

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Sygn. akt BDF1.4800.37.2021

Warszawa, 17 listopada 2022 r.

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

Przewodniczący:	Członek GKO:	Przemysław Szellerski
Członkowie:	Członek GKO:	Marek Głuch
	Członek GKO:	Dariusz Chmielecki (spr.)
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Damiana Grzelki**,

po rozpoznaniu na rozprawie 22 września i 17 listopada 2022 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 Katowicach z 9 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt RKO/7100/103/20, którym Komisja uniewinniła Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...) - od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹, polegającego na naruszeniu w (...) 19 i 27 grudnia 2018 r. art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych², przez zawarcie dwóch aneksów do umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych z powodu niepopelnienia zarzucanych mu czynów

¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289 ze zm.) - zwana dalej uondfp

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

oraz kosztami postępowania obciążono Skarb Państwa,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach (dalej „RKO”), rozpoznała w dniu 9 kwietnia 2021 r., przy udziale Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Kamila Butryma (dalej „Rzecznik”), sprawę Pana (...), w dacie zarzucanego naruszenia pełniącego funkcję Burmistrza Miasta (...) (dalej „Obwiniony”), obwinionego o to, że:

- 1) w Urzędzie Miasta (...), w dniu 19 grudnia 2018 r., naruszono art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych³, poprzez zawarcie aneksu nr 1 do umowy nr (...), której wartość wyniosła 1 053 274,06 zł brutto, którym przedłużono termin wykonania zamówienia;
- 2) w Urzędzie Miasta (...), w dniu 27 grudnia 2018 r., naruszono art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a Pzp z 2004 r., poprzez zawarcie aneksu nr 2 do umowy nr (...), którym przedłużono termin wykonania zamówienia;

tj. o czyn określony w art. 17 ust. 6 uondfp.

RKO, w wyniku rozpoznania sprawy, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 uondfp uniewinniła Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych o którym mowa w art. 17 ust. 6 uondfp, mającego polegać na naruszeniu w (...), w dniach 19 i 27

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) – zwana dalej Pzp z 2004

grudnia 2018 r. art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r., przez zawarcie dwóch aneksów do umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych z powodu niepopelnienia zarzucanych mu czynów.

Na podstawie art. 167 ust. 2 uodnfp RKO orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Jak wskazała RKO w uzasadnieniu zaskarżonego przez Rzecznika orzeczenia, z wniosku o ukaranie wynikają następujące okoliczności sprawy.

Podstawę wszczęcia w dniu 30 lipca 2020 r. postępowania wyjaśniającego wobec Obwinionego stanowiło zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych złożone przez Zastępcę Dyrektora Wydziału Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...)(dalej „Zawiadamiający”).

Rzecznik ustalił, że w 2018 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o nr ogłoszenia (...) pn.: „Wykonanie robót budowlanych pn.: Termomodernizacja budynku Żłobka Miejskiego w (...)” Zamawiający po zakończeniu postępowania przetargowego, a także po wyborze najkorzystniejszej oferty zawarł w dniu 5 października 2018 r. umowę (karty 237-226) nr (...) na kwotę 1.053.274,06 zł brutto z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia – (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) i (...) prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany (...) (dalej „Konsorcjum”).

Zgodnie z ww. umową przedmiot zamówienia miał zostać zrealizowany w terminie 75 dni od dnia zawarcia umowy, czyli do dnia 19 grudnia 2018 r. Następnie do Zamawiającego wpłynęło pismo z wnioskiem o zmianę terminu realizacji zadania na dzień 27 grudnia 2018 r. w związku z utrzymującymi się niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, potwierdzonymi zapisami w dzienniku budowy (karty 260-246). W rezultacie, w dniu 19 grudnia 2018 r., doszło do podpisania aneksu nr 1 do umowy nr (...)(karta 225), w którym wydłużono termin wykonania zamówienia do dnia 27 grudnia 2018 r. Przedmiotowy aneks został podpisany przez Obwinionego pełniącego w tym czasie funkcję Burmistrza Miasta (...). Rzecznik podkreślił, że w przedmiotowej sprawie należy także wziąć pod uwagę

postanowienia SIWZ (karty 159-146), szczególnie w części poświęconej terminowi wykonania zamówienia i formie wynagrodzenia, w których Zamawiający przesądził, że:

„[...]

1. Termin wykonania zamówienia zgodnie z ofertą lecz nie dłużej niż 90 dni od dnia zawarcia umowy.
2. Termin wykonania jest poza cenowym kryterium oceny oferty, o którym mowa w rozdziale XXIV pkt 1.3 SIWZ.

[...]”.

Rzecznik podał, że przystępujący do przetargu wykonawca posiadał wiedzę w jakim okresie nastąpi zakończenie realizacji zadania. Prawdą jest, że nie można było określić tego terminu z dokładnością do jednego dnia (brak daty podpisania umowy na tak wczesnym etapie), aczkolwiek potencjalny wykonawca był w stanie określić, czy też przewidzieć w jakiej porze roku przyjdzie mu realizować zadania, jakie mogą panować warunki atmosferyczne, jakimi zasobami będzie dysponował. Dodatkowo, termin wykonania jest poza cenowym kryterium oferty, co oznaczało, że oferent proponujący krótszy termin realizacji zamówienia przedstawi korzystniejszą propozycję. Konsorcjum zaoferowało termin realizacji zadania 75 dni od dnia zawarcia umowy, czyli do dnia 19 grudnia 2018 r., tj. o 8 dni krótszy (ok. 10 % okresu realizacji zamówienia). Zatem jest to istotna zmiana wprowadzająca nowe warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury przetargowej, umożliwiłaby ubieganie się o zamówienie innym, oferentom, dla których pierwotny – wskazany w dokumentacji przetargowej termin wykonania – był niemożliwy do realizacji. Tłumaczenie Konsorcjum dotyczące niekorzystnych warunków atmosferycznych, w związku z którymi zawieszono prace budowlane, wydaje się być niezasadne z punktu widzenia prawa zamówień publicznych tym bardziej, że Konsorcjum miało wiedzę odnośnie warunków w jakich przyjdzie mu realizować zadanie.

Rzecznik ustalił ponadto, że w ww. postępowaniu, z uwagi na nadal utrzymujące się niekorzystne warunki atmosferyczne (sytuacja została potwierdzona zapisami w dzienniku budowy), w dniu 27 grudnia 2018 r. doszło do podpisania aneksu nr 2 do umowy nr (...) (karta 224). Aneksem tym wydłużono termin realizacji zadania o 124 dni, czyli do dnia 30 kwietnia 2019 r. Aneks ten również został podpisany przez Obwinionego (...) pełniącego w tym czasie funkcję Burmistrza Miasta (...).

Jak wskazał Rzecznik, mając na uwadze wyżej przedstawione aspekty tej sprawy, czyli m.in. postanowienia SIWZ, wyraźnie widać, że łączny termin realizacji zamówienia przekroczył termin proponowany przez Zamawiającego (90 dni). Łącznie termin realizacji zadania został wydłużony o 124 dni (aneks 1 i 2), czyli o ok. 77 % czasu jaki pierwotnie miał być temu poświęcony.

Podsumowując powyższą sytuację, w ocenie Rzecznika, nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że przesłanki aneksowania umowy nr (...) są wątpliwe. Istotną kwestią jest fakt, że każdy potencjalny wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu, powinien mieć zabezpieczoną realną możliwość realizacji przedmiotu zamówienia zgodnego z wymogami Zamawiającego oraz w oczekiwanym przez niego terminie – który został określony w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Ze strony wykonawcy powinno się to objawiać poprzez zabezpieczenie inwestycji w takich terminach, które nawet potencjalnie nie będą generować możliwości opóźnienia w realizacji zamówienia w stosunku do terminu określonego w umowie.

Rzecznik podkreślił, że analizując zaistniałą sytuację, należy wziąć pod uwagę fakt, że wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia mogło mieć wpływ na innych potencjalnych wykonawców, którzy byliby zdolni do realizacji przedmiotowego zamówienia. Termin został łącznie wydłużony o 124 dni, czyli o ok. 77 % pierwotnego terminu. Tego typu zmiana wprowadza nowe warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury przetargowej, umożliwiłyby ubieganie się o zamówienie innym oferentom, dla których pierwotny – wskazany w dokumentacji przetargowej termin wykonania – był niemożliwy do realizacji.

Dodatkowo ubiegający się o zamówienie powinien mieć zabezpieczoną możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w oczekiwanym przez Zamawiającego terminie, który uprzednio został określony w treści SIWZ, a także w ogłoszeniu o zamówieniu.

Podsumowując, w ocenie Rzecznika, Zamawiający dokonał za pomocą wyżej wspomnianych aneksów istotnej zmiany umowy, w tym przypadku zmiany terminu realizacji zamówienia, co doprowadziło do dwukrotnego naruszenia art. 144 ust. 1e pkt 2 ppkt a Pzp z 2004 r.

W ocenie rzecznika, opisane czyny wypełniają znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 uondfp, stosownie do którego naruszeniem dyscypliny

finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Odpowiedzialność za naruszenie ponosi, zdaniem Rzecznika, Obwiniony (...) będący wówczas Burmistrzem Miasta (...), który podpisał oba aneksy do umowy nr (...). Obwiniony ponadto podlega odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp.

W ocenie Rzecznika wina Obwinionego polega na niedołożeniu staranności przyjętej w opisywanej sytuacji. W zakresie pojęcia dołożenia należytej staranności należy postrzegać sytuację, w której Obwiniony analizuje ryzyko, które powstaje w momencie podpisania aneksu i nie dopuszcza do jego podpisania.

Obwiniony, pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r., złożył w postępowaniu wyjaśniającym obszernie wyjaśnienia, które zostały podtrzymane podczas rozprawy przed RKO, w których wniósł o uniewinnienie, względnie – z ostrożności procesowej – o umorzenie postępowania z uwagi na znikomy stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych. Obwiniony przywołał na swoją obronę następujące argumenty.

W pierwszej kolejności Obwiniony stwierdził, że dokonane w umowie z Konsorcjum zmiany miały umocowanie w postanowieniach SIWZ i zawartej umowy, wskazując na rozdział XXIX ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 SIWZ i § 16 ust. 1 pkt 1 umowy, przewidujące okoliczność w postaci wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót. Pan (...) zwrócił uwagę na niskie temperatury w okresie 5-6 grudnia 2018 r. (-2 °C w dzień, -5 °C w nocy), utrzymujące się do 27 grudnia 2019 r., które skutkowały wstrzymaniem robót potwierdzonym wpisami do dziennika budowy w dniach 19-21 grudnia 2019 r. Obwiniony podkreślił, że zgodnie z technologią wykonania tynków zewnętrznych określoną w projekcie budowlano-wykonawczym tynki zewnętrzne można było wykonywać w temperaturze nie niższej niż 5°C, w konsekwencji czego istniała konieczność wstrzymania prac.

Kolejno, Obwiniony podał, że realizując roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia Konsorcjum napotkało na nowe, nieprzewidziane w dokumentacji, roboty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, w postaci bunkra żelbetowego odkrytego przy wykonywaniu prac związanych z ociepleniem przyziemia budynku żłobka. Dodał, że ani

Zamawiający, ani tym bardziej wykonawca zamówienia nie mieli wiedzy o jego posadowieniu w obszarze realizacji inwestycji.

Następnie Obwiniony wyjaśnił, że pierwsze wydłużenie terminu realizacji zamówienia spowodowane było oczekiwaniem na decyzję Instytucji Zarządzającej w przedmiocie aneksu terminowego do umowy na dofinansowanie inwestycji. W dniu 20 grudnia 2018 r. wyraziła ona zgodę na wydłużenie terminu do dnia 31 maja 2019 r. W konsekwencji powyższego zawarty został z Konsorcjum drugi aneks wydłużający po raz kolejny termin realizacji zamówienia.

W dalszej części wyjaśnień Obwiniony zwrócił uwagę, że dopuszczalność zmian w umowie wynikała również z przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp z 2004 r., ponieważ – po pierwsze – wystąpiły okoliczności, których Zamawiający nie był w stanie przewidzieć (nowe, niezainwentaryzowane elementy robót), po drugie – zmiany nie wpłynęły na wysokość ceny, jako że dotyczyły jedynie terminu realizacji zamówienia.

Finalnie Obwiniony, że kwestionowane przez Rzecznika zmiany mogły zostać wprowadzone do umowy również na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp z 2004 r., jako że były nieistotne w rozumieniu art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r. Zmiany te nie zmodyfikowały ogólnego charakteru umowy i nie wprowadziły nowych warunków mogących wpłynąć na krąg potencjalnych wykonawców, ponieważ możliwość wydłużenia terminu realizacji zamówienia wynikała z samej umowy.

Wobec tak dokonanych ustaleń faktycznych poczynionych przez Rzecznika oraz wyjaśnień złożonych przez Obwinionego w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Rzecznika oraz stanowiska prezentowanego przez Obrońcę Obwinionego w toku rozprawy przed RKO, RKO ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie art. 24 uondfp RKO stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie, pomimo zmiany przepisów prawa materialnego związanej z wejściem w życie, w dniu 1 stycznia 2021 r., Pzp z 2019 r., która zastąpiła Pzp z 2004 r. (przepis art. 17 ust. 6 uondfp został jedynie uzupełniony o kolejny typ umów), regulacje obowiązujące w dacie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu nie kształtowały jego sytuacji w sposób korzystniejszy niż przepisy obowiązujące w czasie orzekania, bowiem w dalszym ciągu możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego uzależniona jest m.in. od przewidzenia takiej możliwości

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: (1) określają rodzaj i zakres zmian, (2) określają warunki wprowadzenia zmian, (3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy (zob. art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r.). Pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy ograniczenia te wynikały z przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 i ust. 1b Pzp z 2004 r. Tym samym orzeczenie wydano na podstawie obecnie obowiązujących przepisów.

Skład orzekający RKO nie miał wątpliwości, że w opisanych przez Obwinionego warunkach zmiana zawartej z Konsorcjum umowy, polegająca na wydłużeniu terminu realizacji zamówienia, była dopuszczalna. Jej podstawę, jak trafnie wskazał Obwiniony w pisemnych wyjaśnieniach, stanowił § 16 ust. 1 pkt 1 umowy przewidujący możliwość zmiany umowy w sytuacji wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót. Okoliczność ta znajduje z kolei potwierdzenie w zawartym w aktach sprawy dzienniku budowy (k. 249-251), w którym widnieją wpisy kierownika budowy i inspektora nadzoru o wstrzymaniu prac z tego powodu.

Odnosząc się do argumentacji Rzecznika i dokonanej przez niego kwalifikacji prawnej wprowadzonych zmian (art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r., którym nie odpowiada wprost żaden z przepisów aktualnie obowiązującego Pzp z 2019 r.) skład orzekający stanął na stanowisku, że przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. nie stanowił dla zamawiających ograniczenia w możliwości przewidywania zmian umowy także w kwestii tych elementów jej treści, które podlegały weryfikacji w ramach kryteriów oceny ofert. Należy się wprawdzie zgodzić z tezą, że wykonawcy konkurowali w przedmiotowym postępowaniu m.in. deklarowanym czasem wykonania przedmiotu zamówienia, niemniej jednak – skoro Zamawiający przewidział w § 16 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy i rozdziale XXIX ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 SIWZ – możliwość jego przedłużenia, to każdy z wykonawców rozważających ubieganie się o udzielenie zamówienia miał jednocześnie świadomość, że w toku realizacji umowy może dojść do zmiany zadeklarowanego przez niego w ofercie terminu. Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentem, że taka zmiana wyczerpywała znamiona zmiany istotnej, ponieważ wprowadzała 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. Inaczej byłoby natomiast w sytuacji, w której nie wszyscy wykonawcy mieliby świadomość możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia, co jednak nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym.

W konsekwencji RKO uniewinniła Obwinionego, a kosztami postępowania obciążyła Skarb Państwa.

Z orzeczeniem RKO nie zgodził się Rzecznik, który wniósł - pismem z dnia 17 maja 2021 r. - odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także „GKO”), zaskarżając w całości na niekorzyść Obwinionego orzeczenie RKO z dnia z dnia 9 kwietnia 2021 roku.

W uzasadnieniu odwołania Rzecznik niemal w całości powtórzył argumentację zawartą we wniosku o ukaranie.

Dodatkowo, w zakresie odnoszącym się do zaskarżonego orzeczenia RKO, Rzecznik nie zgodził się ze stanowiskiem RKO, zgodnie z którym Obwiniony nie popełnił zarzucanych mu czynów, w postaci zawarcia dwóch aneksów do umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, tj. nie naruszył art. 17 ust. 6 uondfp w brzmieniu obowiązującym w momencie popełnienia czynu. Zgodnie z tym przepisem „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.”.

Rzecznik wskazał, że RKO w wydanym orzeczeniu uznała wyjaśnienia Obwinionego złożone w trakcie postępowania wyjaśniającego przed Rzecznikiem, podtrzymane podczas rozprawy przez RKO. Rzecznik wskazał, że orzeczenie RKO nie wytrzymuje krytyki w zakresie dotyczącym obowiązku wyczerpującego uzasadnienia orzeczenia wymaganego przepisem art. 137 ust. 2 uondfp, zgodnie z którym „Uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać:

- 1) wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, a także
- 2) wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz

wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione;

- 3) wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia;
- 4) przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia. "

Zdaniem Rzecznika, w orzeczeniu wydanym przez RKO, Skład Orzekający przychylił się do argumentacji Obwinionego, całkowicie pomijając w uzasadnieniu okoliczności, które miały wpływ na dokonanie naruszenia. Skład Orzekający RKO odniósł się do przyczyn przedłużenia umowy nr (...), jakimi były niekorzystne warunki atmosferyczne, dodatkowe roboty niezbędne w związku odkryciem bunkra żelbetonowego oraz oczekiwanie na decyzję Instytucji Zarządzającej. Jednakże Skład Orzekający nie wziął pod uwagę liczby dni, o które przedłużono inwestycję, tj. 124. W zakresie niesprzyjających warunków atmosferycznych oraz dodatkowych robót Skład Orzekający nieprawidłowo dokonał analizy zgromadzonego materiału dowodowego m.in. nie dokonał analizy dziennika budowy, będącego jednym z dowodów w tym postępowaniu. Wpisy w dzienniku budowy jasno określają okres przez jaki nie można było dokonywać działań, na które mają wpływ ww. czynniki. Sam czas trwania powyższych zjawisk nie wynosił 124 dni. W orzeczeniu RKO jako dowód przemawiający za przedłużeniem terminu o wskazany okres powołuje wpisy w dzienniku budowy (k.249-251) obejmujące okres wstrzymania prac 5.-6.12 (7 grudnia już przystąpiono do dalszych prac) oraz 19 i 21 grudnia (25 grudnia wznowiono prace). Zatem na poparcie argumentu o zasadności przedłużenia terminu wykonania umowy o 124 dni RKO wskazuje dowód dziennik budowy we fragmencie dokumentujący okres wstrzymania prac na 7 dni (str. 8. Orzeczenia). Dodatkowo oczekiwanie na decyzję też nie trwało na tyle długo, by wydłużyć termin zakończenia realizacji zamówienia, co również nie znalazło uzewnętrznienia w uzasadnieniu orzeczenia w postaci dowodów na jakich RKO się oparła. Decyzja Instytucji Zarządzającej miała miejsce w dniu 20 grudnia 2018 r. zatem nieadekwatne było przedłużenie terminu do dnia 30 kwietnia 2019 r. Kolejną kwestią, w ocenie Rzecznika, jest również fakt przytoczony powyżej dotyczący terminu podpisania samej umowy. Podpisanie ww. umowy nastąpiło 18 dni później, na skutek próśb Wykonawcy. Wykonawca swoim

działaniem opóźnił samo rozpoczęcie realizacji zadania publicznego przy czym Zleceniodawca wyraził zgodę na to działanie. Ponadto należy zwrócić uwagę że komisja w swoich rozważaniach w żaden sposób nie odniosła się do dowodów przemawiających za uznaniem winy Obwinionego wskazanych przez Rzecznika we wniosku o ukaranie ,tj. wpis do dziennika budowy z 30.11.2018 r. w którym inspektor nadzoru prosi o zwiększenie zaangażowania na budowie, gdyż stwierdził zbyt wolny postęp prac jak również okoliczności, że z innych zapisów w dzienniku budowy wynika, że nie tylko prace uzależnione od warunków atmosferycznych były wykonywane po terminie pierwotnej umowy (wpis z 20.03.2019 r.) (k. 248.). Wreszcie należy wskazać, że RKO nie odniosła się do istotnego, zdaniem Obwinionego, faktu przemawiającego za przedłużeniem terminu wykonania prac a mianowicie opóźnieniem związanym z odkryciem schronu. Okoliczność ta była analizowana na rozprawie, gdzie na pytanie Rzecznika, ile trwało zabezpieczenie wejścia do schronu strona obwiniona odpowiedziała, że 14 dni co spowodowało w konsekwencji dalsze opóźnienia. Ta okoliczność i jej wpływ na zasadność przedłużenia nie znalazła miejsca w rozważaniach RKO. W umowie z dnia 5.10.2018 r. w § 16 stwierdzono, że „Zmiana postanowień niniejszej umowy jest możliwa poprzez przedłużenie terminu wykonania robót o okres odpowiadający wstrzymaniu lub opóźnieniu robót(...)”. Zatem nie sposób stwierdzić, że warunek przedłużenia wykonania przedmiotu umowy został spełniony i, że RKO tę okoliczność stwierdziła na podstawie konkretnych dowodów wykazujących przedłużenie terminu wykonania robót o okres odpowiadający wstrzymaniu.

W sporządzonym uzasadnieniu orzeczenia nie sposób znaleźć rozważań dotyczących nawet pobieżnej analizy zebranego materiału dowodowego. W związku z powyższym, zdaniem Rzecznika, wydane przez RKO orzeczenie jest niekompletne, co narusza art. 137 ust. 2 uondfp. Zgodnie z komentarzem Winiarz/red. Misiąg do art. 137 uondfp (system prawny Legalis): „Obowiązek uzasadnienia orzeczenia to nie tylko formalność. Celem uzasadnienia jest wyjaśnienie stronom, na jakich dowodach oparła się Komisja i dlaczego nie uwzględniła dowodów przeciwnych, wyjaśnienie stronom podstawy prawnej rozstrzygnięcia, nie tylko przez przytoczenie przepisów, ale też przez wyjaśnienie przyjętego sposobu ich interpretacji i zastosowania, odniesienie się do argumentacji stron tak, aby zostały one przekonane, że ich stanowiska i argumenty zostały wzięte pod uwagę i należycie rozważone. Celem uzasadnienia jest też przedstawienie toku myślenia, który doprowadził skład orzekający

do przyjęcia takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. Uzasadnienie niespełniające tych wymogów nie daje stronom możliwości ustosunkowania się do motywów wydanego rozstrzygnięcia, a tym samym utrudnia im realizację prawa do odwołania się od niego. Uniemożliwia też organowi odwoławczemu dokonanie rzetelnej kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia (orz. GKO z 30.9.2010 r., BDF1/4900/51/58/10/1397, niepubl.). Uzasadnienie orzeczenia należy więc do najistotniejszych instrumentów spełniania przez system dyscypliny finansów publicznych funkcji edukacyjnej i prewencyjnej. To tutaj można znaleźć ocenę zachowań obwinionych w określonych sytuacjach faktycznych, a także interpretacje przepisów - zarówno norm sankcjonujących (przepisy DyscypFinPubU), jak i sankcjonowanych (odpowiednich obowiązków lub zakazów).”.

Ponadto do GKO wpłynęło w dniu 15 września 2022 r. pismo procesowe Obrońcy Obwinionego z dnia 12 września 2022 r., którego przedmiotem był wniosek o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy, a z ostrożności o umorzenie postępowania.

Obrońca Obwinionego przedstawił w uzasadnieniu tego wniosku bardzo obszerną argumentację prawną dotyczącą m.in. prawidłowości zaskarżonego przez Rzecznika orzeczenia RKO, jak również obszerne wywody, dotyczące stanu faktycznego sprawy.

W pierwszej kolejności Obrońca Obwinionego wskazał, że zarzut, który Rzecznik był zobowiązany wskazać w swoim odwołaniu zgodnie z art. 138 ust. 5 uondfp, odnosi się wprost do uniewinnienia Obwinionego od zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a Pzp z 2004 r. w zw. z art. 17 ust. 6 uondfp, podczas gdy zaskarżone orzeczenie RKO odnosiło się uniewinnienia w zakresie zarzutu z art. 17 ust. 6 uondfp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r. Oczywiście jest natomiast, że są to zupełnie dwie różne odrębne przepisy niekarne. Jako że jest to jedyny zarzut postawiony przez Rzecznika (Rzecznik nie zarzucił w szczególności zaskarżonemu orzeczeniu dokonywania oceny czynu na podstawie błędnej kwalifikacji prawnej), w ocenie Obrońcy Obwinionego odwołanie oparte o tak sformułowany zarzut nie może zostać uwzględnione. Obwiniony stoi bowiem na stanowisku, że zakres odwołania wyznaczony jest również zarzutami podniesionymi przez stronę odwołującą, skoro jest ona zobowiązana takowe zarzuty sformułować.

Obrońca Obwinionego podniósł również, że art. 17 ust. 6 uondfp stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest między innymi zmiana umowy w sprawie zamówienia

publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. W okresie zawierania przez Obwinionego aneksów nr 1 i nr 2 do umowy w sprawie zamówienia publicznego nr (...) obowiązywała Pzp z 2004 r. Stosownie do przepisu art. 144 ust. 1 ww. ustawy generalnie zakazane były zmiany postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodziła którakolwiek z przesłanek wskazanych w pkt 1 do pkt 6 ww. przepisu. Każda z okoliczności wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 1 do pkt 6 ww. ustawy stanowi samodzielną, niezależną okoliczność umożliwiającą dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc innymi słowy wystarczy spełnienie którejkolwiek z okoliczności wyspecyfikowanych w pkt od 1 do pkt 6 ww. przepisu, aby uznać zmianę umowy za dopuszczalną. Wobec powyższego dla możliwości dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych wystarczającym było aby w szczególności albo 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 (art. 144 ust. 1 pkt 1) albo zmiany, niezależnie od ich wartości, nie były istotne w rozumieniu ust. 1e (art. 144 ust. 1 pkt 5).

Mając na względzie powyższe Obrońca zauważył, że w przypadku, gdy zmiany umowy zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r.) nie musiały one mieć charakteru zmian nieistotnych w rozumieniu art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r., natomiast nawet w przypadku nieprzewidzenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwych zmian do umowy dopuszczalne było dokonanie zmian nieistotnych w rozumieniu art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r. Niewątpliwie zatem zmiany umowy dokonywane w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. mogą mieć zatem charakter istotny (por. J. E. Nowicki [w:] M. Kołdecki, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2019, art. 144.).

Od dnia 1 stycznia 2021 r. obowiązuje Pzp z 2019 r., z której wynika, że w pełni dopuszczalne są zmiany umowy o charakterze nieistotnym (art. 454 ww. ustawy). Jak słusznie wskazuje A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 454. „Możliwość

dokonywania zmian nieistotnych nie jest więc poddana rygorom analogicznym do rygorów dotyczących zmian istotnych umowy, a decyzja o ich wprowadzeniu do umów zawieranych na podstawie Prawa zamówień publicznych pozostawiona jest stronom umowy w granicach swobody kontraktowania wyrażonej w art. 353(1) k.c.". Przepis art. 455 ust. 1 ww. ustawy wprowadza natomiast okoliczności umożliwiające wprowadzenie istotnych zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analogicznie jak w odniesieniu do Pzp z 2004 r. każda z okoliczności wskazanych w art. 455 ust. 1 pkt 1 do pkt 4 oraz art. 455 ust. 2 Pzp z 2019 r. stanowi samodzielną przesłankę umożliwiającą dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie natomiast do art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r. dopuszczalna jest zmiana umowy 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.

Mając na względzie powyższe Obrońca Obwinionego wskazał, że Rzecznik zarówno we wniosku o ukaranie, jak również we wniesionym odwołaniu (vide podniesiony zarzut) upatruje popełnienia przez Obwinionego czynu z art. 17 ust. 6 uondfp z uwagi na dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a Pzp z 2004 r., natomiast należy podkreślić, że art. 144 ust. 1e nie ma zastosowania w przypadku przesłanki wskazanej w art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r., tj. w przypadku dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o postanowienia SIWZ, w tym wzoru umowy nie dokonuje się oceny ich istotności przez pryzmat art. 144 ust. 1e ustawy Pzp z 2004 r. Oceny istotności zmiany należy dokonać wyłącznie w przypadku chęci wprowadzenia zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp z 2004 r. Analogicznie na gruncie Pzp z 2019 r. w przypadku zmian wprowadzanych na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 nie dokonuje się oceny ich istotności przez pryzmat art. 454 ust. 1 i ust. 2 Pzp z 2019 r., gdyż kwestia ta nie ma znaczenia dla oceny dopuszczalności zmian dokonywanych w oparciu o postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym w sytuacji dokonywania oceny dopuszczalności dokonania zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. (art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r.) nie ma jakiegokolwiek znaczenia, czy wprowadzona w zgodzie z postanowieniami SIWZ i postanowieniami umowy zmiana umowy odnosi się do tych elementów zamówienia, które stanowiły kryterium oceny ofert. Powyższa okoliczność może być bowiem ewentualnie rozpatrywana wyłącznie przy dokonywaniu zmian umowy w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e lit. a Pzp z 2004 r. (art. 454 ust. 2 Pzp z 2019 r.), czyli w oparciu o zupełnie inną przesłankę warunkującą zgodność zmian umowy z przepisami z zakresu zamówień publicznych.

Z powyższego wynika, że oceniając zarzut popełnienia czynu z art. 17 ust. 6 uodnfp najistotniejsze w niniejszej sprawie jest ustalenie, czy zawarcie aneksu nr 1 i nr 2 do Umowy nastąpiło w zgodzie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. (lub art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r. w zw. z art. 4 K.k.), natomiast dopiero w przypadku uznania, że zmiana umowy nie znalazła podstaw w postanowieniach umowy (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) konieczne byłoby dokonanie oceny istotności zmian w zgodzie z art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r. (art. 454 ust. 2 Pzp z 2019 r.). Nie jest natomiast możliwe łączne rozpatrywanie przesłanek wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 1 i art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r. (lub art. 455 ust. 1 pkt 1 i art. 454 ust. 2 Pzp z 2019 r. w zw. z art. 4 K.k.), tj. wymaganie aby zmiany dokonywane na podstawie postanowień SIWZ i umowy musiały spełniać warunki nieistotności.

W ocenie Obrońcy Obwinionego - jak słusznie przyjęła RKO w zaskarżonym orzeczeniu - zmiany wprowadzone do umowy aneksami nr 1 i nr 2 zostały dokonane w zgodzie z obowiązującym wówczas art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. (obecnie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r.), tj. zostały przewidziane na etapie postępowania o zamówienia publiczne (w SIWZ, wzorze umowy i w konsekwencji w umowie), co czyni wniesione przez Rzecznika odwołanie niezasadnym.

Z uwagi na okoliczność, że wzór umowy (o treści tożsamej z zawartą umową) stanowił załącznik do SIWZ (stanowiąc jego część składową), w dalszej części niniejszego pisma Obrońca Obwinionego odwołując się do postanowień umowy odwołuje się równocześnie do treści SIWZ i stanowiącego jej załącznik wzoru umowy.

Analizując kwestie spełnienia przesłanek z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. (art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r.) Obrońca Obwinionego przede wszystkim podniósł, że dla oceny dopuszczalności zmiany umowy w powyższym trybie nie mają jakiegokolwiek znaczenia okoliczności związane z zawarciem umowy, w szczególności prawnie irrelewantne jest to, że doszło do przesunięcia terminu podpisania umowy. Termin realizacji przedmiotu umowy był bowiem liczony od dnia jej podpisania, a przesunięcie terminu podpisania umowy nie stanowiło podstawy do zawarcia aneksów przedłużających termin realizacji umowy. Przesunięcie terminu realizacji przedmiotu umowy wynikało wyłącznie z okoliczności, które miały miejsce podczas realizacji umowy i wyłącznie w tym kontekście należy rozpatrywać dopuszczalność dokonanych zmian. Sformułowanie zawarte w § 16 ust. 1 pkt 1 dotyczące odpowiedzialności Wykonawcy za powstanie konieczności wykonania prac w okresie, w którym występują niekorzystne warunki atmosferyczne, należy odnosić wyłącznie do okoliczności występujących w trakcie realizacji umowy, a nie do okoliczności występujących przed jej zawarciem.

Obrońca „na marginesie” wskazał, że kilkunastodniowe przesunięcie terminu podpisania umowy było spowodowane sprzeciwem instytucji zewnętrznych (banków i towarzystw ubezpieczeniowych) na zamieszczenie w treści gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy sformułowania wynikającego z art. 150 ust. 8 Pzp z 2004 r.:

„W przypadku nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, poprzez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia.”. Zapis ten był niezbędny w przypadku, gdy gwarancja była zadeklarowana w formie niepieniężnej na okres dłuższy niż 5 lat, jednakże spotkał się ze sprzeciwem zarówno banku jak i towarzystw ubezpieczeniowych. Nadmienić należy, że podobne sytuacje były również obserwowane w innych postępowaniach przetargowych. Po bezskutecznej próbie umieszczenia tego zapisu w gwarancji zgodnie z Pzp z 2004 r. oraz wymogami Zamawiającego Wykonawca dokonał wpłaty zabezpieczenia na wskazane przez Zamawiającego konto bankowe i zawarł w dniu 05.10.2018 roku umowę o roboty budowlane. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie ponosi winy za opóźnienie w zawarciu umowy wynikające ze stanowiska instytucji będących gwarantami, w szczególności, że podejmowane były przez niego działania

zmierzające do jak najszybszego uzyskania gwarancji i podpisania umowy. Co więcej Zamawiający wyraził zgodę na przesunięcie terminu zawarcia umowy, co oznacza, że nie sposób przypisać Wykonawcy odpowiedzialności za ewentualne skutki zawarcia umowy w późniejszym terminie niż pierwotnie zakładany.

Wobec powyższego, zdaniem Obrońcy, wbrew stanowisku Rzecznika, w okolicznościach niniejszej sprawy data zawarcia umowy nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla oceny dopuszczalności zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w oparciu o postanowienia § 16 ust. 1 umowy, zasadnie zatem RKO nie wzięła pod uwagę powyższych okoliczności dokonując oceny zachowania Obwinionego w kontekście art. 17 ust. 6 uonpdf.

Obrońca Obwinionego podniósł dalej, że według stanowiska Rzecznika w oparciu o § 16 ust. 1 pkt 1 umowy możliwe było przedłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy wyłącznie o okres odpowiadający wstrzymania robót, z czego Rzecznik wywodzi, że w niniejszym przypadku zmiana umowy została dokonana niezgodnie z postanowieniami umownymi.

Obrońca podkreślił, że nie jest zgodne ze stanem faktycznym wskazywany przez Rzecznika okres wstrzymania prac. Treść dziennika budowy potwierdza twierdzenia Obwinionego, który w swoich wyjaśnieniach wskazał, że w listopadzie 2018 roku wystąpiły bardzo duże ochłodzenia oraz spadki temperatury. W nocy temperatura spadała poniżej 0°C, w związku z czym wykonywanie robót na zewnątrz budynku było z tego powodu znacznie utrudnione, a od 20.11.2018 roku niemożliwe, co zostało potwierdzone wpisami do dziennika budowy z dnia 20.11.2018 roku dokonanymi przez kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego (prace elewacyjne ze względu na niskie temperatury zostały przerwane).

W tym czasie - do momentu gdy była taka możliwość - wykonywano prace wewnątrz budynku, prace instalacyjne wewnętrzne, stąd wstrzymanie prac nie dotyczyło całego frontu robót, ale określonego jego zakresu, co w sposób oczywisty wpływało na możliwość dotrzymania terminu realizacji przedmiotu umowy. W dniu 3 i 4 grudnia 2018 roku temperatura w dzień wynosiła odpowiednio 7°C i 5°C, a w nocy 6°C i 3°C, dlatego kontynuowano prace jednakże tylko w zakresie folii kubełkowej ściany tylnej. Nie wykonywano natomiast tynków, gdyż zgodnie z prognozami pogody temperatura miała gwałtownie ulec zmianie i wynosić zarówno w dzień jak i w nocy poniżej zera, a ściany były zbyt wyiębione. Kolejne wpisy do dziennika budowy wstrzymujące roboty na zewnątrz ze względu na niekorzystne warunki pogodowe zostały dokonane przez kierownika budowy

i inspektora nadzoru w dniach 5 i 6 grudnia 2018 roku. Do dnia 19.12.2018 roku temperatura wahała się w dzień poniżej 5°C, a w nocy poniżej 0 maksymalnie w dzień do -5°C, a w nocy nawet do -7°C, a z tego powodu niemożliwe było wznowienie prac tynkarskich na zewnątrz budynku. Jak wynika z notatki z dnia 19.12.2018 r. podpisanej przez Zamawiającego, Wykonawcę i inspektora nadzoru inwestorskiego w okresie od 19.12.2018 roku do 27.12.2018 roku z uwagi na to, że w dalszym ciągu występowały niekorzystne warunki pogodowe, roboty na zewnątrz budynku nie mogły być kontynuowane i zostały wstrzymane. Wstrzymanie robót znalazło również potwierdzenie wpisami do dziennika budowy z 19, 20 i 21.12.2018 roku. W tym miejscu podkreślić należy, że w dniu 27 grudnia 2018 r. tj. w dacie zawarcia aneksu nr 2 została podpisana notatka pomiędzy zamawiającym, wykonawcą i inspektorem nadzoru inwestorskiego, z której wynikało wstrzymanie prac zewnętrznych w miesiącu styczniu, lutym i marcu 2019 r. Natomiast roboty budowlane w obiekcie wznowiono 25 lutego 2019 roku (a nie 25 grudnia 2018 r. jak podał Rzecznik) niemniej nie dotyczyły one całego frontu robót, bowiem dokonano wówczas wymiany okienek i drzwi piwnicznych na skutek uszkodzenia 2 okien i 1 drzwi z niewiadomego powodu, najprawdopodobniej wandalizmu w lutym 2019 roku.

Odnosząc się do notatki z dnia 27.12.2019 r. Obrońca Obwinionego wskazał, że ze względu na średnie temperatury w miesiącach zimowych w województwie śląskim, tj. grudzień - 0,5°C, styczeń -1,6°C, luty -0,4°C, marzec ,3,3°C inspektor nadzoru podjął decyzję, że ze względu na technologię prac oraz przede wszystkim zapewnienie jak najdłużej trwałości projektu nie jest możliwe dalsze wykonywanie prac tynkarskich w miesiącach zimowych, tj. styczeń, luty, marzec. Nawet bowiem jeśli zdarzyłyby się pojedyncze dni pogody to i tak nie dałyby one możliwości realizacji prac. Przy nadmiernym wychłodzeniu ściany krótkotrwałe podniesienie temperatury nawet powyżej 5°C uniemożliwia wykonywanie prac ze względu na zbyt niską temperaturę podłoża. Z tej przyczyny właśnie wystąpiła konieczność wstrzymania ww. prac w okresie od stycznia do marca 2019 r. Obrońca podkreślił, że w marcu 2019 roku pojawiły się okresy korzystniejszych warunków pogodowych, co w praktyce umożliwiło wykonywanie prac w następujących okresach: 4 marzec 2019 roku, 6-9 marca 2019 roku, 14-18 marca 2019 roku, 20-23 marca 2019 roku, 25-31 marca 2019 roku oraz w kwietniu: 1-4 kwietnia 2019 roku. Wykonawca od razu jak pojawiły się korzystne warunki atmosferyczne przystąpił do realizacji prac, dlatego też prace

ukończył już w dniu 8 kwietnia 2019 roku, a nie w dniu 30 kwietnia 2019 roku, do kiedy to termin realizacji robót został przesunięty.

Mając na względzie powyższe Obrońca podniósł, że w dacie zawierania aneksu nr 1 i nr 2 było już wiadome, że prace na zewnątrz są wstrzymane i nie mogą być kontynuowane z uwagi na niekorzystne warunki pogodowe, stąd przedłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy wyłącznie o okres uprzedniego wstrzymania prac (okres wstrzymania prac występujący do dnia zawarcia aneksów) było niezasadne i niecelowe. Termin realizacji przedmiotu umowy został natomiast przesunięty przy uwzględnieniu okresu wstrzymania prac wskazanego odpowiednio w notatce z dnia 19.12.2018 r. i 27.12.2018 r. Podkreślić natomiast należy, że postanowienie § 16 ust. 1 pkt 1 umowy nie stanowi, że okres przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy musi odpowiadać okresowi wstrzymania prac, który miał miejsce do dnia zawarcia aneksu, w sytuacji zatem jeśli w dacie zawierania aneksu roboty zostały wstrzymane na określony czasookres, ów okres wstrzymania prac wynikający z powyższych notatek mógł stanowić już wówczas podstawę do dokonania zmiany umowy. W ocenie Obrońcy Obwinionego skoro w dacie zawierania aneksów znany był już okres wstrzymania prac, Obwiniony nie był zobowiązany do oczekiwania na upływ okresu wstrzymania prac, aby dokonać zmian w umowie, w szczególności, że w takim przypadku doszłoby do aneksowania umowy już po upływie terminu na wykonanie robót.

W ocenie Obrońcy Obwiniony podniósł, że z uwagi na niekorzystne warunki atmosferyczne prace zewnętrzne nie będą mogły być realizowane w miesiącach zimowych, co uzasadniało przedłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy do dnia 30.04.2019 r., natomiast okoliczność, że w tzw. oknach pogodowych powstała możliwość przeprowadzenia oznaczonych prac, nie czyni przedłużenia terminu niezgodnym z postanowieniami umowy, bowiem oceny zgodności dokonania zmiany umowy z przepisami zamówień publicznych dokonywać należy w oparciu o okoliczności istniejące w dacie jej dokonywania, a nie następujące po zawarciu aneksu. Natomiast w dacie zawierania aneksów nr 1 i nr 2 niewątpliwie prace zewnętrzne były wstrzymane.

Obrońca Obwinionego zauważył, że Aneks nr 1 przedłużył termin realizacji prac zaledwie o kilka dni, bowiem Zamawiający oczekiwał na decyzję Instytucji Zarządzającej w zakresie możliwości przesunięcia terminu realizacji inwestycji wskazanego w umowie na dotację na ww. zadanie oraz na zgodę Rady Miejskiej w sprawie ustalenia wydatków

niewygasających z upływem roku budżetowego 2018. Uchwałę tę Rada Miejska przyjęła na posiedzeniu sesji w dniu 20 grudnia 2018 roku (uchwała nr 111/37/2018), a Instytucja Zarządzająca pismem z dnia 20 grudnia 2018 roku wyraziła zgodę na zmianę terminu zakończenia realizacji projektu do 31.05.2019 roku. Z tej właśnie przyczyny aneks nr 1 przedłużał termin realizacji przedmiotu umowy zaledwie o kilka dni (choć z uwagi na wstrzymanie robót mógł przedłużać termin realizacji przedmiotu umowy od razu do 30.04.2019 r.). Niemniej Obwiniony nie wiedząc, czy uzyska zgodę na dokonywanie wydatków budżetowych w roku 2019, jak również czy zostanie podpisany aneks w zakresie umowy na dofinansowanie zadania nie mógł od razu przedłużyć terminu realizacji umowy do 2019 r., stąd zawarte zostały dwa aneksy, a nie jeden.

Obrońca Obwinionego podniósł również, że wbrew stanowisku Rzecznika Obwiniony nie twierdził, że oczekiwanie na decyzję Instytucji Zarządzającej miało wpływ na ustalony w aneksach okres przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy, lecz Obwiniony wskazywał, że oczekiwanie na decyzję Instytucji Zarządzającej miało wpływ na okoliczność zawarcia dwóch aneksów, a nie jednego przedłużającego okres realizacji umowy od razu do 30 kwietnia 2019 r.

Ponadto obrońca Obwinionego podniósł, że postanowienie § 16 ust. 1 stanowi, że przedłużenie terminu wykonania robót następuje o okres odpowiadający wstrzymaniu lub opóźnieniu robót. Tym samym nie jest tak jak wskazał Rzecznik, że postanowienie umożliwia przedłużenie terminu wykonywania prac wyłącznie o okres odpowiadający wstrzymaniu robót. Postanowienie to umożliwia przedłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy przy uwzględnieniu zarówno okresu wstrzymania robót jak również (spójnik „lub”) okresu opóźnienia robót na skutek okoliczności opisanych w poszczególnych punktach § 16 umowy.

Jak Obwiniony wskazał w swoich wyjaśnieniach w trakcie realizacji zamówienia Wykonawca przystępując do ocieplenia fundamentów napotkał przeszkodę w postaci bunkra żelbetowego, nienaniesionego na jakąkolwiek ewidencję czy dokumentację, jak również natrafiono na podziemny wąż do cywilnego schronu ochronnego, o istnieniu którego Wykonawca nawet nie mógł posiadać wiedzy, ponieważ jego lokalizacja w obszarze budynku Miejskiego Żłobka nie była znana, zarówno Gminie (...) czyli Zamawiającemu, jak i autorowi dokumentacji technicznej. Powyższa okoliczność spowodowała znaczne i nieprzewidziane

opóźnienia, gdyż w procesie technologicznym najpierw należy ocieplić fundamenty, a później można dopiero przystąpić do ocieplania elewacji. Z racji tego, że na etapie ocieplenia fundamentów pojawiły się nieprzewidziane okoliczności, które były niezawinione przez żadną ze stron siłą rzeczy przełożyło się to na opóźnienie w montażu rusztowań i rozpoczęciu prac termomodernizacyjnych, które rozpoczęto dopiero w dniu 8 listopada 2018 roku. Oczywiście było bowiem, że rozbiórka bunkra spowoduje, że prace elewacyjne zostaną w tym momencie przesunięte na następne dni, które z racji nadchodzącej zimy były chłodniejsze. Powyższa okoliczność skutkująca opóźnieniem w realizacji kolejno zaplanowanych prac mogła zostać uwzględniona przy przesuwaniu terminu realizacji przedmiotu umowy zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 2 umowy. Jak wyżej wskazano okres przesunięcia terminu realizacji przedmiotu umowy mógł odpowiadać okresowi wstrzymania prac i okresowi ich opóźnienia, uwzględniając wszelkie okoliczności wskazane w poszczególnych punktach § 16 umowy.

Obrońca Obwinionego podniósł dalej, że Rzecznik zarzucając Obwinionemu naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 uoondfp wskazuje, że nie tylko prace uzależnione od warunków atmosferycznych były wykonywane po terminie, powołując się na jeden jedyny wpis do dziennika budowy dotyczący schodów do sekretariatu. Należy natomiast w tym zakresie wskazać, że wpis do dziennika budowy z 20.03.2019 r. dotyczył prac wykonywanych na zewnątrz budynku. Od frontu budynek, na którym realizowano prace, ma 4 wejścia od ulicy poprzedzone niezależnymi schodami i 1 pochylnię dla osób z wózkami. Wszystkie schody wewnątrz budynku są wykończone lastrykiem i nigdy nie były okładane płytkami. Natomiast ze schodów zewnętrznych jedne prowadzą do biura, dlatego kierownik budowy nazwał je dla uproszczenia schodami „do sekretariatu”. Z dziennika budowy wynika, że prace związane z elewacją frontową zostały wznowione 4 marca 2019 roku (wpis inspektora nadzoru), stąd dalsze wpisy dotyczą wykańczania poszczególnych biegów schodów zewnętrznych i tarasu, jako prace prowadzone po ukończeniu prac związanych z ociepleniem elewacji. Wszystkie te prace jako wykonywane na zewnątrz były uzależnione od warunków atmosferycznych.

W przypadku gdyby w ocenie Głównej Komisji Orzekającej ww. kwestia wymagała przeprowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego obrońca Obwinionego wniosł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z uzupełniających wyjaśnień Obwinionego.

Obrońca Obwinionego podniósł dalej, że Wykonawca nie ponosił odpowiedzialności za wstrzymanie i opóźnienie prac, jakie wystąpiły na skutek konieczności wykonania robót rozbiórkowych w zakresie bunkra, jak również z uwagi na wystąpienie niekorzystnych warunków atmosferycznych. Rzeczywiście inspektor nadzoru wpisem w dniu 30.11.2018 r. wniósł o zwiększenie zaangażowania na budowie, niemniej po pierwsze był to jedyny taki wpis w trakcie całej realizacji zamówienia, a po drugie okoliczność konieczności realizacji prac zewnętrznych w okresie wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych nie wynikała ze zbyt małego zaangażowania Wykonawcy w trakcie realizacji prac, a przede wszystkim z okoliczności wykonania robót dodatkowych w postaci rozbiórki bunkra, które w sposób oczywisty wpłynęły na kolejność realizacji robót. Wykonawca był stale obecny na placu budowy, nie było okresów, w których Wykonawca samowolnie wstrzymywał realizację robót lub opóźniał swoje prace. Ponadto kwestia przyczyn opóźnienia w realizacji robót była przedmiotem analizy dokonanej przez Zamawiającego i inspektora nadzoru przed zawarciem aneksów nr 1 i nr 2 i nie stwierdzono, jakoby winą za konieczność realizacji prac zewnętrznych w okresie niesprzyjających warunków atmosferycznych należy obciążyć Wykonawcę.

Ponownie obrońca obwinionego podkreślił - jak wskazano na etapie postępowania przed RKO - że Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i mając na uwadze nadchodzący okres jesienno-zimowy liczył się z ryzykiem (możliwością) wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających lub utrudniających realizację prac, stąd działając z należytą starannością w ramach uprawnień przyznanych zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. przewidział możliwość przesunięcia terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku wystąpienia takich okoliczności.

Niezależnie od powyższego obrońca obwinionego zauważył, że nawet w sytuacji gdyby nie doszło do spełnienia przesłanek wskazanych w § 16 ust. 1 pkt 1 umowy, należałoby uznać, że zaistniały okoliczności wskazane w § 16 ust. 1 pkt 7 umowy, zgodnie z którymi możliwym było przesunięcie terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku wstrzymania robót przez Zamawiającego. Niewątpliwie w niniejszym przypadku roboty zewnętrzne zostały wstrzymane przez Zamawiającego w porozumieniu z inspektorem nadzoru, co potwierdzają wpisy w dzienniku budowy oraz notatki służbowe z dnia 19.12.2018 r. i 27.12.2018 r.,

co umożliwiło przesunięcie terminu realizacji przedmiotu umowy nawet w sytuacji niespełnienia przesłanek wskazanych w § 16 ust. 1 pkt 1 umowy.

Obrońca Obwinionego podniósł następnie, że jak słusznie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. II GSK 2238/15 naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 uoondfp musi być ujmowane formalnie, gdyż organy dyscyplinarne, jak i sądy administracyjne nie mają kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedania się, które zmiany umowy w konkretnych okolicznościach faktycznych są istotne i z jakiego powodu, tym samym skoro niedopuszczalna jest zmiana umowy, jeżeli zamawiający nie przewidział jej w ogłoszeniu lub w siwz, to w sytuacji gdy taką zmianę przewidział w tych dokumentach, to nie można zasadnie twierdzić, że działał z naruszeniem prawa.

Podsumowując wszystkie powyższe uwagi obrońca Obwinionego podniósł, że prawidłowo RKO uznała, że dokonanie przez Obwinionego zmian w Umowie aneksami nr 1 i nr 2 nastąpiło z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, bowiem zostało dokonane w zgodzie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. (art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r.). Wobec powyższego zbędne stało się rozważanie istotności wprowadzanych zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r. (art. 454 ust. 2 Pzp z 2019 r.), jako że przesłanka ta nie musiała wystąpić w przypadku dokonywania zmian Umowy przewidzianych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższych uwag obrońca Obwinionego podniósł, że nawet w sytuacji gdyby nie zostały spełnione przesłanki z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. zmiana umowy była dopuszczalna w świetle art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp z 2004 r., bowiem w trakcie realizacji zamówienia wystąpiły okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć nawet działając z należytą starannością przewidzieć. Pojawiły się niezinventaryzowane elementy w postaci bunkra i wejścia do schronu, które nie były ujęte w żadnej dokumentacji, a ich odkrycie było możliwe dopiero po wykonaniu części prac rozbiórkowych. W konsekwencji powyższego przesunęła się w czasie realizacja dalszych robót i w czasie kiedy miały one następnie być realizowane pojawiły się niekorzystne warunki atmosferyczne, których wystąpienie nie było zależne ani od Wykonawcy, ani Zamawiającego. Ponadto aneksy nie spowodowały jakiegokolwiek zmiany w zakresie wartości realizowanego zamówienia.

Ponadto w ocenie obrońcy obwinionego została również spełniona przesłanka, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp z 2004 r., bowiem dokonana zmiana była w istocie zmianą nieistotną. W niniejszym przypadku bowiem tylko i wyłącznie przedłużono termin do wykonania umowy o okres kiedy prace były wstrzymane i opóźnione, nie dokonując żadnych dodatkowych zmian, w szczególności nie zwiększono wynagrodzenia, jak również nie zwiększono zakresu usług. Trudno zatem uznać, ażeby zmiana terminu umowy stanowiła zmianę istotną. W ocenie obwinionego zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy nie wprowadziła warunków, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia to wtedy mogliby wziąć udział inni wykonawcy. W treści SIWZ Zamawiający przewidział termin 90 dniowy i zastrzegł możliwość przedłużenia terminu realizacji umowy w sytuacji m.in. wstrzymania prac na skutek niekorzystnych warunków atmosferycznych, biorąc pod uwagę termin przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki te były znane drugiemu oferentowi oraz ewentualnym potencjalnym oferentom, stąd nie sposób przyjąć, że dokonana zmiana umowy 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.

W niniejszym przypadku Wykonawca zobowiązał się do wykonania prac w terminie 75 dni i w takiej też ilości dni prace wykonał. Wynika to wprost z zapisów Dziennika Budowy. Prace były wykonywane w terminie 05.10.2018 -19.12.2018 roku; 04.03.2019 roku; 06.03.2019 roku - 09.03.2019 roku; 14.03.2019 roku - 18.03.2019 roku; 20.03.2019 - 23.03.2019; 25.03.2019 roku - 31.03.2019 roku oraz 01.04.2019 roku - 04.04.2019 roku. Łącznie prace wykonywano przez 73 dni czyli nawet 2 dni krócej niż określony w dniach termin wykonania. Wykonawcy oraz innym oferentom była znana od początku możliwość wstrzymania prac w razie wystąpienia wskazanych okoliczności i przesunięcia o ten okres terminu realizacji prac, dlatego z całą pewnością dokonując kalkulacji terminu wykonania umowy brali oni to pod uwagę, zwłaszcza że prace miały być wykonywane jesienią i zimą.

Następnie obrońca obwinionego wskazał, że zgodnie z art. 19 ust. 2 uoandfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. W ocenie obrońcy obwinionego nawet w sytuacji gdyby uznać, że obwiniony swoim działaniem dokonał zmiany umowy naruszając przepisy z zakresu zamówień publicznych przyjąć należy, że nie można mu w tym

zakresie przypisać winy. Podnieść bowiem należy, że Obwiniony działał w uzasadnionym okolicznościami przeświadczeniu że zmiana umowy pozostaje w zgodzie z postanowieniami SIWZ i umowy (art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r.), bowiem doszło do wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych dla wykonywania niektórych zleconych prac jak i znalezienia niezinventaryzowanych przeszkód budowlanych, co skutkowało koniecznością realizacji prac dodatkowych. Dokonana zmiana umowy poprzedzona była zabezpieczeniem środków na realizację zamówienia w roku 2019 i uzyskaniem zgody Instytucji Zarządzającej na zmianę terminu zakończenia zadania. Jak widać w toku niniejszego postępowania stwierdzenie spełnienia przesłanki umożliwiającej aneksowanie umowy w zgodzie z § 16 umowy ma charakter bardzo ocenny, skoro RKO uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione warunki umożliwiające dokonanie zmiany Umowy zgodnie z zapisami SIWZ i umowy, natomiast Rzecznik tożsamy stan faktyczny ocenia zgoła odmiennie. Obwiniony zawierając aneksy do Umowy działał z zachowaniem należytej staranności, opierając się na stanowisku Inspektora Nadzoru Inwestorskiego i dokumentacji powstałej w związku z realizacją zamówienia (dziennik budowy, notatki służbowe). Wobec okoliczności wykrycia niezinventaryzowanych elementów infrastruktury oraz wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, których wystąpienie uniemożliwiało prawidłowe wykonanie prac, przy równoczesnym braku jakichkolwiek informacji ze strony osób nadzorujących budowę, że opóźnienie robót może być ewentualnie zawinione przez Wykonawcę, Obwiniony nie miał jakichkolwiek przesłanek do uznania, że zawarcie aneksów może być niezgodne z przepisami z zakresu zamówień publicznych.

Z uwagi na okres przyszłego wstrzymania prac, uznał on również, że dopuszczalne jest przedłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy o okres ustalony w oparciu o notatki służbowe z dnia 19.12.2018 r. i 27.12.2018 r. a nie o okres wstrzymania prac występujący do dnia zawarcia aneksów. W sytuacji zatem jeśli interpretacja postanowień umowy dokonana w toku przedmiotowego postępowania przez organ orzekający będzie inna niż dokonał jej Obwiniony, Obwinionemu nie sposób będzie zarzucić winy w przyjęciu dopuszczalności dokonania zmiany umowy na podstawie § 16. Jak słusznie zauważył bowiem Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 27 kwietnia 2022 r., sygn. I GSK1466/21: „Winę w świetle art. 19 ust. 2 ustawy z 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych rozumieć należy jako zarzucalność obwinionemu czynu, z powodu

wadliwie ukształtowanej woli sprawcy, który naruszył normę sankcjonowaną w sytuacji, gdy - co najmniej - mógł rozpoznać bezprawność popełnianego czynu." W okolicznościach niniejszej sprawy trudno przyjąć, że Obwiniony mógł rozpoznać bezprawność popełnianego czynu, skoro na gruncie tego samego stanu faktycznego również RKO jako wykwalifikowany organ orzecznicy takowej bezprawności się nie dopatrzyła. W okolicznościach niniejszej sprawy brak jest zatem ewidentnej, oczywistej bezprawności działania Obwinionego, czyli takiej która powinna być wiadoma każdej osobie piastującej stanowisko organu wykonawczego gminy przy zachowaniu należytej staranności.

Również zatem z uwagi na brak winy Obwiniony winien zostać uniewinniony w zakresie zarzucanego mu czynu (por. orzeczenie GKO z 29 stycznia 2009 r., BDF/GKO/4900/87/74/RN-16/08/848, gdzie wskazano że „[...] «wina» warunkuje istnienie samego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Brak winy prowadzi natomiast do stwierdzenia, że nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a tym samym nie można pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności”).

Obrońca Obwinionego podniósł także - działając z daleko posuniętej ostrożności - że w przypadku przyjęcia, że doszło do popełnienia przez Obwinionego czynu z art. 17 ust. 6 uondfp została spełniona przesłanka wskazana w art. 78 ust. 1 pkt 7 uondfp, tj. zachodzi znikomy stopień społecznej szkodliwości, co winno skutkować umorzeniem postępowania. Zgodnie z art. 28 uondfp - nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości bierze się pod uwagę różne okoliczności, w zależności od tego czy naruszenie wywołuje skutek finansowy czy nie wywołuje. W niniejszej sprawie podnieść należy, że zarzucany czyn nie wywołał żadnego skutku finansowego, bowiem wartość zamówienia nie uległa zmianie i okoliczność przedłużenia terminu umowy nie odnosi skutku w postaci uszczerbku finansów publicznych.

Zgodnie z art. 28 ust. 3 ww. ustawy przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych winno uwzględnić się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Odnosząc się szczegółowo do wskazanych przesłanek podnieść należy, że waga naruszonego obowiązku jest niska, co uzasadnia

umorzenie niniejszego postępowania. Za powyższym przemawia przede wszystkim okoliczność, którą już wyżej wskazywano, a to że zmiana umowy była przewidziana w SIWZ, nie była zmianą istotną, nie powodowała wzrostu wynagrodzenia, ani nie wpłynęła na zmianę potencjalnego kręgu oferentów, ani zmiany wykonawców. Trudno zatem uznać, ażeby w niniejszym przypadku waga naruszonego obowiązku była wyższa niż znikoma, skoro zostały spełnione przesłanki możliwości zmiany umowy określone w SIWZ. Również okoliczności i sposób popełnienia zarzucanego naruszenia w całości świadczą o znikomym stopniu społecznej szkodliwości dla finansów publicznych i uzasadniają umorzenie postępowania. Podnieść bowiem należy, że Obwiniony działał w przeświadczeniu że zmiana umowy pozostaje w zgodzie z postanowieniami SIWZ i umowy, bowiem doszło do wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych dla wykonywania niektórych zleconych prac jak i znalezienia niezainwentaryzowanych przeszkód budowlanych, co skutkowało koniecznością realizacji prac dodatkowych. Dokonana zmiana umowy poprzedzona była zabezpieczeniem środków na realizację zamówienia w roku 2019 i uzyskaniem zgody Instytucji Zarządzającej na zmianę terminu zakończenia zadania.

Odnosząc się następnie do przesłanki polegającej na sposobie naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców Obrońca wskazał, że powyższa zasada nie została w żaden sposób naruszona, bowiem każdy z wykonawców realizując zamówienie napotkałby tożsame problemy z dotrzymaniem terminu realizacji umowy i w stosunku do każdego z wykonawców doszłoby do przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy. Zmiana umowy nie została dokonana z uwagi na właściwości konkretnego wykonawcy, lecz z uwagi na zewnętrzne czynniki, jakie wystąpiły w trakcie realizacji zamówienia.

Tym samym zdecydowanie niska waga naruszonego obowiązku, sposób i okoliczności jego naruszenia, brak naruszenia zasady równego traktowania i konkurencyjności, a przede wszystkim brak negatywnych skutków dla finansów publicznych (nawet zagrożenia ich naruszenia) pozwalają z pełnym przekonaniem na przyjęcie, że w niniejszym postępowaniu stopień szkodliwości finansów publicznych jest znikomy, co winno skutkować – w ocenie Obrońcy - umorzeniem niniejszego postępowania.

Uwzględniając powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych ustaliła i zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu rozprawy przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Pana Damiana Grzelki, po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Rzecznika, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych postanowiła - na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp - uchylić zaskarżone orzeczenie w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania przez RKO, dzieląc stanowisko Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który wniósł o uwzględnienie odwołania.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 uondfp, GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

Wbrew stanowisku obrońcy obwinionego, zawartemu w odpowiedzi na odwołanie Rzecznika, w ocenie GKO, pomimo wskazanych przez obrońcę obwinionego nieścisłości, wniesione przez Rzecznika odwołanie pozwala na zidentyfikowanie zaskarżonego orzeczenia RKO oraz zidentyfikowanie zarzutów sformułowanych przez Rzecznika wobec tego orzeczenia.

GKO dokonując, w związku z wniesionym odwołaniem, kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia stwierdziła okoliczności uzasadniające uchylenie rozstrzygnięcia Komisji I instancji.

W pierwszej kolejności GKO wskazuje, że rozstrzygnięcie RKO jest prawidłowe pod względem formalnym. Zawiera wszystkie elementy określone przepisami art. 135 ust. 2 uondfp. Wykazuje jednak, na co wskazał Rzecznik w odwołaniu, bardzo poważne deficyty w zakresie spełnienia wymogów określonych w przepisie art. 137 ust. 2 uondfp w odniesieniu do uzasadnienia orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo orzeczenia o uniewinnieniu, albo orzeczenie o umorzeniu postępowania.

Zgodnie z art. 137 ust. 2 uondfp uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać:

- 1) wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, a także
- 2) wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione;
- 3) wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia;
- 4) przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia.

Weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia RKO doprowadziła GKO do wniosku, że RKO nie podjęła wysiłku samodzielnego ustalenia stanu faktycznego w oparciu o zgromadzone dowody. Zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia RKO ustalenia, dotyczące stanu faktycznego sprawy, stanowią rekapitulację ustaleń faktycznych poczynionych przez Rzecznika we wniosku o ukaranie, na co wskazuje m.in. brak wskazania (w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia RKO) faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając zaskarżone przez Rzecznika rozstrzygnięcie, a także brak wskazania faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazania, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienia, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione.

W ocenie GKO, ewentualne uniewinnienie Obwinionego na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 uondfp od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 6 uondfp, mającego polegać na naruszeniu w Urzędzie Miasta (...), w dniach 19 i 27 grudnia 2018 r. art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r., przez zawarcie dwóch aneksów do umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych z powodu niepopętnienia zarzucanych mu czynów, powinny poprzedzać przeprowadzona przez RKO rzetelna analiza i jednoznaczne ustalenie stanu faktycznego sprawy. Nawet jeśli RKO dokonała tych analiz, z całą pewnością nie znalazły one odzwierciedlenia w treści uzasadnienia zaskarżonego przez Rzecznika orzeczenia.

Jak wynika natomiast z przeprowadzonej przez GKO analizy akt sprawy i zgromadzonych w sprawie dowodów, a także sprzecznych niekiedy stanowisk i twierdzeń Rzecznika oraz

stanowisk i twierdzeń Obwinionego i jego obrońcy w odniesieniu do tych samych faktów oraz ich prawnej oceny, z całą pewnością w analizowanej sprawie nie można stwierdzić, że stan faktyczny jest niesporny pomiędzy stronami.

Deficytów uzasadnienia orzeczenia RKO w opisanym powyżej zakresie GKO nie zdecydowała się samodzielnie, uwzględniając ich duży zakres i chcąc zapewnić - określoną w art. 72 ust. 1 uo ndfp - zasadę dwuinstancyjności postępowania przed organami orzekającymi w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych podziela natomiast stanowisko obrońcy Obwinionego zawarte w odpowiedzi na odwołanie Rzecznika oraz stanowisko Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, sformułowane podczas rozprawy przed GKO, że wbrew stanowisku Rzecznika, w okolicznościach niniejszej sprawy data zawarcia umowy nie ma znaczenia dla oceny dopuszczalności zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w oparciu o postanowienia § 16 ust. 1 umowy, zatem RKO nie była zobowiązana do analizy powyższych okoliczności faktycznych dokonując oceny zachowania Obwinionego w kontekście art. 17 ust. 6 uo ndfp.

Zaskarżone orzeczenie zawiera, w ocenie GKO, również braki w zakresie wyjaśnienia podstawy prawnej orzeczenia RKO (art. 137 ust. 2 pkt 3 uo ndfp). Na podstawie art. 24 uo ndfp RKO stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie, pomimo zmiany przepisów prawa materialnego związanej z wejściem w życie, w dniu 1 stycznia 2021 r., Pzp z 2019 r., która zastąpiła Pzp z 2004 r. (przepis art. 17 ust. 6 uo ndfp został jedynie uzupełniony o kolejny typ umów), regulacje obowiązujące w dacie popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu nie kształtowały jego sytuacji w sposób korzystniejszy niż przepisy obowiązujące w czasie orzekania. Tymczasem, jak trafnie zauważył obrońca Obwinionego w odpowiedzi na odwołanie, oceniając zarzut popełnienia przez Obwinionego czynu z art. 17 ust. 6 uo ndfp najistotniejsze w niniejszej sprawie jest ustalenie, czy zawarcie aneksu nr 1 i nr 2 do umowy nastąpiło w zgodzie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2004 r. (lub art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp z 2019 r. w zw. z art. 24 uo ndfp), natomiast dopiero w przypadku uznania, że zmiana umowy nie znalazła podstaw w postanowieniach umowy (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) konieczne byłoby dokonanie oceny istotności zmian w zgodzie z art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r. (art. 454 ust. 2 Pzp z 2019 r.). Nie jest natomiast możliwe łączne rozpatrywanie przesłanek wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 1 i art. 144 ust. 1 pkt

5 w zw. z art. 144 ust. 1e Pzp z 2004 r. (lub art. 455 ust. 1 pkt 1 i art. 454 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 r. w zw. z art. 24 uodnfp), tj. wymaganie aby zmiany dokonywane na podstawie postanowień SIWZ i umowy musiały spełniać warunki nieistotności.

W ocenie GKO wzorzec zawodowej staranności w zakresie omówienia istotnych w tej sprawie przepisów i norm prawnych mogłaby stanowić sporządzona przez Obrońcę Obwinionego odpowiedź na odwołanie Rzecznika. GKO nie przesądza natomiast o trafności zawartych w tym stanowisku konkluzji, ze względu na konieczność uprzedniego zweryfikowania przez RKO i ustalenia stanu faktycznego w tej sprawie.

Rozpoznając ponownie sprawę RKO powinna wziąć pod uwagę wytyczne GKO w omówionym powyżej zakresie.

Odnosząc się natomiast do powołanego przez Obrońcę Obwinionego wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. II GSK 2238/15, dotyczącego sprawy sygn. akt BDF1.4800.53.2015, zarówno skład orzekający GKO orzekający w tamtej sprawie, jak i skład orzekający GKO orzekający w tej sprawie nie podzielają wyrażonych przez NSA w uzasadnieniu tego wyroku poglądów, co do oceny faktów oraz przedstawionej interpretacji przepisów.

Zgodnie jednak z art. 153 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, ocena prawna i wskazania, co do dalszego postępowania wyrażone w orzeczeniu sądu wiążą w sprawie organy, których działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania było przedmiotem zaskarżenia, a także sądy, chyba że przepisy prawa uległy zmianie. Tym samym, nawet nie podzielając wyrażonych przez NSA poglądów, co do oceny faktów lub przedstawionej interpretacji przepisów, GKO w sprawie sygn. akt BDF1.4800.53.2015 zapadłym wyrokiem była związana.

Niezależnie od tego, w każdej dopuszczalnej prawnie sytuacji i formie, GKO podejmuje polemikę prawną z przytoczoną przez Obrońcę Obwinionego oceną prawną zawartą w uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. II GSK 2238/15.

Tym samym GKO orzekła, jak na wstępie.