



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

Warszawa, dnia 12 października 2020 r.

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

Przewodniczący:	Członek GKO:	Sylwester Kuchnio
Członkowie:	Członek GKO:	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
	Członek GKO:	Dariusz Chmielecki
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Anna Rotter**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 10 lutego 2020 r. sygn. akt: RKO/7100/114/19, którym uznano Obwinionego (...) – pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję – Zastępcy Prezydenta Miasta (...) – odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że 15 grudnia 2017 r. naruszył art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), przez dokonanie z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych zmiany umowy o zamówienie publiczne Nr D-IV.272.2.2017 z dnia 25 kwietnia 2017 r. na roboty budowlane:

- zadanie nr 1: Budowa Regionalnej Drogi (...),
- zadanie nr 2: Budowa Drogi Śródmiejskiej (...),

polegającej na przesunięciu terminu zakończenia robót na obiekcie WGP-02 z dnia 15 grudnia 2017 r. na 3 września 2018 r., a także na przesunięciu terminu wykonania robót na etapach I, II, III, IV z dnia 15 grudnia 2018 r. na 3 września 2019 r.

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 338,99 zł,

orzeka

1) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440 z późn. zm.) – zwanej dalej także uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 3 uondfp uniewinnia Obwinionego,

2) na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

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

UZASADNIENIE

Dnia 10 lutego 2020 roku Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach (dalej „RKO”) uznała Obwinionego (...) (dalej „Obwiniony”) odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440 z późn. zm.) - dalej uondfp, polegającego na tym, że 15 grudnia 2017 r. naruszył art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) – dalej Pzp, przez dokonanie z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych zmiany umowy o zamówienie publiczne Nr (...) z dnia 25 kwietnia 2017 r. na roboty budowlane:

- zadanie nr 1: Budowa Regionalnej Drogi (...),
- zadanie nr 2: Budowa Drogi Śródmiejskiej (...) (dalej „Umowa”).

Nieuprawniona zmiana Umowy polegała na przesunięciu terminu zakończenia robót na obiekcie WGP-02 z dnia 15 grudnia 2017 r. na 3 września 2018 r., a także na przesunięciu terminu wykonania robót na etapach I, II III, IV z dnia 15 grudnia 2018 r. na 3 września 2019 roku. W konsekwencji RKO wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła kosztami postępowania.

RKO rozstrzygnęła sprawę zgodnie z wnioskiem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych I Instancji (dalej „Rzecznik”), który domagał się uznania Obwinionego za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 „uondfp” i wymierzenia kary upomnienia.

RKO uzasadniając wydane orzeczenie przedstawiła okoliczności sprawy wynikające z wniosku o ukaranie wskazując, co następuje:

Podstawą wszczęcia postępowania wyjaśniającego wobec Obwinionego stanowiło zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych złożone przez Dyrektora Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w Katowicach (dalej „Zawiadamiający”).

Rzecznik ustalił, że 25 kwietnia 2017 roku, w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Miasto (...) (dalej „Miasto” lub „Zamawiający”) zawarło Umowę z wykonawcą Przedsiębiorstwo Usług Technicznych (...) (dalej „Wykonawca”). Przedmiot umowy składał się z dwóch zadań:

1. Budowa Regionalnej Drogi (...),
2. Budowa Drogi Śródmiejskiej na odcinku (...).

Z treści zawiadomienia wynika, że do końca 2018 r. Umowa została zmieniona w związku z zawarciem 17 aneksów, z których 4 dotyczyły terminu realizacji zadania. W ocenie Zawiadamiającego powyższe zmiany zostały wprowadzone do umowy zgodnie z przesłankami określonymi w § 18 Umowy i wynikały one z niezbędnych i koniecznych robót dodatkowych. Oprócz ww. zmian, została wprowadzona do Umowy jeszcze jedna zmiana w zakresie terminu realizacji zamówienia, potwierdzona pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. podpisanym przez Obwinionego. Powodem tej zmiany był pisemny wniosek Wykonawcy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zatwierdzenie zaktualizowanego harmonogramu robót oraz zmianę terminów wykonania przedmiotu Umowy. Powodem niemożności dotrzymania pierwotnego terminu realizacji umowy miał być brak możliwości wycinki drzew w okresie lęgowym ptaków, tj. w okresie od marca do października 2017 r., wynikający z decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych dla tej inwestycji Nr WOOŚ.4200.6.2012.AD.70 z 17 października

2014 r. Powyższe, zdaniem Wykonawcy, uniemożliwiło zrealizowanie robót w pierwotnie zakładanym terminie.

W toku kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli (dalej NIK) Prezydent Miasta (...) oraz Obwiniony wyjaśnili przyczyny braku możliwości zawarcia aneksu do Umowy w związku z wnioskiem Wykonawcy. Z wyjaśnień wynika, że w ocenie Zamawiającego nie było do tego podstaw w zakresie wydłużenia terminów jej realizacji z powodu zakazu wycinki zieleni w 2017 r., gdyż w § 18 ust. 1 Umowy zawarto enumeratywny wykaz sytuacji, w których Umowa może zostać zmieniona i nie przewidziano tam możliwości zmiany Umowy z ww. powodu.

Zdaniem Rzecznika w odpowiedzi na ww. wniosek Wykonawcy Obwiniony podpisał pismo D.IV.7013.9.2017 z 15 grudnia 2017 r., na podstawie którego, działając w imieniu Zamawiającego dokonał zmiany Umowy polegającej na przesunięciu terminu zakończenia robót na obiekcie WGP-02 z dnia 15 grudnia 2017 r. na 3 września 2018 r., a także na przesunięciu terminu wykonania robót na etapach I, II, III, IV z dnia 15 grudnia 2018 r. na 3 września 2019 r.

Stanowisko Obwinionego zaprezentowane w sprawie powyższego pisma sprowadza się do stwierdzenia, że pismem tym wyłącznie przyjął on do wiadomości, że Wykonawca nie będzie w stanie, zrealizować określonych części przedmiotu zamówienia zgodnie z pierwotnym harmonogramem. Rzecznik stwierdził, że nie zgadza się z taką argumentacją, gdyż z treści przedmiotowego pisma wynikają określone skutki materialnoprawne, wpływające na treść Umowy o zamówienie, a samo pismo należy traktować jako oświadczenie woli złożone Wykonawcy przez Obwinionego w imieniu Zamawiającego. Gdyby pismo z 15 grudnia 2017 r. stanowiło wyłącznie „przyjęcie do wiadomości” określonych okoliczności, z jego treści wynikałoby jedynie, że Zamawiający potwierdza, że powzięło wiedzę o tym, że Wykonawca z powodu zakazu wycinki drzew, nie zrealizuje terminowo części zamówienia. Tymczasem Obwiniony powyższym pismem zaakceptował w imieniu Zamawiającego przesunięcie terminu zakończenia robót na obiekcie WGP-02 z dnia 15 grudnia 2017 r. na 3 września 2018 r., wyraził w imieniu Zamawiającego zgodę na określenie nowego terminu wykonania robót na etapach I, II, III, IV, przesuwając go z dnia 15 grudnia 2018 r. na 3 września 2019 r., zobowiązał Wykonawcę do zaktualizowania i złożenia Koordynatorowi Czynności Nadzoru Inwestorskiego harmonogramu robót uwzględniającego powyższe zmiany, stanowiącego integralną

część Umowy oraz oświadczył, że zamawiający nie będzie dochodził kar umownych z tytułu niewykonania robót w terminie pierwotnym, określonym w § 5 Umowy. Mając powyższe na uwadze Rzecznik wyraził pogląd, że opisanym powyżej pismem, została dokonana zmiana Umowy o zamówienie w zakresie terminów realizacji robót. O materialnoprawnych skutkach oświadczenia woli zawartego w ww. piśmie świadczy fakt, że terminy wykonania określonych części zamówienia wskazane w tym piśmie, były uwzględniane przy wprowadzaniu kolejnych zmian do Umowy, w zakresie przesunięcia terminu realizacji zamówienia. Na pismo z 15 grudnia 2017 r. powoływano się wprost w kolejnych aneksach do Umowy (nr 9, 10, 11, 16) oraz notatkach sporządzanych przed ich zawarciem. Aneks nr 9 do Umowy o zamówienie, przesuwający termin realizacji obiektu WGP02 został zawarty w dniu 4 września 2018 r., tj. po upływie terminu wykonania tej części zamówienia, określonego w piśmie z 15 grudnia 2017 r., w którym przedłużono termin realizacji obiektu WGP-02 o 262 dni, tj. do dnia 3 września 2018 r.

Mając powyższe na względzie Rzecznik stwierdził, że podziela zdanie Zawiadamiającego, że pismo z 15 grudnia 2017 r. stanowi zmianę umowy o zamówienie, ponieważ zachowana została wymagana przepisem art. 139 ust. 2 Pzp forma pisemna. Zaznaczyć należy, że Pzp nie nakłada na strony umowy żadnych dodatkowych wymogów w zakresie formy jaką ma przybrać zmiana umowy, byleby została dokonana w formie pisemnej, przez osoby umocowane do reprezentowania stron. Za legalną zmianę umowy należy uznać również wymianę korespondencji pomiędzy stronami, co miało miejsce w opisywanym przypadku. Ww. pismem Obwiniony złożył w imieniu Zamawiającego oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 Kodeksu cywilnego (dalej „Kc”), zgodnie z którym z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

W świetle powyższego Rzecznik dokonał oceny, czy ww. zmiana Umowy odbyła się przy zachowaniu przesłanek warunkujących jej legalność, określonych w art. 144 ust. 1 Pzp. Z wyjaśnień udzielonych przez Obwinionego w toku kontroli NIK wynika, że przyczyną zaakceptowania wniosku Wykonawcy w sprawie przesunięcia terminu realizacji zamówienia było uznanie, że za niemożliwość wykonania zamówienia w pierwotnym terminie, a spowodowaną zakazem wycinki drzew w okresie lęgowym

ptaków, Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Rzecznik zauważył, że informacja o zakazie prowadzenia takiej wycinki była zapisana w sposób jednoznaczny w projekcie wykonawczym, stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Fakt zawarcia takiej informacji w treści ww. projektu wykonawczego potwierdził sam Obwiniony w wyjaśnieniach z 9 lutego 2019 r., tłumacząc to jako powód niezłączenia do SIWZ opisanej wcześniej decyzji środowiskowej. Wspomniana dokumentacja wykonawcza, stanowiąca załącznik do SIWZ, była dostępna dla wykonawców, gdyż została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Zatem Wykonawca po lekturze SIWZ mógł, a nawet powinien posiadać wiedzę o istotnych ograniczeniach w zakresie wycinki drzew, stanowiącej część przedmiotu zamówienia, w okresie lęgowym ptaków. To powodowało, że powyższy stan faktyczny nie dawał się zakwalifikować, jako jedna z okoliczności uzasadniająca legalną zmianę Umowy, zawartych w zamkniętym katalogu określonym w § 18 Umowy, a konsekwencji nie można wskazać żadnej z przesłanek zmiany umowy, określonych w art. 144 ust. 1 Pzp.

Powyższy czyn wypełnia, zdaniem Rzecznika, przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w przepisie art. 17 ust. 6 uodnfp. Zgodnie z przytoczonym przepisem naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Rzecznik stwierdził, że wskazanie Obwinionego jako osoby odpowiedzialnej wynika z faktu podpisania w imieniu Zamawiającego pisma z dnia 15 grudnia 2017 r., którym wyrażono zgodę na przesunięcie pierwotnie określonych terminów wykonania poszczególnych części zamówienia. Zmiana ta miała charakter istotny, w porównaniu do treści złożonej przez Wykonawcę oferty. Obwiniony podpisał ww. pismo działając na podstawie upoważnienia Or.077.667/2017 z 15 listopada 2017 r. wystawionego przez Prezydenta Miasta Rybnika. W pkt. I tego dokumentu Obwiniony został upoważniony do składania oświadczeń woli i wiedzy w imieniu Miasta Rybnik, a w pkt. III – do zawierania umów i składania oświadczeń woli na gruncie zamówień publicznych.

Rzecznik podał, że pismem z 9 września 2019 r. Obwiniony złożył wyjaśnienia w sprawie, w którym m.in. podniósł fakt, że pismo z 15 grudnia 2017 r. zostało podpisane wyłącznie przez Obwinionego, co – jego zdaniem – wywołuje istotne wątpliwości w zakresie jego skuteczności formalnoprawnej. Wynika to z okoliczności, że

wspomniane upoważnienie, w zakresie wykonywania zamówień publicznych, wymaga wspólnego oświadczenia Obwinionego oraz osoby kierującej jednostką organizacji wewnętrznej Urzędu Miasta lub innej osoby upoważnionej.

W odniesieniu do tego argumentu Rzecznik stwierdził, że:

1. pismo z 15 grudnia 2017 r. pełni dwojaką funkcję: po pierwsze – jest zmianą umowy o zamówienie publiczne, ale również stanowi oświadczenie woli w imieniu Zamawiającego w zakresie zarządu mieniem, rozumianym szeroko, a więc obejmującym również dyspozycje o charakterze pieniężnym; przesunięcie ww. pismem terminów realizacji poszczególnych części przedmiotu zamówienia o 262 dni, spowodowało przeniesienie zobowiązań finansowych na kolejne lata (budżety lat kolejnych); w tym kontekście pismo to stanowiło zaciągnięcie nowych zobowiązań finansowych, bo obejmujących inne okresy rozliczeniowe niż pierwotnie ustalono; do składania tak rozumianych oświadczeń woli wynikających z pisma z dnia 15 grudnia 2017 r. Obwiniony był upoważniony samodzielnie;
2. traktując pismo z dnia 15 grudnia 2017 r., jako czynność prawną dokonaną wyłącznie na gruncie zamówień publicznych Rzecznik wskazał, że udzielone Obwinionemu upoważnienie wymaga wprowadzie łącznego działania dwóch osób, w tym Obwinionego, ale fakt jego podpisania wyłącznie przez Obwinionego nie czyni jednak takiego oświadczenia woli nieważnym z mocy prawa; zostało ono złożone drugiej stronie, czego dowodem jest treść ww. pisma; brak podpisu drugiej osoby mógłby potencjalnie stanowić przesłankę podniesienia zarzutu wadliwości prawnej tak złożonego oświadczenia woli, co mogłoby wpłynąć na jego skuteczność prawną, rozumianą jako ograniczenie lub wyłączenie możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń wynikających z pisma z dnia 15 grudnia 2017 r. na drodze postępowania sądowego. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że skutki prawne ww. pisma są jednoznacznie korzystne dla Wykonawcy (przedłużenie terminu realizacji zamówienia, oświadczenie woli o braku podstaw do dochodzenia kar umownych przez Zamawiającego), zatem nie miałby on żadnego interesu by to oświadczenie kwestionować; z ustaleń dokonanych przez Rzecznika do dnia złożenia wniosku o ukaranie wynika, że Zamawiający nie zakwestionował, w powyższym trybie, skutków prawnych oświadczenia woli wyrażonego przez Obwinionego w imieniu Zamawiającego, a zawartych w piśmie z 15 grudnia 2017 r.

Rzecznik zaznaczył jednocześnie, że Obwiniony spełnia ponadto przesłanki podmiotowe odpowiedzialności określone w art. 4 ust. 1 pkt 3 uondfp. W ocenie Rzecznika Obwiniony, jako osoba potencjalnie odpowiedzialna za dokonanie naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie dołożył staranności przyjętej w opisywanej sytuacji. Obwiniony, przed udzieleniem wyrażeniem zgody na zmianę terminu realizacji zamówienia, powinien przeanalizować dopuszczalność takiej zmiany, analizując argumenty przedstawione przez Wykonawcę przez pryzmat postanowień umownych (§ 18) oraz katalog zmian umowy, określony w ustawie (art. 144 Pzp), a w konsekwencji odmówić wyrażenia zgody na zmianę Umowy w zakresie terminów realizacji zamówienia.

W piśmie z 9 września 2019 r., złożonym na etapie postępowania wyjaśniającego Obwiniony złożył następujące wyjaśnienia.

W pierwszej kolejności Obwiniony podał, że w zastrzeżeniach do wystąpienia pokontrolnego NIK z dnia 29 marca 2019 r. podniesiono między innymi, że wniosek NIK jest nietrafny, ponieważ gdy wykonawca opóźnia się z realizacją określonego etapu przedmiotu umowy oczywistym jest, że może zadeklarować, że termin realizacji całego przedmiotu umowy, bądź innej jego części zostanie wykonany w późniejszym terminie. W związku z tym przyjęcie do wiadomości wskazania tychże późniejszych terminów przez Wykonawcę nie może w żaden sposób stanowić o tym, że Zamawiający wyraził zgodę na powyższe i tym samym „w konkludentny” sposób przedłużył termin realizacji Umowy. Oczywistym i nie budzącym wątpliwości jest to, że na gruncie stosunków cywilnoprawnych, gdy dłużnik będący w opóźnieniu realizacji umowy, wskazuje wierzycielowi nowy termin jej wykonania, to oczekuje również w tym zakresie stosownej reakcji wierzyciela. Wierzyciel natomiast potwierdzając przyjęcie do wiadomości tego oświadczenia nie przedłuża w tym zakresie terminu realizacji umowy a jedynie uzyskuje wiedzę o momencie, w którym ta umowa będzie zrealizowana. Jeżeli w ślad za taką umową, w przypadku gdy jest ona realizowana etapami, dłużnik przedstawia harmonogram dalszych prac, to jego akceptacja w jakikolwiek sposób nie skutkuje umownym „przedłużeniem” jej obowiązywania w tym sensie, że strony nie zmieniają poszczególnych terminów wykonania zobowiązania przewidzianych w umowie. Zawiadamiający rozpatrując wniesione przez Zamawiającego zastrzeżenia i w konsekwencji oddalając je w tej mierze, nie wyjaśnił szczegółowo, dlaczego przyjęte w zastrzeżeniach stanowisko Zamawiającego nie jest

trafne. W istocie rzeczy, czy mogło pismem z dnia 15 grudnia 2017 roku dojść do zmiany umowy, czy też nie, powinna decydować, po pierwsze, ocena co do tego, czy przedmiotowe pismo stanowiło oświadczenie woli, czy też wiedzy, a jeżeli oświadczenie woli, to co w istocie rzeczy stanowiło wyrażenie przedmiotowej „woli”, tak w kontekście art. 65 w zw. z art. 65¹ Kc, jak również w kontekście okoliczności sprawy i wymienianej pomiędzy stronami korespondencji.

Po pierwsze, dowodem, że pismo z dnia 15 grudnia 2017 r. stanowiło oświadczenie wiedzy a nie woli (a więc oświadczenie, które nie mogło z samej istoty rzeczy zmieniać jakiegokolwiek stosunku prawnego) jest całość tego dokumentu w powiązaniu z pismem Wykonawcy, na które stanowił odpowiedź, a także stanowiska stron wyrażone we wzajemnych rozmowach. Pismo to stanowi „przyjęcie do wiadomości” okoliczności niemożności wykonania obiektu WGP-02 w przewidzianym w umowie terminie (do 03.09.2018 r.) z przyczyn obiektywnie niezależnych od Wykonawcy. Niczego nie zmienia w tej sprawie fakt, że w dalszej części przedmiotowego pisma użyto zwrotu „określam termin wykonania robót budowlanych [...] według zatwierdzonego harmonogramu prac”. Gdyby pismo stanowiło zmianę terminu umownego, nie miałyby sensu zawarty w nim zwrot, że brak jest podstaw do naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania robót objętych Umową w terminach wskazanych w §5 zawartej Umowy (skoro rzekomo przesunięto terminy jej wykonania, to nie można mówić o zwłoce w realizacji przedmiotu Umowy). Tak samo zbędne byłoby ostatnie zdanie zawarte w przedmiotowym piśmie, zgodnie z którym Miasto oczekuje, że Wykonawca nie będzie rościć wobec niego jakichkolwiek żądań związanych z roszczeniami finansowymi wynikającymi z wydłużonego okresu realizacji Umowy (gdyby bowiem doszło do zmiany jej treści w zakresie przedłużenia terminu realizacji brak byłoby jakichkolwiek podstaw, aby móc rozważać takie roszczenia, skoro strony zgodnie dokonały przesunięcia tegoż terminu).

Po drugie, pismo Wykonawcy z dnia 8.12.2017 r., na które udzielono odpowiedzi pismem z 15 grudnia 2017 r., stanowi w zasadniczej mierze propozycję zawarcia ugody cywilnoprawnej w oparciu o treść art. 917 Kc w związku z art. 54a ustawy o finansach publicznych, do czego nie doszło. Dlatego też podkreślić ponownie należy, że celem przedmiotowego pisma było zajęcie stanowiska, które niejako stanowiło „zrozumienie” dla wyjaśnień Wykonawcy związanych z niemożnością realizacji Umowy w przewidzianym terminie z uwagi na okoliczności niezależne od niego, a „określenie”

terminu jej realizacji na 3 września 2018 r. zgodnie z przedstawionym przez Wykonawcę harmonogramem odzwierciedlającym czasokres 172 dni, w którym niemożliwa była wycinka drzew. W rozmowach z przedstawicielami Wykonawcy przedstawiciele Zamawiającego konsekwentnie powtarzali, że brak jest podstaw do zmiany Umowy w zakresie jej terminów co do okresu związanego z zakazem wycinki drzew, jako że przyczyna ta nie była przewidziana w Umowie, jak również brak jest ku temu podstaw w przepisach Pzp. Dlatego też w piśmie Wykonawcy z 8.12.2017 r. mając świadomość braku możliwości dokonania zmiany Umowy wobec braku podstaw prawnych ku temu, próbowano zasugerować możliwość zawarcia ugody cywilnoprawnej na podstawie art. 917 Kc (co w ocenie Zamawiającego również pozbawione było podstaw).

O tym, że żadna ze stron zawartej Umowy (tak Miasto jak i Wykonawca) nie uważała i nie uznawała, że doszło do (na skutek pisma z 15 grudnia 2017 r.) do wiążącej i prawnej zmiany terminów realizacji tejże Umowy wskazują również następujące okoliczności:

1. pisemne aneksy do Umowy dokonujące zmiany terminów jej realizacji nigdy nie operowały datami mogącymi się odnosić do przedstawionego przez Wykonawcę w piśmie z 8.12.2017 r. terminu, w którym zrealizuje on przedmiot umowy na skutek niemożności realizacji prac w okresie zakazu wycinki drzew (gdyby Wykonawca był odmiennego zdania, domagałby się operowania w aneksach konkretnymi datami);
2. przedstawiciele Wykonawcy w rozmowach z przedstawicielami Miasta konsekwentnie obawiali się tego, że Miasto jednak naliczy kary umowne za okres opóźnienia w realizacji prac wynikających z niemożności wycinki drzew, pomimo treści pisma z 15.12.2017 r.; jeżeli doszłoby do formalnej zmiany treści Umowy w tym zakresie, ich obawy byłyby całkowicie nieuzasadnione;
3. w lipcu br., Wykonawca przesłał do Miasta w korespondencji mailowej propozycje stosownych aneksów do Umowy, z których jednoznacznie wynika chęć uregulowania kwestii opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy oraz próba „rozwiązania wątpliwości interpretacyjnych” związanych z pismem D-IV.7013.9.2017 z dnia 15.12.2017 r.;

4. aneksem z dnia 26 lipca 2019 r., w oparciu o §18 ust. 1 pkt 3 Umowy zmieniono termin jej wykonania (treść przedmiotowego aneksu również wskazuje, że pismem z dnia 15.12.2017 r. nie zmieniono terminu realizacji umowy).

Podkreślono, że wcześniejsza jak i późniejsza korespondencja z Wykonawcą, której przedmiotem było dokonanie zmian terminu wykonania Umowy, wprost opierała się o postanowienia umowne przewidujące taką możliwość, konsekwencją czego było zawieranie stosownych aneksów do Umowy przedłużających odpowiednio terminy jej wykonania. Wykonawca mając oczywistą świadomość tego, że nie jest możliwe dokonanie zmiany treści Umowy związanej z opóźnieniem w jej realizacji z uwagi na zakaz wycinki drzew, wystosował do Miasta pismo z 8.12.2017 r. z którego treści nie wynika żądanie aneksowania Umowy (gdyż brak ku temu podstaw), lecz propozycja zawarcia ugody cywilnoprawnej w oparciu o art. 917 Kc i 54a ustawy o finansach publicznych.

Obwiniony wskazał następnie na reguły dotyczące wykładni oświadczeń woli, które na mocy art. 65¹ Kc, stosuje się również do innych oświadczeń, w tym oświadczeń wiedzy. Tytułem przykładu przytoczył pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 2 kwietnia 2019 r., sygn. akt I AGa 288/18, w którym wskazano, że: „Uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decydująca jest zatem rzeczywista wola stron. Podstawę prawną do stosowania w tym przypadku wykładni subiektywnej stanowi przepis art. 65 § 2 k.c. Jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czy/i tak jak adresat sens ten rozumiał i rozumieć powinien. Za wiążące uznać trzeba w tej fazie takie rozumienie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata”.

Skoro zatem Wykonawca miał świadomość braku podstaw do zmiany terminu realizacji Umowy w oparciu o postanowienia Umowne, proponując rozwiązanie tej kwestii w drodze ugody cywilnoprawnej, do czego jednak nie doszło, jak również występujące u niego stałe obawy, że Miasto wobec braku aneksowania w tej mierze Umowy, podjąć może decyzję o naliczeniu kar umownych z tytułu opóźnienia w jej

realizacji, jednoznaczna jest konstatacja, że na skutek pisma z 15.12.2017 r. nie doszło w żadnej mierze do zmiany terminów realizacji Umowy.

Finalnie Obwiniony przywołał również wspomnianą wcześniej argumentację dotyczącą zakresu posiadanego upoważnienia.

Na rozprawie Obwiniony wniósł o uniewinnienie, załączając do akt projekt ugody przesłany przez Wykonawcę za pismem z 8 grudnia 2017 r.

RKO rozstrzygając sprawę dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia zarzucanego Obwinionemu naruszenia ze stanem prawnym obowiązującym w momencie orzekania. W braku zmian relewantnych regulacji uondfp (art. 17 ust. 6 uondfp) i Pzp (art. 144 ust. 1 Pzp) orzeczenie wydane zostało w oparciu o przepisy obowiązujące w dacie orzekania.

W ocenie RKO w rozpoznawanej sprawie doszło do popełnienia przez Obwinionego zarzucanego mu czynu.

RKO wyjaśniła, że nie było okolicznością sporną, że przyczyny wskazane przez Wykonawcę w piśmie z 8 grudnia 2017 r. nie uprawniały do zmiany zawartej z nim Umowy, mającej polegać na wydłużeniu terminów realizacji określonych robót budowlanych. Zmiana taka nie wpisywała się również w pozostałe, wynikające z art. 144 ust. 1 Pzp, przypadki warunkujące dopuszczalność modyfikacji postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Clou sprawy stanowiło przesądzenie o charakterze oświadczenia złożonego przez Obwinionego 15 grudnia 2017 roku.

Zdaniem RKO analiza akt sprawy, w szczególności wniosku Wykonawcy z 8 grudnia 2017 r. i odpowiedzi zamawiającego w postaci spornego oświadczenia Obwinionego, nie pozostawia wątpliwości, że zgodnym zamiarem stron Umowy było wydłużenie, niezależnie od składających się na to przyczyn, terminu wykonania określonych robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. W przekonaniu RKO przejawem realizacji wspomnianego zgodnego zamiaru była wymiana wzmiankowanej korespondencji, która skutkowała faktyczną zmianą § 5 Umowy, określającego terminy wykonania przedmiotu Umowy. Okoliczność, że nie doszło do tego w drodze zawarcia aneksu (jak w przypadku pozostałych zmian Umowy) jest prawnie obojętna, ponieważ charakter tej czynności zdeterminowany został oświadczeniem Obwinionego złożonym Wykonawcy 15 grudnia 2017 r.

RKO wyraziła pogląd, że wspomnianego oświadczenia nie sposób było zakwalifikować do kategorii oświadczeń wiedzy, ponieważ tzw. zawiadomienie o fakcie nie stanowi przejawu woli co do wywołania określonego skutku prawnego (tak: P. Machnikowski: Komentarz do art. 65¹ Kc [w:] E. Gniewek (red.): Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 9, Legalis/el. 2019). Tymczasem komentowane oświadczenie Obwinionego ukierunkowane było na zmianę terminów realizacji Umowy, jako że w jego treści Obwiniony – przyjmując do wiadomości fakt braku możliwości dotrzymania przez Wykonawcę określonych Umową terminów realizacji – ustalił (określił) Wykonawcy nowe terminy wykonania jego zobowiązań kontraktowych. Oświadczenie Obwinionego oddziaływało na treść §5 Umowy, ergo wywoływało skutki prawne. Powyższe potwierdza również okoliczność, że kolejne aneksy do Umowy uwzględniały przesunięcie terminów wynikające z pisma z 15 grudnia 2017 r.

Pozbawiona znaczenia była argumentacja Obwinionego, jakoby opisana powyżej zmiana nie była skuteczna z uwagi na przekroczenie przezeń zakresu udzielonego mu upoważnienia. Faktem jest, że w odniesieniu do działań związanych z wykonywaniem zamówień publicznych Obwinionego obowiązywała reprezentacja łączna, wspólnie z osobą kierującą jednostką organizacji wewnętrznej Urzędu Miasta lub inną osobą upoważnioną, tym niemniej nie sposób twierdzić, że z samego tylko faktu niezachowania przez Obwinionego zasad reprezentacji Zamawiającego przy składaniu oświadczenia woli (nota bene opisane powyżej zasady reprezentacji obowiązywały Obwinionego również przy składaniu oświadczeń wiedzy), zmiana wynikająca z jego złożenia nie wywołuje skutków. Wspomniana kwestia podlega ocenie według przepisów Kc, zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 139 ust. 1 Pzp. W konsekwencji należy zwrócić uwagę, że w świetle przepisu art. 103 § 1 Kc ważność umowy zawartej przez pełnomocnika bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu zależy od potwierdzenia przez osobę w imieniu której umowa została zawarta. Ad casum zdaniem RKO potwierdzenie takie nastąpiło przez zawieranie kolejnych aneksów do Umowy (nr 9, 10, 11 i 16), uwzględniających przesunięcia terminów wynikające z pisma z 15 grudnia 2017 r.

RKO zważyła, że osobą odpowiedzialną za opisane powyżej naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest Obwiniony, którego odpowiedzialność wynika z faktu dokonania zmiany Umowy. W przekonaniu RKO Obwinionemu można przypisać winę w czasie popełnienia zarzucanego mu naruszenia. Wyraża się ona w zignorowaniu

przesłanek warunkujących dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W kwestii wymiaru kary RKO zważywszy na przedstawioną argumentację, a także mając na względzie, że Obwiniony nie działał w zamiarze popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz uwzględniając, że nie był dotychczas karany za takie naruszenie, uznała za zasadne wymierzenie Obwinionemu, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp, kary upomnienia. Wymierzając taką karę RKO miała również na względzie stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest specyficznym rodzajem stosunku obligacyjnego, w odniesieniu do którego obowiązująca w prawie cywilnym zasada swobody umów doznaje istotnych ograniczeń. Jednym z przejawów wspomnianych ograniczeń jest ustawowe uregulowanie zasad dopuszczalności zmiany umowy, które Obwiniony zignorował. Tym samym orzeczona kara wpisuje się w podstawy wymiaru kary określone w art. 33 ust. 1 uondfp.

Z zaprezentowanym rozstrzygnięciem nie zgodził się Obwiniony, którego obrońca wniósł pismem z 15 marca 2020 roku odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej „GKO”) domagając się uchylenia skarżonego orzeczenia w całości i uniewinnienia Obwinionego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie skarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie ustawy o dyscyplinie finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach.

W pierwszej kolejności w odwołaniu odniesiono się do kwestii oceny prawnej pisma z 15.12.2017 roku.

Podkreślono, że tak kwestię wykładni oświadczeń woli jak i wiedzy reguluje art.65 kc (oświadczenia woli) jak również odsyłający do tego przepisu art. 65(l) kc - w omawianej sprawie w zakresie oświadczenia wiedzy. Zatem zgodnie z treścią art. 65§1 kc oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Nadto §2 tegoż artykułu stanowi, że w umowach należy raczej badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Mając na uwadze treść wspomnianego wyżej przepisu wskazano, że RKO w sposób nieuprawniony odczytała zgodny zamiar stron wynikający z dokonanej wymiany korespondencji. RKO całkowicie pominęła w swoich rozważaniach analizę okoliczności w jakich oświadczenie zostało złożone, dalszą reakcję stron w toku realizacji Umowy, opierając się wyłącznie na literalnej treści wymienionej korespondencji (pismo Wykonawcy z 8.12.2017 r. i pismo z 15.12.2017 r.) oraz błędnie przypisując aneksom do Umowy, w których dokonywano przedłużenia terminu, konwalidację oświadczenia Obwinionego z 15.12.2017 r. poprzez uwzględnianie w tychże aneksach „przesunięcia realizacji terminów” wynikającego z pisma z 15.12.2017 r. Taka ogólnikowa analiza i wyciągnięte zeń wnioski zdaniem Obwinionego nie wytrzymuje krytyki.

Po pierwsze w odwołaniu zaznaczono, że gdyby celem i intencją Zamawiającego było dokonanie zmiany zawartej Umowy, doszłoby do sporządzenia aneksu do niej. Przy czym zwrot „aneks”, którego Zamawiający konsekwentnie używał, oznaczało „zmianę umowy, a nie wyłącznie formę w jakiej powinno to nastąpić.

Po drugie w piśmie z 15.12.2017 r. (dalej jako „pismo”) użyto zwrotu „określam” dla terminu wykonania robót budowlanych, czego nie można w żaden sposób oceniać jako wyrażenie woli po strony Zamawiającego do zmiany treści Umowy poprzez wydłużenie terminów w niej przewidzianych. Jest to całkowicie błędne rozumowanie wobec oczywistego faktu, niekwestionowanego przez nikogo, że w okresie, w którym obowiązywał bezwzględny (jak się okazało) zakaz wycinki drzew - wykonanie zobowiązania w tym terminie jest obiektywnie niemożliwe (nikt w tym terminie nie mógłby go wykonać), i bez względu na to, jakie byłoby stanowisko Zamawiającego - i tak termin wykonania robót musiałby być faktycznie przesunięty.

Wykonawca w swoim piśmie z 8.12.2017 r. wnosi o zawarcie ugody w trybie art. 54a ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z treścią projektu ugody stanowiącej załącznik do wskazanego wyżej pisma zamiarem Wykonawcy nie była zmiana Umowy w rozumieniu art. 144 Pzp, a ugoda w trybie art. 917 kc (treść § 3 ust. 1 projektu ugody).W projekcie ugody wyłącznie Wykonawca składa oświadczenie o wykonaniu Umowy w innych terminach - brak stosownego oświadczenia Zamawiającego w tym zakresie. W kontekście powyższego w odwołaniu wskazano, że charakter pisma Wykonawcy ma na celu nie zmianę terminu wykonania Umowy, bowiem zarówno Wykonawca jak i Zamawiający nie znajdują podstaw do dokonania takiej zmiany (mają

tego w dacie wymiany korespondencji świadomość), lecz przede wszystkim rozwianie wątpliwości co do tego, czy w związku z przedmiotowym opóźnieniem z przyczyn niezależnych od wykonawcy dojdzie do naliczenia kar umownych, co może mieć wymierny wpływ na realizację inwestycji (czy w ogóle dojdzie do jej zrealizowania).

Podstawowym i jedynym wydzwikiem pisma, co wynika również z dalszych tak rozmów z przedstawicielami Wykonawcy jak i wzajemnej korespondencji, jest wyrażenie zrozumienia dla argumentacji Wykonawcy i wskazania wzajemnej świadomości obiektywnej niemożności realizacji zamówienia w okresie ochronnym, oraz że w innym najbliższym okresie wskazanym przez Wykonawcę zamówienie nie może zostać zrealizowane. Powyższe było podstawą do wyrażenia w piśmie stanowiska o braku podstaw do wyciągania wobec Wykonawcy konsekwencji w postaci możliwości naliczania kar umownych.

Tymczasem RKO w skarżonym orzeczeniu zwróciła uwagę wyłącznie na użycie zwrotu „określam” jako przesądzającego o tym, że doszło do zmiany Umowy. Taka analiza jest w ocenie Obwinionego oczywiście błędna, stoi bowiem w jaskrawej sprzeczności z wolą stron.

Oceniając argumentację RKO (ale również Najwyższej Izby Kontroli) należałoby uznać, że w takiej sytuacji Zamawiający w ogóle nie powinien przedstawiać jakiegokolwiek stanowiska, co jest absurdem. Nie wymaga szerszego komentarza i powoływania się na poszczególne zasady doświadczenia życiowego to, iż jeżeli dłużnik z przyczyn obiektywnych (ale również innych przyczyn - nawet zależnych od niego) opóźnia się bądź może opóźnić się ze spełnieniem świadczenia to powinien przedstawić wierzycielowi swoje stanowisko podając przewidywalny termin wykonania i oczekuje w tym zakresie określonego stanowiska wierzyciela. Natomiast, jeżeli bezwzględnie obowiązujące przepisy nie przewidują możliwości zmiany terminu realizacji umowy, to nie oznacza to, że wierzyciel nie może zająć jakiegokolwiek stanowiska w sprawie - pod warunkiem że nie dokona zmiany umowy, a w niniejszej sprawie do takiej zmiany właśnie nie doszło.

Skoro przedstawiciele Zamawiającego z pełną konsekwencją w rozmowach z przedstawicielami Wykonawcy podkreślali, że brak jest podstaw do zmiany Umowy w zakresie jej terminów co do okresu związanego z zakazem wycinki drzew, powołując się na brak takiej przesłanki w Umowie jak również ocenę, iż nie ma również takiej możliwości w art. 144 Pzp to nie sposób uznawać, że nagle w sposób przeczący logice

w odpowiedzi na pismo Wykonawcy, Zamawiający dokonuje zmiany treści zawartej Umowy.

Zgodnie z komentarzem P. Machnikowski: Komentarz do art. 65 kc [w:] E. Gniewek (red.): Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 9, Legalis/el 2019) we współczesnej nauce polskiej oraz w najnowszym orzecznictwie (...) rozumie się zgodnie z założeniami tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenia zaufania innych osób. W komentarzu tym wskazano również na pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 22.3.2006 r. III CSK 30/06, w którym stwierdzono, że „Tekst umowy interpretowany według reguł językowych stanowi podstawę do przypisania mu takiego sensu jaki ma na gruncie danego języka. Strona umowy powinna go rozumieć zgodnie z zasadami składniowymi i znaczeniowymi języka, w którym ten dokument został sporządzony. Jest to tylko jednak domniemanie, które nie wiąże bezwzględnie. Strony mogą inaczej rozumieć określony fragment tekstu umowy, albo jedna ze stron miała dostateczne podstawy, aby przypisać mu różne - od powszechnego - znaczenie. Wówczas taki stan w toku interpretacji oświadczeń woli należy uwzględnić. Interpretując umowę na podstawie reguł językowych należy brać pod uwagę nie tylko kontrowersyjny fragment tekstu, ale jednocześnie uwzględnić inne związane postanowienia umowy czyli tzw. kontekst językowy” (tak również SN w wyroku z 27.6.2007 r., II CSK 129/07, Legalis). Komentatorzy podkreślają również, że „orzecznictwo stale podkreśla przy tym niedopuszczalność ograniczenia się w interpretacji do tego fragmentu tekstu, który jest sporny, ale konieczność uwzględniania innych postanowień umowy, czyli tzw. kontekstu językowego (zob. np. wyr. SN: z 22.3.2006 r., III CSK 30/06, Legalis, z 27.6.2007 r., II CSK 129/07, Legalis, z 25.3.2011 r., II CSK 244/07, Legalis). Ponadto nie traktuje ono interpretacji dokumentu jako samodzielnego, odrębnego sposobu wykładni, ale podkreśla jej łączność z badaniem celu stron i okoliczności ich działania (zob. np. wyr. SN z 26.05.2006 r., V CSK 73/06, Legalis, oraz z 12.4.2013 r., IV CSK 569/12, Legalis). Spośród innych źródeł informacji o rzeczywistej woli stron i sposobie rozumienia przez nie postanowień umowy należy wymienić: zeznania osób, które umowę zawarły; inne oświadczenia stron czynności prawnej składane sobie nawzajem i innym osobom w czasie zbliżonym do momentu zawarcia umowy (w tym inne umowy, oświadczenia

składane w toku negocjacji itp.) oraz inne zachowania stron podjęte po zawarciu umowy, zwłaszcza sposób jej wykonywania (...)

Autorzy ww. komentarza spośród dyrektyw obiektywnej wykładni językowej oświadczeń woli stron wskazują na kontekst językowy, którego zasadą jest branie pod uwagę innych wypowiedzi składające się łącznie na jakąś całość (inne fragmenty tego samego oświadczenia woli, a także inne oświadczenia woli z którymi interpretowane oświadczenie jest związane, ale nie dokumenty wewnętrzne tylko jednej ze stron umowy, jak również kontekst sytuacyjny w ramach którego należy uwzględniać dotychczasową praktykę stron (np. treść i sposób realizacji ich wcześniejszych umów) oraz ich kontakty poprzedzające złożenie interpretowanego oświadczenia (np. przebieg negocjacji).

Mając powyższe na uwadze RKO dokonując analizy treści pisma z 15.12.2017 r. nie uwzględniła wykładni oraz wytycznych wynikających z treści art. 65 kc.

W wyjaśnieniach Prezydenta Miasta Rybnika z 20.02.2019 r. do NIK stanowiących odpowiedź na pismo NIK z 18.02.2019 r. w którym pytano o podanie jednoznacznego terminu wykonania Umowy, wskazano przywołując stosowną argumentację, że „Tym samym uważam, że §5 ust. 1 powinien brzmieć „wykonania robót budowlanych w terminie do 3 września 2019 roku”. Jednak ze względu na brak zapisu w §18 ust. 1 umowy D-IY.272.2.2017 z dnia 25 kwietnia 2017 roku dotyczącego wycinki drzew brak jest i było podstaw do sporządzenia aneksu w tym zakresie.” Przy czym zwrot „aneks” należy interpretować szeroko a nie wyłącznie co do formy (na co wskazano na wstępie odwołania).

Powyższe ewidentnie daniem Obwinionego świadczy o tym, że Zamawiający nigdy nie uważał, że doszło do zmiany Umowy oraz, że celem pisma z 15.12.2017 r. nie było dokonanie takiej zmiany.

Pominięte zupełnie przez RKO zostały:

- korespondencja mailowa Wykonawcy do Zamawiającego z lipca 2019r., w której powołuje się on na konieczność rozwiania wątpliwości interpretacyjnych związanych z pismem D-IV.7013.9.2017 z dnia 15.12.2017 r.,
- podnoszona przez Obwinionego kwestia tego, że przedstawiciele Wykonawcy w rozmowach z przedstawicielami Miasta konsekwentnie obawiali się, że Miasto naliczy kary umowne za okres opóźnienia w realizacji prac wynikających z niemożności wycinki drzew, mimo pisma z 15.12.2017 r.

Wskazuje to również dobitnie na to, że również Wykonawca nie uznawał, że pismo z 15.12.2017 r. doprowadziło do zmiany treści Umowy (mając na uwadze świadomość stron co do tego, że nie było podstaw do zmiany treści Umowy). Wniosek taki wynika również z tego, że Wykonawca jest profesjonalistą i jako taki, co oczywiste, miał świadomość, że do zmiany Umowy nie może dojść jak również, że pismo to nie stanowiło zmiany tejże Umowy.

Odnosząc się do kwestii późniejszych aneksów w odwołaniu wskazano na następującą argumentację.

Gdyby pismo z 15.12.2017 r. było przez strony traktowane jako zmiana Umowy, to późniejsze aneksy wydłużające terminy realizacji, operowałyby konkretnymi datami mogącymi odnosić się do przedstawionego przez Wykonawcę w piśmie z 8.12.2017 r. terminu. Gdyby Wykonawca był odmiennego zdania, domagałby się operowania w aneksach konkretnymi datami. Właśnie dlatego, nie mogąc uwzględnić jako elementu zmiany treści Umowy okresu 172 dni, w którym nie była możliwa wycinka drzew, a który to okres faktycznie wydłużył realizację prac, aneksy z uwagi na konieczność ich zawarcia z przyczyn przewidzianych w Umowie, nie mogły odnosić się skutecznie do tego faktycznego przesunięcia. Dlatego też stanowisko RKO, że pomimo tego, że dokonano konwalidacji oświadczenia Obwinionego poprzez zawierania kolejnych aneksów do Umowy uwzględniających terminy wynikające z pisma z 15.12.2017 r., jest błędne. To, że w aneksach miano na uwadze pismo z 15.12.2017 r. nie oznaczało w żadnej mierze faktu, iż dokonano zmiany Umowy. Przesunięty termin o okres 172 dni nie był bowiem nigdy traktowany jako wynikający ze zmiany Umowy, lecz jako faktyczny okres opóźnienia z przyczyn obiektywnie niezależnych, który należy mieć na uwadze dokonując ewentualnych zmian w Umowie. Odmienna interpretacja oznaczałaby, że wobec 172 dniowego opóźnienia ze strony Wykonawcy, nie jest możliwe już zawieranie jakichkolwiek aneksów wydłużających jej okres (nie ma to sensu bo przecież Wykonawca opóźnia się już o 172 dni).

Niezależnie od powyższego w odwołaniu wyrażono opinię, że konwalidacja oświadczenia złożonego niezgodnie z reprezentacją podmiotu winna przybrać formę czynności prawnej, której treść w sposób jednoznaczny wskaże na zamiar dokonania tej czynności. Tym czasem z treści zawieranych aneksów do Umowy nie sposób wywnioskować, iż zamiarem Zamawiającego była konwalidacja oświadczenia złożonego pismem z dnia 15.12.2017 r.

Dlatego mając powyższe na uwadze nie sposób uznać było, że pismem z 15.12.2017 r. doszło do zmiany Umowy.

Następnie odniesiono się do kwestii dopuszczalności zmiany Umowy. Obwiniony wskazał, iż w razie uznania, że pismem z 15.12.2017 r. jednak doszło do zmiany treści Umowy, orzeczeniu RKO zarzucić należy pominięcie analizy i rozważania, czy w istocie rzeczy zmiana Umowy (niezależnie od stanowisk Zamawiającego oraz Wykonawcy) była niedopuszczalna w świetle treści art. 144 Pzp. Zdawkowe jest uzasadnienie orzeczenia bazujące wyłącznie na stwierdzeniu, że „Zmiana taka nie wpisywała się również z pozostałe, wynikające z art. 144 ust. 1 Pzp przypadki warunkujące dopuszczalność modyfikacji postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W tym zakresie podnieść należy, że uzasadnienie nie spełnia przesłanki przewidzianej w art. 137 ust. 2 pkt 3 uondfp.

Zgodnie z komentarzem Winiarz/red. Misiąg do art. 137 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (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).”.

W tym zakresie w odwołaniu wskazano, że orzeczenie RKO nie sprostало ww. wymogom w zakresie, w jakim pominęło w motywach analizę dopuszczalności zmiany umowy w kontekście art. 144 Pzp.

W szczególności RKO pominęła analizę tego, czy w okolicznościach sprawy, przy przyjęciu, że doszło do zmiany Umowy, czy zmiana ta mogła jednak zostać uznana za dopuszczalną w świetle art. 144 Pzp.

Spośród dopuszczalnych przesłanek art. 144 Pzp przesłanka wskazana w ust. 1 pkt 5 i stanowi, że dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie o zamówienie publiczne niezależnie od jej wartości, jeżeli zmiana nie jest istotna w rozumieniu ust. 1e. Gdyby zdaniem Obwinionego przyjąć, że pismem z 15.12.2017 r. doszło do zmiany treści Umowy, to dokonując oceny tejże zmiany z punktu widzenia jej dopuszczalności w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 5 i ust. 1e Pzp wskazać należy, co następuje:

- niewątpliwie nie zmienił się ogólny charakter umowy w stosunku do umowy w pierwotnym brzmieniu,
- zmiana nie narusza równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie,
- zmiana nie rozszerza w żaden sposób ani nie zmniejsza zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy,
- nie doszło do zastąpienia wykonawcy, któremu udzielono zamówienia innym wykonawcą.

Pozostało - w opinii Obwinionego – do przeanalizowania przesłanka polegająca na dokonaniu oceny tego, czy „zmiana 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 tej mierze wskazano, że ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane 12 października 2016 r. Punktowne dodatkowo było wykonanie niektórych etapów w określonych terminach - w tym etapu kluczowego, który - aby go zrealizować - wymagał wycinki drzew na określonym obszarze. Bez wycinki realizacja zamówienia była niemożliwa. Procedura przetargowa wraz z kontrolą następczą przetargu realizowaną przez Urząd Zamówień Publicznych objęła taki okres, że do zawarcia Umowy mogło dojść dopiero w kwietniu 2017 roku (faktycznie doszło 25 kwietnia 2017 r.), a więc w okresie ochronnym (marzec - połowa października). I tak:

- 21 października 2016 r. wniesione zostało odwołanie od zapisów SIWZ,
- 21 listopada 2016 r. doręczone zostało orzeczenie KIO,
- w ramach procedury przetargowej wpłynęło 221 pytań, do wyboru wykonawcy doszło 6 marca 2017 r.,
- 21 grudnia 2016 r. upłynął termin do składania ofert
- 2 lutego, 9 lutego, 16 lutego i 3 marca 2017 r. wysłane zostały wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie treści ofert,
- 9 marca 2017 r. przesłano dokumentację do UZP,
- 19 kwietnia 2017 r. doręczone zostały wyniki kontroli uprzedniej z UZP.

Obwiniony podkreślił, iż z uwagi na wartość i zakres zleczanych w przetargu zadań czas trwania przetargu jak i kontroli uprzedniej był przewidywalny co do długości. Oznacza to, że każdy, nawet potencjalny oferent przewidywał, a co najmniej mógł przewidzieć, że z uwagi na ten czasokres może dojść do zawarcia umowy w okresie ochronnym. Po drugie każdy oferent mógł zakładać, w związku z tym, że jeżeli do zawarcia umowy dojdzie w okresie ochronnym, to realizacja umowy w tym okresie na obszarze objętym ochroną okaże się nierealna (niemożność wycinki drzew obiektywnie wyklucza możliwość prowadzenia prac budowlanych jakąkolwiek metodą). Skoro tak, to również każdy oferent mógł zakładać i powinien zakładać, że obiektywna niemożność realizacji etapu I w przewidzianym terminie nie będzie obarczona ze strony Zamawiającego jakimikolwiek sankcjami (w szczególności karami umownymi). Kary umowne przewidziano bowiem za zwłokę, a więc kwalifikowaną formę opóźnienia. Takie założenie należy przyjąć tym bardziej, skoro wszyscy oferenci, którzy wzięli udział w przetargu złożyli identyczne w zakresie oferowanych terminów, oferty (zaoferowano analogiczne okresy). Zatem opóźnienie w realizacji etapu I musiało nastąpić o okres zakazu wycinki drzew, a więc cały termin ulegał faktycznemu przesunięciu i każdy z wykonawców postawiony byłby w takiej samej sytuacji. Skoro tak, to dla każdego faktycznego jak i potencjalnego oferenta obiektywne opóźnienie w realizacji kontraktu byłoby oczywiste, a niemożność wyciągania wobec niego konsekwencji w postaci domagania się zapłaty kar umownych miała taki wpływ, że bez znaczenia był brak postanowienia umownego umożliwiającego aneksowanie umowy o okres odpowiadający zakazowi wycinki drzew.

Bez znaczenia byłoby także, w razie uznania, że pismem z 15.12.2017 r. doszło do zmiany Umowy poprzez wydłużenie terminu jej realizacji, dla potencjalnego oferenta

czy do takiej zmiany może czy nie może dojść - skoro okoliczność zakazu wycinki drzew była od niego niezależna

Zatem uznać należy, że taka zmiana nie miała ani faktycznego ani potencjalnego skutku polegającego na tym, że gdyby była przewidziana w SIWZ to w postępowaniu mogliby wziąć inni wykonawcy, a tym bardziej złożono by oferty o innej treści.

RKO uznając zatem, że w jej ocenie doszło do zmiany Umowy powinna wykazać w drodze analizy treści art. 144 Pzp, dlaczego w jej ocenie nie została spełniona żadna przesłanka przewidziana w tym przepisie, a nie poprzestając wyłącznie na zdawkowej konstatacji, że przesłanki te nie zostały spełnione. W tej mierze uzasadnienie nie spełnia wymogów przewidzianych w art. 137 uodfp.

Niezależnie od powyższego zdaniem Obwinionego RKO wydając orzeczenie nie zebrała w sposób wyczerpujący materiału dowodowego, czym naruszyła przepis art. 89 uodfp. Nie sposób bowiem w sposób wszechstronny ocenić, czy w konkretnej sytuacji doszło do naruszenia przepisu art. 144 Pzp bez zapoznania się choćby w częściowym zakresie z dokumentacją przetargową. Obwiniony na rozprawie w dniu 10.02.2020 r. podnosił, iż nawet gdyby przyjąć, że pismo z dnia 15.12.2017 r. stanowiło zmianę Umowy - to była to zmiana nieistotna. W prowadzonym postępowaniu RKO nie wykazała, aby wydłużenie terminów Umowy miało charakter istotny - w przetargu brało udział 5 wykonawców i wszyscy określili w sposób jednakowy termin wykonania przedmiotu Umowy. Ocena zmiany terminu wykonania zadania musi być odnoszona do dokumentacji będącej przedmiotem postępowania. Bez odniesienia się do zawartych tam postanowień nie można z góry określić jaki charakter ma zmiana, bo nie daje się ustalić wpływu tej zmiany na treść umowy i pośrednio wybór oferenta. Podkreślenia wymaga fakt, że parametr terminu wykonania umowy nie wpływał na wybór oferenta, bo wszyscy złożyli w tym zakresie taką samą ofertę. Tak więc to nie termin decydował o korzystności oferty a cena. W zaistniałej sytuacji nawet jeżeliby przyjąć, że pismo z dnia 15.12.2017 r. stanowiło zmianę Umowy to, zmiana ta była prawnie dopuszczalna.

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

W wyniku rozpoznania sprawy GKO doszła do przekonania, iż stan faktyczny został przez RKO ustalony prawidłowo i przyjmuje poczynione przez RKO ustalenia za

własne. Natomiast GKO nie podziela dokonanej przez RKO oceny prawnej, w konsekwencji czego uchyliła zaskarżone orzeczenie i uniewinniła Obwinionego.

W ocenie GKO pisma Wykonawcy z 8 grudnia 2017 roku oraz odpowiedzi Zamawiającego z 15 grudnia 2017 roku, zarówno w świetle brzmienia tej korespondencji, jak i okoliczności sprawy, nie sposób zakwalifikować jako zmiany Umowy.

Zaznaczenia wymaga, iż pismo Wykonawcy z 8 grudnia 2017 roku (dalej „Wniosek”) stanowi m.in. propozycję zawarcia ugody w związku z opóźnieniem w realizacji Umowy wynikającym z braku możliwości dokonania w okresie ochronnym wycinki drzew. Treści projektu ugody wprost wskazuje się, że nie stanowi ona zmiany Umowy. Zatem Wykonawca nie zmierzał do zmiany terminu realizacji Umowy, lecz oczekiwał usunięcia niepewności dotyczącej skutków opóźnienia w wykonaniu zobowiązań umownych, w szczególności związanej z możliwością naliczenia przez Zamawiającego kar umownych oraz uregulowania kwestii kosztów związanych z opóźnieniem.

Z kolei Zamawiający konsekwentnie wskazuje na brak podstaw prawnych zmiany Umowy i wydłużenia terminu realizacji. Nie zmienia swojego stanowiska także w piśmie z 15 grudnia 2017 roku. Stwierdzenie w nim, że Zamawiający „określa” termin realizacji Umowy nie może być interpretowane w oderwaniu od okoliczności oraz wbrew intencji stron Umowy artykułowanej przykładowo w powołanej przez Obwinionego korespondencji mailowej Wykonawcy do Zamawiającego z lipca 2019 roku, w której odwołuje się on do konieczności rozwiania wątpliwości związanych z pismem z 15 grudnia 2017 roku. Jak wskazywał Obwiniony przedstawiciele Wykonawcy w rozmowach z Zamawiającym obawiali się, że Zamawiający naliczy kary umowne, mimo pisma z 15 grudnia 2017 roku. Gdyby Wykonawca uznawał, że Wnioskiem oraz pismem z 15 grudnia 2017 roku zmieniono Umowę, nie miał by żadnych podstaw do formułowania tego rodzaju obaw. Zatem pismo z 15 grudnia 2017 roku należy kwalifikować jako oświadczenie wiedzy Zamawiającego stanowiącego przyjęcie do wiadomości stanowiska Wykonawcy odnośnie m.in. opóźnień w realizacji Umowy oraz deklarowanego terminu realizacji uwzględniającego 172 - dniowe opóźnienie. Za takim rozumieniem omawianego pisma przemawia dalsza jego treść, w której Zamawiający odnosi się do braku podstaw do naliczenia Wykonawcy kar umownych za opóźnienie wynikające okresu ochronnego. Stanowisko to potwierdzają

m.in notatki z 4 września 2018 roku i 28 września 2018 roku oraz 29 października 2018 roku, w których wskazano, że pismem z 15 grudnia 2017 roku Zamawiający „przyjął do wiadomości” fakt opóźnienia w realizacji Umowy o 172 dni wynikający z braku możliwości wycinki drzew.

Nie zmienia tej oceny treść kolejnych aneksów do Umowy, które nie dowodzą ani nie potwierdzają, że 15 grudnia 2017 roku doszło do zmiany Umowy. Opóźnienie w wykonaniu Umowy o 172 dni, wynikające z braku możliwości wycinku drzew przez ten okres, stanowi okoliczność faktyczną, której nie można pominąć ustalając terminy realizacji Umowy. Tym samym także nie sposób wywodzić z treści kolejnych aneksów do Umowy, że stanowią (jeśli przyjąć, że pismo z 15 grudnia 2017 roku to oświadczenie woli Zamawiającego ukierunkowane na zmianę Umowy) potwierdzenie czynności Obwinionego dokonanej z przekroczeniem umocowania.

Podkreślić należy, że zasady wykładni oświadczeń woli jak i wiedzy reguluje art.65 k.c., jak również odsyłający do tego przepisu art.65¹ - w omawianej sprawie w zakresie oświadczenia wiedzy. Zatem zgodnie z treścią art.65§1 kc oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Dodatkowo §2 powołanego artykułu stanowi, że w umowach należy raczej badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

W realiach sprawy zarówno treść analizowanej korespondencji z grudnia 2017 roku, jak i okoliczności towarzyszące w szczególności artykułowany przez Wykonawcę brak pewności, że Zamawiający nie naliczy kar umownych za opóźnienie 172 dni oraz jednoznaczne stanowisko Zamawiającego, akceptowane przez Wykonawcę o braku podstaw prawnych do zmiany Umowy, nie pozwalają na przyjęcie, że zgodnym zamiarem stron Umowy było dokonanie jej zmiany i wydłużenie terminu realizacji o 172 dni. Zaznaczyć także należy, kierując się doświadczeniem życiowym, że gdyby zgodnym zamiarem stron było dokonanie zmiany Umowy, biorąc pod uwagę, że strony modyfikował Umowę wiele razy, także i w tym przypadku zawarły by aneks. Brak w rozważaniach RKO wyjaśnienia, dlaczego w tym przypadku zmiana Umowy nie przyjęła formy aneksu.

W konsekwencji zasadne było orzeczenie, jak w sentencji, bowiem zdaniem GKO Zamawiający i Wykonawca nie dokonali z dniem 15 grudnia 2017 roku zmiany Umowy.

Dalej zauważyć dodatkowo trzeba, że orzeczenie RKO nie wytrzymuje krytyki w zakresie dotyczącym obowiązku wyczerpującego uzasadnienia orzeczenia wymaganego przepisem art. 137 ust. 2 uondfp. RKO lakonicznie stwierdziła, iż w realiach sprawy żadna z przesłanek uprawniających Zamawiającego do zmiany Umowy nie zaktualizowała się. Brak w tym zakresie zarówno przytoczenia adekwatnych okoliczności faktycznych, jak i rozważań prawnych. Zaprezentowane stanowisko RKO pozostało całkowicie gołosłowne - nie wynika z analizy okoliczności faktycznych sprawy w kontekście poszczególnych podstaw zmiany umowy określonych przepisem art. 144 ust. 1 Pzp. Tym czasem realia sprawy dają podstawę do uznania, w świetle okoliczności zaprezentowanych przez Obwinionego, że kwestionowana zmiana terminu realizacji Umowy (jeśli została by dokonana) mogłaby być zakwalifikowana jako zmiana nieistotna w stosunku do treści oferty, a tym samym dopuszczalna na gruncie przepisu art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp. Harmonogram postępowania o zamówienie objęte Umową zaprezentowany w odwołaniu wskazuje w szczególności, iż termin składania ofert ustalony był na 21 grudnia 2016 roku, a wyboru oferty Zamawiający dokonał 6 marca 2017 roku. Umowa została zawarta 25 kwietnia 2017 roku, tj. niezwłocznie po otrzymaniu 19 kwietnia 2017 roku wyników kontroli Prezesa UZP. Zważywszy, że postępowanie poddane miało być obligatoryjnej kontroli Prezesa UZP oraz, że wykonawca nie ma żadnego wpływu na czas, który zamawiający będzie potrzebował do zbadania i oceny ofert, czy na czas trwania kontroli Prezesa UZP, każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie (bądź rozważających wzięcie udziału w tym postępowaniu), mógł zakładać, że umowa zostanie zawarta już w okresie ochronnym uniemożliwiając terminowe wykonanie umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy (w tym przypadku wycinka drzew byłaby możliwa wyłącznie za zgodą właściwych organów, tj. RDOŚ – por. Notatka służbowa Zamawiającego z 14 grudnia 2017 roku). Jednocześnie każdy z uczestników rynku mógł zapoznać się z projektem umowy zawartym w SIWZ, w którym kary umowne zostały przewidziane wyłącznie za zwłokę w realizacji umowy i złożyć ofertę przyjmując, iż brak będzie podstaw do naliczenia kar umownych.

Biorąc powyższe pod uwagę, GKO orzekła jak w sentencji.