualnych niekorzystnych zjawisk pogodowych przed ukończeniem realizacji zadania – została we właściwy sposób zabezpieczona możliwością wprowadzenia do umowy stosownej zmiany terminu końcowego. Powyższe wskazuje zarazem, iż zastosowana w sprawie procedura wprowadzenia do umowy klauzuli na wypadek wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych spełniła swoje zadanie.

Komisja I instancji zauważyła również, iż przywołane przez Rzecznika we wniosku o ukaranie orzeczenia sądownoadministracyjne dotyczące niesprzyjających dla inwestycji warunków pogodowych – nie dotyczą przesłanki zmiany umowy wynikającej z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, mającej zastosowanie w niniejszej sprawie, lecz odnoszą się do uregulowania zawartego w art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp [„jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć (...)”]. Stąd też rozważania na temat przewidywalności określonych warunków pogodowych w danej szerokości geograficznej – należy ocenić w tym miejscu jako bezprzedmiotowe.

Analizując w dalszym ciągu warunki dopuszczalnej – wedle art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp – zmiany umowy, jako kolejny wymóg należy wymienić konieczność określenia w klauzuli adaptacyjnej warunków wprowadzenia zmian (art. 455 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp). Warunki wprowadzania zmian to opisanie okoliczności faktycznych (zdarzeń), w przypadku zaistnienia których możliwe będzie dokonywanie zmiany umowy (tak J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 455, LEX/el.). W tym względzie nie powinno ulegać wątpliwości, że w SWZ (pkt 5.1 tiret drugie) przewidziano okoliczności faktyczne, których ziszczenie się miało uzasadniać zmianę umowy. Określono bowiem, iż termin zakończenia robót może ulec zmianie w przypadku wystąpienia „warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych”. Jak wywiedziono powyżej, taka formuła – z jednej strony nie wymagała dalszego doprecyzowania wobec konkretnych uwarunkowań dotyczących tego rodzaju zamówienia, z drugiej zaś strony – w ocenie Komisji I instancji – dalsze doprecyzowanie tego zapisu w postaci enumeratywnego szczegółowego wskazania i opisu poszczególnych niesprzyjających warunków pogodowych (co sugeruje we wniosku Rzecznik) – mogłoby nieść ryzyko stworzenia klauzuli niewyczerpującej wszystkich niekorzystnych zjawisk atmosferycznych. Zarazem – co wymaga podkreślenia – w stanie faktycznym niniejszej sprawy zastosowanie klauzuli adaptacyjnej określającej niejako rodzajowo okoliczności uzasadniające zmianę terminu umowy, nie naruszyło zarówno zasady przejrzystości, jak również konkurencyjności na gruncie tego zamówienia. Odnosząc się zarazem do uwag Rzecznika dotyczących braku udokumentowania (wykazania)

wystąpienia przesłanek wynikających ze SWZ, uzasadniających zmianę umowy, Komisja I instancji za wiarygodne uznała na przedstawione w toku procedowania sprawy wyjaśnienia Obwinionego oraz Podinspektora ds. zamówień publicznych, opisujące okoliczności, które ostatecznie skłoniły strony umowy do zawarcia aneksów. W wyjaśnieniach tych wskazano nadto na możliwość pozyskania dalszych materiałów źródłowych potwierdzających warunki pogodowe w omawianym okresie.

W ocenie Komisji I instancji nie jest także uprawnione negowanie możliwości zmiany umowy z dnia 4 listopada 2021 r. w oparciu o zapisy § 17 umowy oraz pkt 5.1 tiret drugie SWZ – poprzez sugerowanie braku precyzji w sformułowaniu klauzuli adaptacyjnej – z uwagi na nieopisanie w niej zasad dokumentowania wystąpienia okoliczności uzasadniającej zmianę. Niewątpliwie, jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych: „Dobrą praktyką jest formułowanie postanowień szczegółowo regulujących procedurę dokonywania zmian, zasady przekazywania stanowisk stron umowy, a także reguły wskazywania argumentów podnoszonych w celu potwierdzenia, że zmiana jest konieczna.”. Powyższe nie oznacza jednak, iż brak sformułowania na gruncie umowy czy też SWZ takich zasad – uzasadnia zarzut naruszenia art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. Dobra praktyka nie stanowi bowiem o istnieniu przepisu powszechnie obowiązującego precyzującego konkretny wymóg, którego dopiero niedopełnienie mogłoby stanowić podstawę do postawienia zarzutu z art. 17 ust. 6 uondfp.

W świetle powyższego, Komisja I instancji doszła do wniosku, iż w okolicznościach omawianej sprawy nie doszło do wypełnienia znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, opisanego w art. 17 ust. 6 uondfp, a co za tym idzie – nie zaistniało naruszenie dyscypliny finansów publicznych typizowane tym przepisem.

Od powyższego orzeczenia - pismem z 13 grudnia 2024 r. - odwołanie, w części dotyczącej uniewinnienia Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisanego w art. 17 ust. 6 uondfp, wniósł Rzecznik. Skarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 17 ust. 6 uondfp,
- 2) art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. nieuprawnione przyjęcie, iż w sprawie zaszyły okoliczności uprawniające Zamawiającego do zmiany umowy podstawowej.

Rzecznik wskazał, iż zarzut sformułowany w treści wniosku o ukaranie nie dotyczy kwestii ilości dni, o które wydłużono zakończenie realizacji zadania, lecz możliwości zmiany umowy (wydłużenie terminu realizacji zadania) na podstawie zapisów zawartej w dniu 4 listopada 2021 r. umowy, a w szczególności §7 umowy, który zdaniem Gminy (...) stanowił podstawę do zawarcia aneksów. Rzecznik również nie rozważał kwestii związanej z zasadami celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych w przedmiotowej sprawie bowiem istotą sporu jest to czy w omawianej sprawie można było dokonać zmiany umowy, czy też nie.

Rzecznik wskazał na orzecznictwo Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej też „GKO” lub „Główna Komisja Orzekająca”), zgodnie z którym, „(...) dla ustalenia braku odpowiedzialności z tytułu naruszenia art. 17 ust. 6 uondfp nie jest wystarczające wskazanie, że umowa zawierała możliwość i zasady określające jej zmianę, w myśl art. 454-455 ustawy PZP z 2019. Konieczne jest również ustalenie, czy w konkretnym stanie faktycznym ów mechanizm został prawidłowo zastosowany. Brak powiązania między regułami wskazanymi w umowie, a przyjętą

podstawą faktyczną do aneksowania umowy oznacza, że nastąpiło naruszenie wspomnianych wyżej przepisów. Takie podejście jest wyraźnie akcentowane w orzecznictwie Głównej Komisji Orzekającej (por. np. orzeczenie GKO 25 lipca 2019 r. Sygn. akt BDF1.4800.101.2018).”.

W omawianej sprawie zdaniem Rzecznika warunki te nie zostały spełnione, w § 17 umowy nr (...) z dnia 4.11.2021 r. wskazano: Zamawiający dopuszcza, na podstawie art. 455 Pzp, możliwość dokonywania zmian zawartej umowy, na warunkach określonych w SWZ. Zdaniem Rzecznika zapisy w tym zakresie zostały sformułowane przez Zamawiającego w sposób ogólny, gdyż nie wskazano w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny opisu warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót, nie wskazano w jaki sposób zostanie zmiana dokonana oraz czy zmiana będzie wymagać określonego działania stron np. warunków odnoszących się do sposobu udokumentowania okoliczności będących podstawą dokonania zmiany. Wykonawca nie udokumentował, w jakim okresie prowadzenia robót budowlanych faktycznie wystąpiły warunki atmosferyczne uniemożliwiające realizację robót i w jakim zakresie. Na uwagę zasługuje również fakt, że termin, o który przedłużono zakończenie robót budowlanych wynosił ponad cztery miesiące, podczas gdy pierwotny termin realizacji wynosił 45 dni, licząc od dnia podpisania umowy.

Rzecznik podtrzymał w całości stanowisko wskazane we wniosku o ukaranie, w tym także zaprezentowane orzecznictwo sądowe. Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy, Rzecznik przyjął wyjaśnienia złożone przez świadków co do warunków atmosferycznych w jakich można prowadzić określony rodzaj prac, w tym robót bitumicznych zgodnie z warunkami technicznymi oraz fakt wygaszania prac wytwórni mas bitumicznych. Jak podkreślono wymogi te znane są wykonawcom co niewątpliwie wpływa na fakt, iż wykonawca godząc się na realizację zadania w terminie 45 dni od podpisania umowy wziął na siebie ryzyko terminowej realizacji umowy w okresie jesienno-zimowym. Wykonawca był świadomy w jakich warunkach można prowadzić określone prace i zgodził się na realizację zadania we wskazanym terminie.

W odniesieniu do dodatkowych dokumentów złożonych przez Obwinionego, które dotyczą inwestycji realizowanej w tym samym okresie przez wykonawcę inwestycji, tj. (...) na terenie innej jednostki samorządu terytorialnego, tj. Powiatu (...), Rzecznik zwrócił uwagę na inne niż w przedmiotowej sprawie okoliczności, które mogły mieć znaczenie przy zawieraniu aneksu do umowy na podstawie którego doszło do zmiany umowy poprzez wydłużenie terminu wykonania zadania w Powiecie (...).

Jak wynika z dokumentu skierowanego do Zarządu Powiatu (...) z dnia 10 grudnia 2021 r. zapisy umowy (...) z dnia 09.11.2021 r. posiadały m.in. następujące zapisy:

„W przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy, skutkujących niemożliwością dotrzymania określonego terminu, termin ten może ulec przedłużeniu, nie więcej jednak niż o czas trwania tych okoliczności. O konieczności dokonania zmiany terminu Wykonawca ma obowiązek wystąpić nie później niż 7 dni przed terminem oddania przedmiotu umowy. Przy określaniu nowego terminu wykonania przedmiotu umowy bierze się pod uwagę stan zaawansowania prac, zakres przedmiotu umowy oraz przyczyny powodujące zwłokę — przy czym Wykonawca ma prawo żądać przedłużenia terminu umownego z powodu:

1) działania siły wyższej,

- 2) wystąpienia przestoju i opóźnień zawinionych przez Zamawiającego,
- 3) wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności,
- 4) jeżeli w toku realizacji przedmiotu zamówienia nastąpi zmiana przepisów prawa, z których będzie wynikała konieczność zmiany zakresu zamówienia, to Wykonawca wykonana wymagane czynności po uzgodnieniu z Zamawiającym. Na powyższą okoliczność dopuszcza się zmianę terminu wykonania umowy,
- 5) gdy zaistnieje inna, niemożliwa do przewidzenia w momencie zawarcia umowy okoliczność prawna lub techniczna, za którą żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkująca brakiem możliwości należytego wykonania umowy, zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia. Na powyższą okoliczność Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy, w szczególności terminu realizacji zamówienia.

W tych przypadkach minimalny okres przesunięcia terminu zakończenia równy będzie okresowi przerwy lub postoju.”

Dokumenty te potwierdzają inny stan faktyczny, jak również w ocenie Rzecznika przesądzają o słuszności jego stanowiska co do zapisów jakie winna zawierać umowa, aby można zastosować art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że 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.

Przykładowo, Rzecznik zwraca uwagę na ugruntowane orzecznictwo sądowe oraz GKO w zakresie czynu z art. 17 ust. 6 uodfp.

W orzeczeniu GKO z dnia z dnia 25 kwietnia 2024 r. BDF1.4800.28.2024 wskazano:

„GKO podziela stanowisko Komisji I instancji, wbrew temu co podnosi w odwołaniu Obwiniony, że zmiana terminu realizacji umowy, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, jest zmianą istotną. Warunek dotyczący terminu znalazł się zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ oraz znalazł odzwierciedlenie w zawartej 19 grudnia 2017 r. Umowie. Nie ma przy tym znaczenia, że termin wykonania zamówienia nie stanowił kryterium oceny ofert. Skoro Zamawiający już przed zawarciem Umowy wymagał zakończenia realizacji zamówienia w konkretnym terminie miał on więc istotne znaczenie. Warto również zwrócić uwagę, że zawarcie aneksu nr 2 do Umowy warunkowane było potrzebą wykonania robót dodatkowych i zamiennych. W przeciwieństwie zatem do okoliczności stanowiących tło zawarcia aneksu nr 1, nie ma tu elementu bezwzględnej konieczności wykonania dodatkowych prac. Mimo tego termin wykonania zamówienia wydłużono do 13 października 2019 r., czyli o 44 dni. W sumie, w wyniku dokonanych zmian umowy, określony w SIWZ termin realizacji zadania uległ znaczącej zmianie na korzyść wybranego wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w warunkach ogłoszonego przetargu. Wskazanie, już przy wszczęciu postępowania, dłuższego terminu realizacji zamówienia mogło powodować większe zainteresowanie wśród innych wykonawców. W tym kontekście wydłużenie terminu realizacji zamówienia stanowiło istotną zmianę Umowy, albowiem naruszało podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych,

tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę przejrzystości.”.

W orzeczeniu GKO z dnia 22 maja 2023 r. sygn. BDF1.4800.48.2022 wskazano:

„(...) Śledząc orzecznictwo sądowe i Krajowej Izby Odwoławczej oraz piśmiennictwo w tym zakresie stwierdzić należy, że dla uznania tych cech za spełnione należałoby mieć pewność, że wszyscy rozsądnie poinformowani oferenci — zachowując zwykłą staranność — są w stanie dokładnie zrozumieć ich znaczenie oraz interpretują je w ten sam sposób. Ponadto opierając się na definicji poszczególnych pojęć, za Wielkim Słownikiem Języka Polskiego należy powtórzyć:

- 1) precyzyjny to określony lub wyrażony w sposób jasny, konkretny i uporządkowany, przez co nie budzi żadnych wątpliwości,
- 2) jednoznaczny to taki, co do którego nie ma wątpliwości, jakie ma znaczenie lub jakie znaczenie można mu nadać,
- 3) jasny to zrozumiały, niebudzący wątpliwości, prosty.

Dokonując oceny z punktu widzenia znaczeniowego w języku polskim opisanie tej klauzuli powyższymi znaczeniami nie jest uzasadnione. W pierwszej kolejności Komisja wskazuje, że dla zapewnienia jasności, jednoznaczności, precyzyjności tej klauzuli musiałby ona zawierać wskazanie:

- 1) w jakich okolicznościach wykonawca może wystąpić z wnioskiem o przesunięcie terminu wykonania zamówienia, jakie zdarzenia zewnętrzne, niezależne od niego muszą zaistnieć by dać podstawę takiego wystąpienia (np. niespotykane warunki pogodowe, nieprzewidziane i niezawinione zerwanie łańcucha dostaw i usług)
- 2) jakimi metodami, narzędziami zamawiający będzie dokonywał oceny zaistnienia okoliczności wskazanych w pkt 1,
- 3) ewentualna gradacja wpływu tych okoliczności na decyzję zamawiającego w zakresie zmiany terminu wykonania zamówienia.”.

Rzecznik wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, swobodnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu a obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na zamawiającego, jak również podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania. W zamian regulacje te są gwarantem jasnej i przejrzystej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, która w efekcie prowadzi do zawarcia umowy przez podmiot publiczny z wybranym w ramach procedury wykonawcą. Termin wykonania zamówienia należy uznać za jedno z przedmiotowo ważnych postanowień umowy w sprawie zamówienia. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie jej obowiązywania jest co do zasady niedopuszczalna, jeżeli nie została poprzedzona przeprowadzeniem nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki umowy stanowią bowiem wynik przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Ich późniejsza zmiana może prowadzić do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Dodatkowo, jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, Gmina nie udokumentowała w żaden sposób

zarówno trudnych warunków atmosferycznych (ile dni trwały) jak również brak jakichkolwiek informacji na potwierdzenie „przerwy Wytwórni Mas Bitumicznych”, tym samym w żaden sposób nie udokumentowano potrzeby wydłużenia terminu realizacji zadania z dnia 19 grudnia 2021 r. na 30 kwietnia 2022 r.

Rzecznik wskazał również na wykładnię znamion zakresu „istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty”, której dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, które pozostają nadal aktualne i z której jednoznacznie wynika, iż do istotnych postanowień umowy dostawy należą oznaczenie przedmiotu umowy, terminy wykonania oraz ustalenie ceny (art. 605 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych). Istotną zmianą w umowach zamówień publicznych, która jest zakazana to zmiana terminu poza termin określony w ofercie. Tylko w wyjątkowych, przewidzianych warunkach w umowie jest możliwa zmiana terminu wykonania umowy. Przy czym nie dotyczy to zmian umowy co do terminu jej wykonania w granicach czasowych umowy za zgodą stron, tj. np. wcześniejszego wykonania umowy, ponieważ zmiany na korzyść zamawiającego są zawsze dopuszczalne w umowach o zamówienie publiczne (wyrok KIO z 5.03.2013 r. sygn. KIO 376/13, publ. LEX nr 1295042), zamawiający, dokonując zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez wcześniejszego przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz bez określenia warunków takiej zmiany, naruszył dyspozycję art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych (uchwała KIO z 8.12.2011 r. sygn. KIO/KD 87/11/11, publ. LEX nr 1099259); umowa zawarta przez Zamawiającego z wybranym Wykonawcą nie może wskazywać innego terminu wykonania zamówienia niż określony w ofercie. Gdyby nawet przyjąć stanowisko, że zmiana terminu wykonania umowy nie oznacza zmiany przedmiotu zamówienia, to stwierdzić należy, że termin realizacji zamówienia w sposób niezaprzeczalny determinuje wykonanie zamówienia i czyni to możliwym, bądź nie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (wyrok KIO z 29.02.2010 r. sygn. KIO/UZP 54/10, publ. LEX nr 622674).

Rzecznik wskazał również, że organy orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wielokrotnie formułowały tezę, iż zmiana umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia należy do kategorii istotnych zmian warunków umowy bowiem na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalenie terminu wykonania przedmiotu umowy ma istotny wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie, może stanowić o konkurencji a to w konsekwencji ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. (np. orzeczenie Reg. KO z dnia 14.11.2011 r. sygn. RIO-IV-R-90/10-K-61/10, publ. Biuletyn Orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych 2012/1/20).

Potwierdza to również orzeczenie GKO z 28.10.2013 sygn. BDF1/4900/49/54/13/RWPD-45769), z którego wynika, że zmianą umowy wprowadzoną aneksem z dnia 2 sierpnia 2011 r. (zmieniając termin realizacji umowy - dopisek Rzecznika) bezsprzecznie naruszono art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W niniejszym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie przewidział ani w ofercie, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości dokonania późniejszej zmiany terminu

realizacji zamówienia. GKO zauważa, że w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 6 listopada 2012 r. (ICa813/12) Sąd stwierdził, że „art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych krępuje w pewnym zakresie kontrahentów w zakresie modyfikacji stosunku zobowiązaniowego w sposób odmienny od SIWZ i dopuszcza taką możliwość tylko w sytuacjach wymienionych wyczerpująco w tym przepisie”. Istnieje zatem ustawowy zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której wybrano wykonawcę. Zakaz wprowadzania zmian ma na celu zagwarantowanie transparentności oraz równego traktowania oferentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma więc możliwości modyfikacji umowy zarówno co do przedmiotu zamówienia, jak również co do jej poszczególnych elementów, po wyborze oferty przez zamawiającego. Zmiany dopuszczalne są jedynie wtedy, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz, określając przy tym, jakie elementy umowy mogą ulec zmianie i w jakim zakresie. W rozpatrywanej sprawie Obwiniony nie przewidywał możliwości zmiany umowy w zakresie terminu jej realizacji. GKO podziela opinię zamieszczoną na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych, według której 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. Z przedstawionej opinii wynika, że za istotne należałoby uznać zmiany co do ceny przedmiotu zamówienia, podmiotu wykonawcy zamówienia i czasu realizacji zamówienia. Z tą ostatnią przesłanką mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Przedmiotowym aneksem dokonano zmiany terminu realizacji zamówienia wynikającego z zawartej umowy, naruszając bezsprzecznie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Rzecznika, dokonując dwukrotnej zmiany przedmiotowej umowy dokonano tego z naruszeniem art. 455 Pzp, gdyż nie zachodziły przestanki uzasadniające zmianę umowy co uzasadniono wyżej.

W świetle powyższego Rzecznik wniósł o uchylene orzeczenia w tej części i przekazanie sprawy do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu do ponownego rozpoznania.

Na rozprawie w dniu 5 czerwca 2025 r. Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych po rozpoznaniu zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności GKO wskazuje, że ze względu na złożenie odwołania tylko w części orzeczenia Komisji I instancji referat stanu faktycznego sprawy, także w odniesieniu do skarżonego orzeczenia, ograniczony został tylko do zakresu, którego dotyczy odwołanie, tj. czynu z art. 17 ust. 6 uodnfp.

Ponadto GKO wskazuje, że stan faktyczny ustalony przez Komisję I instancji jest prawidłowy i bezsporny pomiędzy Stronami postępowania. Z tego też względu GKO nie dokonuje odrębnego referatu stanu faktycznego, a w dalszych rozważaniach będzie odwoływała się do opisu zawartego we wcześniejszych fragmentach niniejszego orzeczenia.

W pierwszej kolejności GKO przanalizowała zagadnienia związane z właściwością przepisów, według których powinna zostać rozpatrzona przedmiotowa sprawa. W tym zakresie, mając na uwadze, że w okresie pomiędzy datą popełnienia czynu, tj dniami 14 grudnia 2021 r. oraz

29 grudnia 2021 r. – daty podpisania odpowiednio aneksów nr 1 i nr 2 do umowy nr (...), w zakresie objętym orzekaniem nie miały miejsca zmiany przepisów zarówno ustawy materialnej (Pzp), jak również ustawy penalizującej (uondfp). W związku z powyższym GKO rozpatrzyła sprawę według przepisów obowiązujących w dniu orzekania.

Następnie GKO w zakresie ustalenia podmiotowych przesłanek odpowiedzialności zważyła, że Obwiniony, jako Burmistrz (...) i kierownik jednostki sektora finansów publicznych (art. 9 pkt 2 ufp), podlega w myśl art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem odpowiedzialności takiej podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Zarazem – według art. 53 ust. 1 ufp – jest co do zasady odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej tej jednostki, a w przedmiotowej sprawie był osobą zarówno podpisującą umowę nr (...), jak również kwestionowane przez Rzecznika aneksy. Zatem Obwiniony jest również osobą, której można przypisać zarzut potencjalnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 19 ust 1 i 2 uondfp.

Na gruncie rozstrzygnięcia, czy w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, GKO stwierdza, że Komisja I instancji doszła do prawidłowych konkluzji w ocenie materiału dowodowego sprawy.

W myśl art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego możliwa jest bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia 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.

W umowie nr (...) zawartej i aneksowanej przez Obwinionego zakres możliwości zmiany umowy opisany został § 17 w następujący sposób: Zamawiający dopuszcza, na podstawie art. 455 ustawy Prawo zamówień publicznych, możliwość dokonywania zmian zawartej umowy, na warunkach określonych w SWZ. Natomiast w dziale XX Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt. 5.1). wskazano: „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany zawartej umowy w formie aneksu, w stosunku do treści wybranej oferty w zakresie uregulowanym w art. 454-455 Pzp.”, oraz „5. Termin zakończenia robót może ulec zmianie w następujących przypadkach: 1) zmiany spowodowane warunkami atmosferycznymi w szczególności: - działania siły wyższej (np. klęski żywiołowe, strajki generalne lub lokalne), mające bezpośredni wpływ na terminowość wykonania robót, - warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych”.

W omawianym przypadku należy rozważyć prawidłowość zastosowania przez Obwinionego przesłanek opisanych w lit. a i b wskazanych powyżej (dotyczących art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp). Przesłanka opisana w lit. c jest pomiędzy stronami bezsporna.

W ocenie GKO rozważanie to, tak jak w każdej rozpatrywanej sprawie, nie może odbywać w oderwaniu od okoliczności faktycznych w jakich doszło do naruszenia.

Na gruncie rozważań prawnych wskazać należy, że zamawiający publiczni w zakresie modyfikacji postanowień kontraktowych znajdują się szczególnej pozycji w sferze swobody

kształtowania i zmiany stosunków prawnych. Obowiązująca w prawie cywilnym swoboda kontraktowa w stosunku do nich została ograniczona przepisami Pzp, m.in. poprzez normę zawartą w art. 454 i omawianym art. 455 tej ustawy. Niemniej jednak zmiany są możliwe z zastrzeżeniem spełnienia przez zamawiającego określonych warunków. Ustawodawca określając te warunki, opierając się na za zasadzie legislacyjnej, zgodnie z którą normy prawne nie mogą być kazuistyczne i obejmować możliwie szeroki krąg przypadków, których norma dotyczy, posłużył się sformułowaniami ogólnymi.

Podobnymi założeniami kierując się zamawiający w swoich dokumentach przetargowych, tworząc postanowienia umowne o charakterze pozwalającym na możliwie elastyczne zachowanie w sytuacjach trudnych do przewidzenia na etapie prowadzenia postępowania bez konieczności każdego możliwego do przewidzenia przypadku.

W tym ujęciu w ocenie GKO posłużenie się w przedmiotowej sprawie tak przyjętym w umowie opisem dopuszczalności zmiany umowy w zakresie zmiany terminu wykonania umowy mieści się w granicach prawa, a działania podjęte przez Obwinionego (aneksowanie umowy nr (...)) nie wykraczają poza te granice. Umowa w stopniu minimalnym, ale w ocenie GKO zgodnym z normą art. 455 ust. 1 pkt 1, określa rodzaj i zakres zmian (zmiana terminu realizacji umowy o czas oznaczony) oraz określa warunki wprowadzenia zmiany (zaistnienie warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych).

W zakresie braku oczekiwanego przez Rzecznika doprecyzowania jakie są to warunki i jaki wpływ wywołują na prowadzone roboty GKO stoi na stanowisku, że nie można tego aspektu oddzielić od powszechnie przyjętych standardów technologicznych właściwych dla danego rodzaju robót budowlanych. Za przestrzeganie tych standardów w procesie budowlanym odpowiadają osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe (branżowi inspektorzy nadzoru) i ich ocena wpływu zmiany warunków pogodowych dla Obwinionego była wiążąca.

GKO wzięta także pod uwagę okoliczność, że przygotowując proces inwestycyjny w zakresie realizacji umowy nr (...), zostały przeprowadzone analizy wsteczne warunków atmosferycznych w latach poprzednich w odniesieniu do przyjętego terminu realizacji umowy, wskazujące na jej wykonalność. Jednocześnie fakt, iż zamówienie było uruchamiane i kończone w terminie późnojesiennym uzasadnione jest twierdzenie, że wszyscy wykonawcy mieli świadomość wysokiego ryzyka i możliwości przesunięcia terminu wykonania umowy. W tym również, mając świadomość uwarunkowań technologicznych, że termin ten może ulec przesunięciu długookresowemu, związanemu z koniecznością zarówno ustania samych niekorzystnych warunków atmosferycznych, jak i wynikających z nich skutków (przesunięcie zakończenia robót do wiosny kolejnego roku).

GKO nie neguje oceny Rzecznika, że sporne postanowienia umowy nr (...) mogły być napisane z większą szczegółowością, tak jak pokazuje przywołany przykład umowy zawartej przez Powiat (...). Niemniej jednak fakt możliwości skonstruowania umowy „lepiej” nie może być wyznacznikiem oceny w przedmiotowej sprawie. Także w zakresie przywoływanego przez Rzecznika orzecznictwa i doktryny GKO wskazuje, że odnosi się ono do kwestii kwalifikacji zmiany terminu realizacji zamówienia publicznego jako istotnej zmiany umowy, a zatem nie koresponduje bezpośrednio z rozstrzyganym przypadkiem (powodem uniewinnienia nie było to, że zmiana była nieistotna tylko to, że była dopuszczalna, bo przewidziana na etapie ogłoszenia o zamówieniu publicznym).

Kwestie te, w ocenie GKO, zostały w sposób należyty uwzględnione i omówione w skarżonym orzeczeniu Komisji I instancji.

W świetle powyższego ustalenia rozstrzygnięcie Komisji I instancji zostało uznane za prawidłowe i dlatego GKO orzekła jak w sentencji.