

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, dnia 5 lipca 2021 r.

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

Przewodniczący:	Członek GKO:	Piotr Kaczorkiewicz
Członkowie:	Członek GKO:	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
	Członek GKO:	Hubert Kaczmarczyk
Protokolant:		Dorota Machnicka

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

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2021 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Pana (...) (zam. ul. ...), pełniącego w okresie popełnienia czynu funkcję Zastępcy Prezydenta Miasta (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt ZDB-4100-24/2019, którym Regionalna Komisja Orzekająca uniewinniła Pana (...) od zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegających na tym, że:

1. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta (...) na mocy art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, oraz udzielanie zamówień:
 - w dniu 27 czerwca 2017 r. zawarł w imieniu Miasta (...) umowę nr (...) na realizację zadania 1 pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...), na kwotę 156.000,90 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem(...), w sytuacji gdy wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy

oraz kolejnych 7 dni po zawarciu umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu 7 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy;

- w dniu 4 lipca 2017 r. zawarł w imieniu Miasta umowę nr (...) na realizację zadania 2 pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...), na kwotę 331.130,32 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r., zawartej z Województwem (...), w sytuacji gdy wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy oraz kolejnych 10 dni po zawarciu umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w formie gwarancji ubezpieczeniowej 10 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy;

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.

o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289) – zwanej dalej uondfp,

2. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta (...) na mocy art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, oraz udzielanie zamówień w dniu 4 stycznia 2018 r. zawarł w imieniu Miasta umowę nr (...) na realizację zadania pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą(...), na kwotę 282.900,00 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem, w sytuacji gdy wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy oraz kolejnych 7 dni po zawarciu umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu 7 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy;

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1c uondfp,

3. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta na mocy art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, oraz udzielanie zamówień w dniu 4 stycznia 2018 r. zawarł w imieniu Miasta (...) umowę nr (...) na realizację zadania pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...) na kwotę 499.941,00 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem (...), w sytuacji gdy wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy oraz kolejnych 11 dni po zawarciu umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w formie gwarancji ubezpieczeniowej 11 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy;

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1c uondfp,

4. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta (...) na mocy art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, oraz udzielanie zamówień w dniu 4 stycznia 2018 r. zawarł w imieniu Miasta umowę nr (...) na realizację zadania pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...), na kwotę 575.640,00 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem (...), w sytuacji gdy wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu 1 dzień po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 1c uondfp,
5. będąc umocowanym przez Prezydenta Miasta (...) do zawierania umów i składania oświadczeń woli dotyczących realizacji zawartych umów, zmian i rozwiązywania umów:

- w dniu 27 czerwca 2017 r. zawierając w imieniu Miasta (...) umowę nr (...) na realizację zadania 1 pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...), na kwotę 156.000,90 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem (...), dokonał jednocześnie zmiany przedmiotowej umowy wbrew dyspozycji przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu 7 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawarty był w § 8 ust. 1 umowy z dnia 27 czerwca 2017 r.;
- w dniu 4 lipca 2017 r. zawierając w imieniu Miasta (...) umowę nr (...) na realizację zadania 2 pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...), na kwotę 331.130,32 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r., zawartej z Województwem (...), dokonał jednocześnie zmiany przedmiotowej umowy wbrew dyspozycji przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w formie gwarancji ubezpieczeniowej 10 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawarty był w § 8 ust. 1 umowy z dnia 4 lipca 2017 r.; tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 6 uondfp,
- 6. będąc umocowanym przez Prezydenta Miasta (...) do zawierania umów i składania oświadczeń woli dotyczących realizacji zawartych umów, zmian i rozwiązywania umów, w dniu 4 stycznia 2018 r. zawierając w imieniu Miasta (...) umowę nr (...) na realizację zadania pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...), na kwotę 282.900,00 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem, dokonał jednocześnie zmiany przedmiotowej umowy wbrew dyspozycji przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu 7 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawarty był

w § 9 ust. 1 umowy z dnia 4 stycznia 2018 r.;

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 6 uondfp,

7. będąc umocowanym przez Prezydenta Miasta (...) do zawierania umów i składania oświadczeń woli dotyczących realizacji zawartych umów, zmian i rozwiązywania umów, w dniu 4 stycznia 2018 r. zawierając w imieniu Miasta (...) umowę na realizację zadania pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...) na kwotę 499.941,00 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem, dokonał jednocześnie zmiany przedmiotowej umowy wbrew dyspozycji przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w formie gwarancji ubezpieczeniowej 11 dni po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawarty był w § 9 ust. 1 umowy z dnia 4 stycznia 2018 r.;

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 6 uondfp,

8. będąc umocowanym przez Prezydenta Miasta (...) do zawierania umów i składania oświadczeń woli dotyczących realizacji zawartych umów, zmian i rozwiązywania umów, w dniu 4 stycznia 2018 r. zawierając w imieniu Miasta (...) umowę nr (...) na realizację zadania pn. (...) z wyłonionym w drodze postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego wykonawcą (...), na kwotę 575.640,00 zł brutto, realizowanego w ramach projektu pn. (...), na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. zawartej z Województwem (...), dokonał jednocześnie zmiany przedmiotowej umowy wbrew dyspozycji przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazany wykonawca w dniu zawarcia umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu 1 dzień po zawarciu umowy - pomimo, iż wymóg taki wynikał z art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawarty był w § 9 ust. 1 umowy z dnia 4 stycznia 2018 r.;

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 6 uondfp,

9. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta (...) za wykorzystanie środków europejskich w ramach projektu (...) realizowanego przez Miasto (...) na podstawie umowy nr (...) z dnia 31.08.2016 r. o dofinansowanie projektu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego na wykonanie zadania 1 pn. (.) realizowanego na podstawie umowy nr (...) zawartej w dniu 27.06.2017 r. z (...), oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania 2 pn. (...) realizowanego na podstawie umowy nr (...) zawartej w dniu 04.07.2017 r. z (...), naruszył przepis art. 94 ust. 3 oraz art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), co w konsekwencji spowodowało wykorzystanie środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu określonych przywołanymi powyżej przepisami Prawa zamówień publicznych w wysokości łącznie 122.760,03 zł

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 13 pkt 6 lit. a) uondfp,

10. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta (.) za wykorzystanie środków europejskich w ramach projektu (...) realizowanego przez Miasto (.) na podstawie umowy nr (.) z dnia 31.08.2016 o dofinansowanie projektu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania (...) realizowanego na podstawie umowy nr (...) zawartej w dniu 4.01.2018 r. z (...), naruszył przepis art. 94 ust. 3 oraz art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), co w konsekwencji spowodowało wykorzystanie środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu określonych przywołanymi powyżej przepisami Prawa zamówień publicznych w wysokości 30.996,75 zł

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 13 pkt 6 lit. a) uondfp,

11. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta (.) za wykorzystanie środków europejskich w ramach projektu (...) realizowanego przez Miasto (.) na podstawie umowy nr (.) z dnia 31.08.2016 r. o dofinansowanie projektu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania (...) realizowanego na podstawie umowy nr (...) zawartej w dniu 04.01.2018 z (...), naruszył przepis art. 94 ust. 3 oraz art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), co w konsekwencji spowodowało wykorzystanie środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych

z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu określonych przywołanymi powyżej przepisami Prawa zamówień publicznych w wysokości 100.790,53 zł

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 13 pkt 6 lit. a) uondfp,

12. będąc odpowiedzialnym w imieniu Miasta (.) za wykorzystanie środków europejskich w ramach projektu (...) realizowanego przez Miasto (.) na podstawie umowy nr (.) z dnia 31.08.2016 r. o dofinansowanie projektu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania (...) realizowanego na podstawie umowy nr (...) zawartej w dniu 4.01.2018 r. z (...), naruszył przepis art. 94 ust. 3 oraz art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), co w konsekwencji spowodowało wykorzystanie środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu określonych przywołanymi powyżej przepisami Prawa zamówień publicznych w wysokości 105.822,89 zł

tj. o popełnienie czynu określonego w art. 13 pkt 6 lit. a) uondfp,

Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarbu Państwa.

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z 23 listopada 2020 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu (dalej „RKO”) uniewinniła (.) (dalej „Obwiniony”) od naruszeń dyscypliny finansów publicznych szczegółowo opisanych w uzasadnianym orzeczeniu. W uzasadnieniu

rozstrzygnięcia RKO wskazała, że Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu, wnioskiem o ukaranie z dnia 3 października 2019 r. (sygn. akt ZRD-4110- 18/2018), wniósł o uznanie Obwinionego, pełniącego w czasie popełnienia zarzucanych czynów funkcję Zastępcy Prezydenta Miasta (.), za odpowiedzialnego popełnienia czynów opisanych w uzasadnianym orzeczeniu. Wniosek zawierał szczegółowy opis czynów zarzucanych Obwinionemu oraz wskazanie motywów, którymi Rzecznik kierował się przy jego sporządzeniu. Za popełnienie zarzucanych czynów Rzecznik wniósł o wymierzenie Obwinionemu kary nagany i obciążenie go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania. Rzecznik wskazał, iż Obwiniony przed popełnieniem zarzucanych czynów nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. RKO przeprowadziła w sprawie rozprawę w dniach 9 marca 2020 r., 7 września 2020 r., 23 października 2020 r. oraz 23 listopada 2020 r. Obwiniony uczestniczył we wszystkich terminach rozprawy osobiście. W toku postępowania Obwiniony złożył obszerne wyjaśnienia akcentując przede wszystkim, iż złożenie podpisu przez Zastępcę Prezydenta wieńczy proces, w który zaangażowane jest wiele osób, a wszystkie są zobowiązane do przestrzegania określonych procedur, w tym procedur wynikających z przepisów o zamówieniach publicznych. „[...]Na umowie kierowanej do podpisu znajdują się wszystkie akceptacje wyrażone w formie zaparafowanych potwierdzeń poszczególnych komórek tzn. wzór umowy jest parafowany przez Radcę Prawnego, Skarbnika bądź inną upoważnioną osobę potwierdzającą istnienie tej pozycji w planie finansowym, Naczelnika bądź inną upoważnioną osobę odpowiadającą merytorycznie za realizację tego zadania. Te podpisy zgodnie z istniejącymi instrukcjami obiegu dokumentów oznaczają, że wszystkie wymogi formalne związane z przeprowadzeniem tej procedury zostały spełnione zgodnie z procedurami. Upoważniony Zastępca Prezydenta Miasta w ramach postępowania przetargowego może zaakceptować wybór komisji ale nie dokonuje sam wyboru. We wniosku mowa jest o odpowiedzialności za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego, wskazuję zatem, że przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania nie zajmuje się Zastępca Prezydenta Miasta (.). Tymi czynnościami zajmują się inne osoby wskazane w instrukcji. Jako Prezydent nie miałem upoważnień do weryfikacji, nadzoru na kontami, na które wpłacane są gwarancje należytego wykonania umów. Również jako Zastępca Prezydenta nie posiadałem upoważnienia do przyjmowania dokumentów

bankowych, ubezpieczeń potwierdzających takie gwarancje”(k. 213a,213b,213c). Obwiniony akcentował również fakt, iż, jak wynika ze zgromadzonej dokumentacji „data nadawana umowie nie wynika z faktycznej daty złożenia podpisu przez odpowiedzialnego Prezydenta natomiast wynika z daty wprowadzenia umowy do rejestru księgowego. Zatem daty te są różne. Zarzut postawiony przez Rzecznika dotyczy podpisania przeze mnie umowy pomimo braku gwarancji, a zatem wskazuję, iż faktyczna data może się różnić od daty wynikającej z daty wprowadzenia umowy do systemu. Z informacji uzyskanych nieformalnie wiem, że prawdopodobnie po przeprowadzonym przez instytucję zarządzającą postępowaniu kontrolnym ta procedura została skorygowana w celu bardziej doskonałego odzwierciedlenia daty zawarcia umowy. Fragment [odpowiedzi Prezydenta Miasta] dotyczący systemu obiegu dokumentów wskazuje także na fakt braku rejestracji daty wewnętrznego obiegu dokumentów, a zatem nie mam możliwości potwierdzenia faktycznego wpływu danego dokumentu do sekretariatu Prezydenta. Zwracam również uwagę na fakt, iż zarówno z dokumentów przesłanych przez Prezydenta jak i przez Marszałka Województwa Opolskiego wynika, że sprawy korekt finansowych nie są rozstrzygnięte ostatecznymi orzeczeniami, przeciwnie w jednej ze spraw została złożona kasacja do NSA, a w drugiej sprawie kasacja jest zapowiadana” (k. 404). Na rozprawie 7 września 2020 r. Obwiniony złożył do RKO wnioski o zawieszenie postępowania w związku z toczącymi się postępowaniami sądowno-administracyjnymi związanymi ze zwrotem środków, do czasu uzyskania ostatecznych rozstrzygnięć, do tego wniosku przyłączył się również Rzecznik. RKO, na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r. oddaliła ów wniosek, w związku z dyspozycją art. 89 ust. 3 pkt 1, uznając iż w świetle oceny materiały dowodowej dokonanej przez RKO, okoliczność, która miała zostać udowodniona, nie ma znaczenia dla sprawy. Obwiniony skierował do RKO wnioski dowodowe w sprawie przeprowadzenia dowodów z dokumentów oraz z przesłuchań świadków, które zostały przez RKO uwzględnione. RKO zadecydowała również o uzupełnieniu materiału dowodowego z własnej inicjatywy. Na rozprawie w dniu 23 września 2020 r. na okoliczność udowodnienia procedury postępowania w zakresie przygotowania umowy do podpisu w tym uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przesłuchiwana była p. (...), Naczelnik Wydziału Infrastruktury i Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta (...). Świadek zeznała m.in., iż „W momencie kiedy otrzymujemy informację, że procedura wyboru wykonawcy została zakończona (z Wydziału Zamówień Publicznych) przystępujemy do swoich prac. W pierwszej

kolejności wypełniamy dane we wzorze umowy co do wykonawcy, następnie z parafkami umowa jest przekazana radcy prawnemu. Po złożeniu podpisu przez radcę prawnego umowa trafia do służb finansowych, które sprawdzają zaplanowanie umowy w budżecie. Umowa jest rejestrowana w naszym wewnętrznym systemie, składana jest pieczętka z podpisem pracownika oraz wpisywana jest data umowy. [...] Co do zasady o dacie umowy decydował wydział finansowy, który miał wskazać datę zabezpieczenia środków w budżecie. To czasami działo się od ręki, a czasami trwało dzień lub dwa. Po tym umowa trafiała do kontrasygnaty Skarbnika i to również zajmowało dzień lub dwa. Kolejnym krokiem było przekazanie umowy do podpisu Prezydentowi, a następnie umowa, ze wszystkimi podpisami, z naszej strony była przekazywana do Wydziału i wykonawca był powiadamiany o możliwości podpisania umowy. Czasami wykonawca proponował termin, a czasami my to robiliśmy. Do podpisania umowy wykonawca przyjeżdżał z dowodem wniesienia gwarancji należytego wykonania umowy (z potwierdzeniem przelewu albo z dokumentem). Wykonawca podpisywał tą umowę, a na naszym egzemplarzu wpisywał datę podpisania. Data złożenia podpisu przez wykonawcę była ważna ponieważ termin wykonania umowy zaczynał biec od daty złożenia podpisu przez wykonawcę". Na pytanie Obwinionego „Czy w tych wskazanych w zawiadomieniu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w rzeczywistości zabezpieczenie wykonania umowy zostało złożone przed podpisaniem przez obydwie strony?” Świadek odpowiedziała „We wszystkich przypadkach, o których mowa w zawiadomieniu wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpiło przed podpisaniem umowy przez wykonawcę. Najczęściej jeden lub dwa dni przed złożeniem podpisu. O ile pamiętam tylko w jednym przypadku złożenie podpisu przez wykonawcę nastąpiło w dniu wniesienia zabezpieczenia. Było to możliwe bo firma miała siedzibę w (...).” Na pytanie RKO „Dlaczego na umowach znajdujących się w aktach brak jest daty podpisu wykonawcy?” Świadek odpowiedziała „Na egzemplarzu znajdujących się w archiwach wydziału takie daty są udokumentowane.” Na pytanie RKO „Czy ma Pani wiedzę z jakiego powodu kwestia tego, że daty zawarte w główce umowy nie zgadzają się z datami podpisu umowy przez wykonawcę nie była zgłoszona w postępowaniu kontrolnym?” Świadek odpowiedziała „Kwestia ta była podnoszona w ramach postępowania kontrolnego. Jednak nie została wzięta pod uwagę przez kontrolujących. Umowy zawierające datę złożenia podpisu przez wykonawcę zostały przekazane do dyspozycji do Wydziału (.) który koordynował tą sprawę.” Na pytanie RKO „Czy w Pani ocenie data zawarcia umowy w

głównie umowy rzetelnie dokumentuje datę zawarcia umowy z wykonawcą? " Świadek odpowiedziała „Moim zdaniem nie. Zaznaczam, że aktualnie się to zmieniło. W obowiązującej procedurze data wpisywana jest w momencie podpisania umowy przez wykonawcę. Nie ma na umowie dwóch różnych dat.” Z kolei słuchany na tej samej rozprawie jako świadek p. (...) Naczelnik Wydziału Finansowego Urzędu Miasta (.), na pytanie Obwinionego „W jaki sposób potwierdza się wysokość i wartość środków przeznaczonych w budżecie na realizację danego zadania, a jaka data oznacza datę zawarcia umowy?” - odpowiedział: „Od 2018 r. w Urzędzie Miasta (.) został wprowadzony mechanizm rezerwacji środków w budżecie pod realizację konkretnych zobowiązań, które materializują się pod postacią umów oraz innych dokumentów. Do projektu umowy przygotowywany jest tzw. harmonogram umowy i jest to dokument, w którym naczelnik wydziału merytorycznego będący dysponentem środków wskazuje w jaki sposób dana umowa obciąża budżet. Dane te są wpisywane do systemu finansowo księgowego, czynność tą nazywamy „rezerwacja”, a na jej okoliczność na egzemplarzu umowy, który zostawiamy w Urzędzie umieszczana jest pieczęć. Następnie umowa taka jest kontrasygnowana przez Skarbnika lub osobę upoważnioną, a następnie zwracana do wydziału celem dalszej realizacji. Istniała też taka praktyka żeby ograniczyć ryzyko wskazania daty przed rezerwacją, że w tym momencie jeżeli projekt umowy nie miał wskazanej w nagłówku daty (np. miejsce było wykropkowane) to wpisywana była data rezerwacji. Jeżeli natomiast wydział, który składał umowę do rezerwacji zastrzegał, że data podpisania umowy winna być konkretnym terminem to ten termin nie był zmieniany, nie dokonywano wpisania innego terminu. Taka praktyka wynikała z faktu, że system rezerwacyjny rezerwuje te pieniądze w konkretnej dacie. Ryzyko, które miało być ograniczone przez taką praktykę to ryzyko tego, że zostanie podpisana umowa bez zabezpieczenia środków w planie finansowym.” Na kolejne pytanie Obwinionego „Czy taka praktyka powodowała, że w niektórych przypadkach data zawarcia umowy w nagłówkach mogła być datą zabezpieczenia środków w budżecie Miasta?” - odpowiedział: „Tak, można tak powiedzieć z uwagi na to, że odbywa się to jeszcze przed podpisaniem umowy, zwłaszcza przez wykonawcę, do którego ta umowa musi przecież dotrzeć.” RKO ustaliła i zważyła, że Obwiniony pełniąc funkcję zastępcy kierownika jednostki sektora finansów publicznych – podlega odpowiedzialności, na mocy art. 4 ust. 1 pkt 3 uoondfp, jako pracownik, któremu powierzono wykonywanie wszelkich czynności zastrzeżonych do kompetencji Prezydenta Miasta (.) - kierownika zamawiającego w zakresie [...] przygotowania i przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówień publicznych [oraz] zawierania umów po przeprowadzonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych postępowaniach, (k. 1). RKO dokonała także oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu czynów oraz w dacie orzekania, co przeanalizowała stosownie do wymogów art. 24 ust. 1 uondfp. RKO stwierdziła, iż treść naruszonych przepisów wskazanych we wniosku o ukaranie nie uległa zmianie. W konsekwencji RKO uznała, że wydając orzeczenie w niniejszej sprawie należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanych Obwinionemu czynów naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie była względniejsza dla sprawcy. RKO uznała również, iż Obwiniony podpisał wskazane we wniosku umowy w sprawach zamówień publicznych i dokonał tego w ramach swoich kompetencji. W toku postępowania RKO doszła jednak do przekonania, iż w sprawie budzi wątpliwości kluczowy element stanu faktycznego, tj. daty zawarcia umów wymienionych we wniosku o ukaranie. Należy podkreślić, iż daty zawarcia umów mają bezpośredni wpływ na trzy kategorie zarzutów objęte wnioskiem o ukaranie. Dotyczą one bowiem bezpośrednio:

- zarzutu udzielenia zamówienia publicznego mimo niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy co narusza art. 94 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.”. Powyższe w ocenie Rzecznika wypełniało dyspozycję art. 17 ust. 1c uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1, 1b i 1a uondfp, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- zarzutu zmiany umowy w sprawie tego zamówienia naruszającej art. 144 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z wskazanych w ustawie okoliczności. Należy

podkreślić, że w ocenie Rzecznika właśnie „dokonując zawarcia tej umowy doszło do jednocześnie zmiany jej zapisów bowiem wykonawca był zobligowany do wniesienia zabezpieczenia. W tej dacie zabezpieczenia nie były wniesione więc w mojej ocenie zezwolenie wykonawcom na zawarcie tej umowy stanowiło w istocie jej zmianę.” (k. 213b). Powyższe w ocenie Rzecznika wypełniało dyspozycję art. 17 ust. 6 uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych;

- zarzutu naruszenia wyżej wskazanych przepisów Prawa zamówień publicznych, które skutkowało zarazem zwrotem części środków do dysponenta w ramach mechanizmu korekt finansowych. Powyższe w ocenie Rzecznika wypełniało dyspozycję art. 13 pkt 6 lit. a uondfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest wykorzystanie środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w tym: procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych.

Zarówno z wyjaśnień Obwinionego, jak i zeznań świadków w szczególności p. (...) i p. (...) wynika, że data „zawarcia umowy” umiejscowiona na nagłówkach umów wymienionych we wniosku o ukaranie, nie była faktyczną datą zawarcia umowy. Wynika to najdobitniej z dokumentacji przekazanej na wniosek RKO przez Urząd Miasta (.) pismem z 29 października b.r. I tak, na umowie „z dnia 27 czerwca 2017” r. nr (.)- Prezes Wykonawcy (...), uczynił odręcną adnotację „otrzymałem 04.07.2017”. RKO podkreśliła, iż stosownie do przepisów art. 61 par. 1 Kodeksu cywilnego, „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią”. Kwestię tę w zakresie umów doprecyzowuje art. 70 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „W razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu, a jeżeli dojdzie do składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu nie jest wymagane - w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy.” RKO podkreśliła, iż informacja o dacie umowy była istotna dla wykonawców, bowiem terminy wykonania robót były liczone od dnia podpisania umowy, a

który to dzień w Urzędzie Miasta (.) identyfikowano z dniem przekazania wykonawcy podpisanego przez Prezydenta egzemplarza umowy (por. zeznania świadka). W świetle powyższego RKO uznała, iż faktyczną datą zawarcia rzeczonyj umowy był 4 lipca 2017 r. Mając na względzie fakt, iż zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy zostało wniesione 4 lipca 2017 r., czyli w dniu faktycznego zawarcia umowy, RKO postanowiła o uniewinnieniu Obwinionego od zarzutów związanych z zawarciem tej umowy bez wniesienia stosownego zabezpieczenia. Na umowie „z dnia 4 lipca 2017 r.” nr (...) brak jest adnotacji o dacie odbioru przez wykonawcę, jednak istnieje kopia korespondencji mailowej, w której wzywa się w dniu 31 lipca 2017 r. wykonawcę do odbioru umowy i zatwierdzenia materiałów, wskazując, że „Czekają na Państwa od 17 lipca”. Mając na względzie, iż gwarancja należytego wykonania tych robót została wystawiona przez ubezpieczyciela 14 lipca 2017 r., czyli przed faktycznym zawarciem umowy, RKO postanowiła o uniewinnieniu Obwinionego od zarzutów związanych z zawarciem tej umowy bez wniesienia stosownego zabezpieczenia. Na umowie „z dnia 4 stycznia 2018 r.” nr (...) wykonawca (...) zawarł adnotację: „Otrzymałem 12.01.2018 r.”. Mając na względzie fakt, iż zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy zostało wniesione w pieniądzu 11 stycznia 2018 r. w świetle powyższego, RKO postanowiła konsekwentnie o uniewinnieniu Obwinionego od zarzutów związanych z zawarciem tej umowy bez wniesienia stosownego zabezpieczenia. Na umowie „z dnia 4 stycznia 2018 r.” nr (...) Prezes Wykonawcy (...), uczynił odrębną adnotację „otrzymałem 16.01.2018”. Mając na względzie fakt, iż zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej 15 stycznia 2018 r. (numer gwarancji i data są uwidocznione w samej umowie), RKO postanowiła o uniewinnieniu Obwinionego od zarzutów związanych z zawarciem tej umowy bez wniesienia stosownego zabezpieczenia. Na umowie „z dnia 4 stycznia 2018 r.” nr (...) brak jest adnotacji o dacie odbioru przez wykonawcę, jednak istnieje kopia korespondencji mailowej, w której wzywa się w dniu 5 stycznia 2018 r. o godz. 8.01 wykonawcę do „zapłaty NWU” i przesyła mu kopię umowy bez podpisów stron. Mając na względzie fakt, iż zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy zostało wniesione w pieniądzu 5 stycznia 2018 r., a z okoliczności sprawy wynika, że 5 stycznia w godzinach porannych w umowa jeszcze nie była podpisana, RKO postanowiła o uniewinnieniu Obwinionego od zarzutów związanych z zawarciem tej umowy bez wniesienia stosownego zabezpieczenia. Jak wskazano wyżej, uniewinnienie Obwinionego od zarzutów naruszenia art. 94 ust. 3 Pzp

skutkuje w oczywisty sposób uniewinnieniem od dalszych zarzutów, tj. od popełnienia czynów określonych art. 17 ust. 6 oraz art. 13 pkt 6 lit. a) uodfp. Mając na względzie powyższe rozważania RKO postanowiła uniewinnić Obwinionego Mirosława (.) od stawianych mu zarzutów na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 uodfp w zw. z art. 78 ust. 3 uodfp ze względu na brak w zarzuconych mu czynach znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Z przedstawionym rozstrzygnięciem nie zgodził się Rzecznik wnosząc pismem z 8 stycznia 2021 roku odwołanie na niekorzyść Obwinionego. Rzecznik domagał się uchylecia orzeczenia w całości i przekazanie sprawy RKO do ponownego rozpoznania. Wydanemu orzeczeniu zarzucono błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia poprzez uznanie, iż Obwiniony umowy wyszczególnione w opisie czynów zawarł w datach innych niż daty wskazane w umowie, a tym samym nieuprawnione przyjęcie, iż wykonawcy w terminach wynikających z przepisów prawa dopełnili obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W uzasadnieniu odwołania Rzecznik podniósł, że RKO przyjęła, iż z materiału dowodowego wynikają inne daty zawarcia umów, szczegółowo opisanych we wniosku o ukaranie z dnia 3 października 2019 r., niż wskazane na umowach, a w związku z tym wykonawcy w terminie określonym obowiązującym wówczas przepisem art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), wnieśli zabezpieczenie należytego wykonania umowy, a tym samym uniewinnienie Obwinionego od zarzutów naruszenia art. 94 ust. 3 Pzp skutkuje w oczywisty sposób uniewinnieniem od dalszych zarzutów, tj. od popełnienia czynów określonych art. 17 ust. 6 oraz art. 13 pkt 6 lit. a) uodfp. Rzecznik wskazał, iż ustalenia faktyczne i domniemania co do terminów zawarcia umów w sprawie zamówień publicznych realizowanych przez Miasto (.), pozostają w oczywistej sprzeczności zarówno ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, ale także ustaleniami Instytucji Zarządzającej oraz podtrzymującymi je ustaleniami Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w (...) zawartymi w wyroku z dnia 11 marca 2020 r., sygn. akt (...), orzekającego w sprawie naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego, a który to jednoznacznie uznał, iż Miasto (.) naruszyło przepis art. 94 ust. 3 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), dalej stare Pzp, (a obecnie przepis art. 449 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019)). Jak wskazał WSA w (...) ustalenia co do naruszenia przepisów stare Pzp znajdują potwierdzenie w

zgromadzonym materiale dowodowym i organ prawidłowo ustalił, że podczas realizacji projektu doszło do nieprawidłowości polegającej na naruszeniu zasady konkurencyjności wskutek zawarcia umów z wykonawcami, którzy wbrew sprecyzowanemu w SIWZ wymogowi wniesienia najpóźniej w dniu zawarcia umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie wnieśli tego zabezpieczenia w wyznaczonym terminie. Jak stanowi art. 7 ust. 1 stare Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie natomiast z brzmieniem art. 94 ust. 3 stare Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Niewątpliwym zdaniem Rzecznika jest, że przy realizacji projektu Miasto (.) było zobowiązane do stosowania przepisów Pzp. Obowiązek w tym zakresie uregulowany został wprost w postanowieniach § 21 umowy o dofinansowanie, ponadto Miasto (.) jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp i należy do podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 stare Pzp. Zarówno Instytucja Zarządzająca, jak i WSA w (...) stwierdziły, że Zamawiający, reprezentowany przez Obwinionego nie respektował ustanowionych przez siebie zasad opisanych w SIWZ, a w konsekwencji - poprzez naruszenie art. 94 ust. 3 stare Pzp - doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 stare Pzp, który - jak wyżej wskazano - obliuguje zamawiającego do przeprowadzenia procedury przetargowej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z poczynionych ustaleń jednoznacznie wynika, a w szczególności z zapisów SIWZ, że Zamawiający nie przewidział żadnych odstępstw od wymogu dotyczącego obowiązku wniesienia przez wykonawcę, w przewidzianym terminie, zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Pomimo powyższych stwierdzeń i ustaleń RKO uznała, iż w działaniu Zamawiającego Miasta (.) nie doszło do naruszenia przepisów starego Pzp. W realiach niniejszej sprawy w opinii Rzecznika wątpliwości nie budzi fakt, iż wszystkie umowy wyszczególnione w opisach czynów, w komparycji wskazany mają czas ich zawarcia, oznaczony konkretną datą tj. dniem, miesiącem i rokiem. Świadek (...) zeznała natomiast m.in. iż: „Wykonawca podpisywał tą umowę, a na naszym egzemplarzu wpisywał datę podpisania. Data złożenia podpisu przez wykonawcę była ważna ponieważ

termin wykonania umowy zaczynał biec od daty złożenia podpisu przez wykonawcę". Mając na względzie powyższe RKO wystąpiła o przedłożenie egzemplarzy umów będących w posiadaniu Zamawiającego, i jak wynika z ich treści na:

- umowie Nr (...) z dnia 27.06.2017 r. Wykonawca złożył oświadczenie o treści „Otrzymałem (...) 04.07.2017 r.", brak jest natomiast jakiegokolwiek adnotacji ze strony Wykonawcy kiedy złożył podpis pod umową a tym samym kiedy ją zawarł, przyjmując tym samym poprzez złożenie podpisu na umowie, iż zawiera ją z datą wskazaną w komparycji, nigdzie Wykonawca nie zakwestionował daty zawarcia umowy w dniu 27.06.2017 r.,
- umowie Nr (...) z dnia 04.07.2017 r. w górnej części umowy jest jedynie nieczytelna adnotacja, a podpis pod tą adnotacją nie jest podpisem złożonym przez osobę działającą w imieniu Wykonawcy, na umowie brak jest jakiegokolwiek innej daty zawarcia niż data wskazana w komparycji umowy, z dołączonego email z dnia 31 lipca 2017r. wynika jedynie, iż Zamawiający oczekuje na odbiór egzemplarza umowy a nie na złożenie podpisu pod umową,
- umowie Nr (...) z dnia 4.01.2018 r. Wykonawca złożył oświadczenie o treści „Otrzymałem 12.01.2018 r.", brak jest natomiast jakiegokolwiek adnotacji ze strony Wykonawcy kiedy złożył podpis pod umową a tym samym kiedy ją zawarł, przyjmując poprzez złożenie podpisu na umowie, iż zawierają z datą wskazaną w komparycji, nigdzie Wykonawca nie zakwestionował daty zawarcia umowy w dniu 4.01.2018 r.,
- umowie Nr (...) z dnia 4.01.2018 r. Wykonawca złożył oświadczenie o treści „Otrzymałem 16.01.2018 r. Prezes Zarządu", brak jest natomiast jakiegokolwiek adnotacji ze strony Wykonawcy kiedy złożył podpis pod umową a tym samym kiedy ją zawarł, przyjmując poprzez złożenie podpisu na umowie, iż zawierają z datą wskazaną w komparycji, nigdzie Wykonawca nie zakwestionował daty zawarcia umowy w dniu 4.01.2018r.,
- umowie Nr (...) z dnia 4.01.2018 r. brak jest jakiegokolwiek wzmianki Wykonawcy, w tym w zakresie daty zawarcia umowy, Wykonawca złożył jedynie podpis pod umową, przyjmując poprzez złożenie podpisu na umowie, iż zawiera ją z datą wskazaną w komparycji, nigdzie Wykonawca nie zakwestionował daty zawarcia

umowy w dniu 4.01.2018r., a z informacji przesłanej email przez Zamawiającego do Wykonawcy wynika jedynie, iż przesyła umowę, bez wskazania celu jej wyekspediowania, ale potwierdzając jednocześnie iż Wykonawca nie wniósł w terminie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zdaniem Rzecznika zwrócić należy też uwagę na tą część zeznań świadka (...), gdzie wskazała, iż: „Kwestia ta była podnoszona w ramach postępowania kontrolnego. Jednak nie została wzięta pod uwagę przez kontrolujących. Umowy zawierające datę złożenia podpisu przez wykonawcę zostały przekazane do dyspozycji do Wydziału Spraw Europejskich który koordynował tą sprawę.” Zatem również Instytucja Zarządzająca i WSA w (...) dysponowali tymi samymi dokumentami, które zostały przedłożone RKO, i wyciągnęli zgoła odmienne wnioski niż RKO. Wywody RKO w zakresie dat zawarcia umów, mających odbiegać od tych wskazanych w ich komparycjach, są zatem sprzeczne z treścią dokumentów. Również pozostają w sprzeczności z zeznaniami świadka (...), która zeznała, iż na egzemplarzach umów będących w posiadaniu Zamawiającego są przez wykonawców zamieszczone daty podpisania przez nich umów, a jak wynika z ich treści nie zawierają w zakresie daty innych niż wskazane w komparycji, nie były kwestionowane przez wykonawców, a niektóre nie zawierają żadnych treści poczynionych przez wykonawców. Zatem wywody RKO prowadzące do uniewinnienia Obwinionego nie są poparte żadnymi wiarygodnymi dowodami, a wręcz pozostają w sprzeczności z materiałem dowodowym.

Zważywszy powyższe GKO, po przeprowadzeniu rozprawy 5 lipca 2021 roku, ustaliła i zważyła, co następuje.

GKO przyjmuje ustalenia stanu faktycznego poczynione przez RKO za własne oraz podziela ocenę prawną dokonaną przez RKO uznając, iż orzeczenie I instancji odpowiada prawu. Zaznaczenia wymaga, iż kluczowe w sprawie jest ustalenie dat zawarcia umów o zamówienie publiczne. Data zawarcia umowy stanowi doniosłą prawnie okoliczność faktyczną, której prawidłowe ustalenie jest fundamentalne w niniejszej sprawie. Przeprowadzone przez RKO postępowanie dowodowe pozwoliło ustalić, kiedy ww. umowy zostały zawarte, a tym samym, czy zabezpieczenie należytego wykonania poszczególnych umów zostało wniesione zgodnie z wymaganiami. Wbrew twierdzeniom Rzecznika z zebranego materiału dowodnego, szczegółowo opisanego i przeanalizowanego przez RKO (korespondencja

mailowa odnosząca się do okoliczności związanych z podpisywaniem umowy, jak również daty odbioru umów przez wykonawców skorelowana z datami wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania poszczególnych umów) potwierdzają, iż wskazane w komparycji daty nie stanowią dat zawarcia przedmiotowych umów. Błędne wskazanie w komparycji daty zawarcia umowy wynika w niniejszej sprawie z systemowego przyjęcia, że za datę umowy przyjmuje się datę rezerwacji środków (zauważenia wymaga, że są to tożsame daty – data rezerwacji środków jest odnotowywana na egzemplarzu uzgodnieniowym umowy).

W szczególności odnieść się można w tym zakresie do zeznań świadka (...) z 23 października 2020 roku, z których fragment został powołany przez Rzecznika w odwołaniu. Rzecznik cytuje, że „Wykonawca podpisywał tą umowę, a na naszym egzemplarzu wpisywał datę podpisania. Data złożenia podpisu przez wykonawcę była ważna ponieważ termin wykonania umowy zaczynał biec od daty złożenia podpisu przez wykonawcę”, co ma dowodzić błędu w ustaleniach faktycznych popełnionych przez RKO odnośnie daty zawarcia umów. Tymczasem świadek zeznał, w odpowiedzi na pytanie: „Proszę przekazać Komisji informację o sposobie przygotowania przedmiotowych umów do podpisu przez Prezydenta Miasta, w szczególności w zakresie zbadania wymogu wniesienia gwarancji”, że „W momencie kiedy otrzymujemy informację, że procedura wyboru wykonawcy została zakończona (z Wydziału Zamówień Publicznych) przystępujemy do swoich prac. W pierwszej kolejności wypełniamy dane we wzorze umowy co do wykonawcy, następnie z parafkami umowa jest przekazana radcy prawnemu. Po złożeniu podpisu przez radcę prawnego umowa trafia do służb finansowych, które sprawdzają zaplanowanie umowy w budżecie. Umowa jest rejestrowana w naszym wewnętrznym systemie, składana jest pieczętka z podpisem pracownika oraz wpisywana jest data umowy”. I dalej w odpowiedzi na kolejne pytanie o to, kto wpisuje datę: „Co do zasady o dacie umowy decydował wydział finansowy, który miał wskazać datę zabezpieczenia środków w budżecie. To czasami działo się od ręki, a czasami trwało dzień lub dwa. Po tym umowa trafiała do kontrasygnaty Skarbnika i to również zajmowało dzień lub dwa. Kolejnym krokiem było przekazanie umowy do podpisu Prezydentowi, a następnie umowa, ze wszystkimi podpisami, z naszej strony była przekazywana do Wydziału i wykonawca był powiadamiany o możliwości podpisania umowy. Czasami wykonawca proponował termin, a czasami my to robiliśmy. Do podpisania umowy wykonawca przyjeżdżał z dowodem wniesienia gwarancji należytego wykonania umowy (z potwierdzeniem przelewu albo z dokumentem). Wykonawca podpisywał tą

umowę, a na naszym egzemplarzu wpisywał datę podpisania. Data złożenia podpisu przez wykonawcę była ważna ponieważ termin wykonania umowy zaczynał biec od daty złożenia podpisu przez wykonawcę. To w zasadzie wszystko”. W kolejnych wypowiedziach powołany świadek wprost wskazał, że „Według naszej najlepszej wiedzy ta umowa była podpisana prawidłowo.(...) We wszystkich przypadkach, o których mowa w zawiadomieniu wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpiło przed podpisaniem umowy przez wykonawcę. Najczęściej jeden lub dwa dni przed złożeniem podpisu. O ile pamiętam tylko w jednym przypadku złożenie podpisu przez wykonawcę nastąpiło w dniu wniesienia zabezpieczenia. Było to możliwe bo firma miała siedzibę w (...)”. Podsumowując argumentacja Rzecznika podniesiona w odwołaniu sprowadza się jedynie do twierdzenia, że w komparycji wskazano określone daty i one odzwierciedlają datę zawarcia poszczególnych umów. Twierdzeń tych jednak Rzecznik nie popiera żadnymi dowodami (poza treścią umów) i wyrwanym z kontekstu fragmentem zeznań świadka (...) oraz nie przedstawia żadnych argumentów pozwalających podważyć wiarygodność zarówno dowodu z zeznań świadków przesłuchanych w niniejszej sprawie, jak i oświadczeń wykonawców o odbiorze umów czy rzetelności korespondencji mailowej dotyczącej procesu zawierania umów. Rzecznik odwołuje się jedynie do stanowiska WSA w (...) oraz Instytucji Zarządzającej, które jednak nie są dla GKO wiążące (przywołany wyżej wyrok WSA, jak wynika z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych został uchylony przez NSA.

W konsekwencji GKO orzekła, jak w sentencji utrzymując w mocy orzeczenie uniewinniające Obwinionego, jako odpowiadające prawu.