

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, 25 kwietnia 2024 r.

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

Przewodniczący	Zastępca Przewodniczącego GKO:	Michał Leski
Członkowie:	Członek GKO:	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)
	Członek GKO:	Przemysław Szelerski
Protokolant:		Kinga Kozłowska

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

po rozpoznaniu na rozprawie 25 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego przez obrońcę w imieniu Obwinionej (...), zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z 9 stycznia 2024 r. w sprawie o sygn. akt: NDB-4100-32/2023 w części, to jest w zakresie punktów 1-2 oraz punktu 4, w których Komisja uznała Obwinioną (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta (...), za odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹, polegające na tym, iż będąc odpowiedzialną w imieniu Gminy (...) za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego oraz do zawierania umów i składania oświadczeń woli dotyczących realizacji zawartych umów, zmian i rozwiązywania umów, 27 marca 2019 r. zawierając aneks Nr 4 do umowy nr (...) z 21 grudnia 2017 r. na wykonanie zadania publicznego pod nazwą „PT i wykonanie hospicjum” zawartej z Wykonawcą (...) z siedzibą w (...) przy ul. (...), realizowanego w ramach

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

projektu pn. „Świadczenie opieki paliatywnej poprzez utworzenie całodobowego hospicjum w (...)”, w ramach działania 10.2 „Inwestycje wynikające z Lokalnych Planów Rewitalizacji” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 (RPO WO 2014-2020), realizowanego przez Beneficjenta Gminę (...) na mocy, którego to aneksu wydłużono termin realizacji przedmiotu zamówienia o 61 dni kalendarzowych, działając tym wbrew postanowieniom art. 454 i art. 455 ustawy Prawo zamówień publicznych²

oraz wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 554,03 zł,

orzeka

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, uchyla zaskarżone orzeczenie w zaskarżonej części i uniewinnia Obwinioną od zarzucanych czynów,**
- 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:

Orzeczeniem z 9 stycznia 2024 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu (dalej: „RKO” lub „Komisja I instancji”) uznała Panią (...) (dalej: „Obwiniona”) za odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 uondfp, polegające na tym, iż będąc odpowiedzialną w imieniu Gminy (...) za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego oraz do zawierania umów i składania oświadczeń woli dotyczących realizacji zawartych umów, zmian i rozwiązywania umów, 27 marca 2019 r. zawierając aneks Nr 4 do umowy nr (...) z 21 grudnia 2017 r.

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

na wykonanie zadania publicznego pod nazwą „PT i wykonanie hospicjum” zawartej z Wykonawcą (...) z siedzibą w (...) przy ul. (...), realizowanego w ramach projektu pn. „Świadczenie opieki paliatywnej poprzez utworzenie całodobowego hospicjum w (...)”, w ramach działania 10.2 Inwestycje wynikające z Lokalnych Planów Rewitalizacji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 (RPO WO 2014-2020), realizowanego przez Beneficjenta Gminę (...), na mocy którego to aneksu wydłużono termin realizacji przedmiotu zamówienia o 61 dni kalendarzowych, działając tym wbrew postanowieniom art. 454 i art. 455 Pzp 2019. Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 i art. 35 uondfp, RKO wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 554,03 zł.

RKO ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

15 lutego 2019 r. pomiędzy Gminą (...), a Województwem Opolskim została zawarta umowa nr (...) o dofinansowanie projektu, w ramach działania 10.2 Inwestycje wynikające z Lokalnych Planów Rewitalizacji RPO WO 2014-2020, na realizację zadania pn.: „Świadczenie opieki paliatywnej poprzez utworzenie całodobowego hospicjum w (...)”. Zgodnie z zapisami umowy wartość projektu wynosiła 7.613.050,70 zł (w tym: dofinansowanie ze środków europejskich w kwocie 4.971.075,28 zł, wkład własny w kwocie 2.641.975,42 zł). W związku z realizacją ww. projektu Beneficjent – Gmina (...), zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „PT i wykonanie hospicjum – II postępowanie, procedura nr (...)”.

Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 (dalej: „IZ”), od 25 lutego 2021 r. do 31 marca 2021 r. przeprowadziła kontrolę projektu nr (...) pn.: „Świadczenie opieki paliatywnej poprzez utworzenie całodobowego hospicjum w (...)”, której przedmiotem była m.in. poprawność udzielania zamówień publicznych. Ustalenia przedmiotowej kontroli zostały ujęte w Informacji Pokontrolnej nr (...) z 9 września 2021 r. i przedstawiają się następująco:

- postępowanie przetargowe zostało wszczęte 25 października 2017 r. Szacunkowa wartość zamówienia dla robót budowlanych w ramach projektu została ustalona 23 października 2017 r. na podstawie zaktualizowanych kosztorysów inwestorskich na kwotę 6.114.464,24 zł netto, co stanowi równowartość 1.464.577,41 euro. Osobą wykonującą czynności kierownika Zamawiającego była Obwiniona (...) - Prezydent Miasta (...). Umowa nr (...) na realizację

przedmiotowego zamówienia została zawarta 21 grudnia 2017 r. z (...), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w (...), na kwotę 6.700.000,00 zł brutto. Termin realizacji przedmiotu zamówienia to 250 dni kalendarzowych od dnia przekazania placu budowy, wskazany przez Wykonawcę w ofercie, (skrócony przez Wykonawcę o 50 dni w stosunku do ilości dni wskazanych w ogłoszeniu i SIWZ). Wykonawca, składając ofertę, skrócił termin wykonania przedmiotu zamówienia z 300 dni do 250 dni licząc od dnia przekazania placu budowy. Skrócenie terminu wykonania przedmiotu umowy było jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 5%, za co Wykonawca, deklarując krótszy o 50 dni termin wykonania zamówienia, otrzymał dodatkowe punkty;

- aneksem nr 1/2017 z 29 listopada 2017 r. zmieniono zapisy dotyczące płatności na rzecz wykonawcy;

- aneksem nr 2/2018 z 30 maja 2018 r. wprowadzono zapisy dotyczące wykonania robót dodatkowych na podstawie protokołu konieczności nr 1/2018. Termin realizacji przedmiotu zamówienia wydłużono z 250 dni kalendarzowych na 340 dni kalendarzowych liczonych od daty przekazania placu budowy;

- aneksem nr 3/2018 z 30 listopada 2018 r. wprowadzono zapisy dotyczące wykonania robót zamiennych na podstawie Protokołu konieczności nr 2/2018 z 16 listopada 2018 r. o wartości 27.872,89 zł, (zmiana urządzenia dźwigowego z windy o wymiarach kabiny 210 cm x 110 cm na windę o wymiarach 240 cm x 140 cm wraz z poszerzeniem otworu na drzwi wejściowe windy). Wynagrodzenie Wykonawcy zwiększono do kwoty 7.220.475,53 zł. Termin realizacji przedmiotu zamówienia wydłużono z 340 dni kalendarzowych na 421 dni kalendarzowych liczonych od daty przekazania placu budowy, tj. o 81 dni, nie dłużej niż do 30 kwietnia 2019 r.

- aneksem nr 4/2019 z 27 marca 2019 r. wydłużono termin realizacji przedmiotu zamówienia do 482 dni kalendarzowych od daty przekazania placu budowy, tj. o 61 dni. Zmiana terminu realizacji zamówienia nastąpiła w związku z wystąpieniem warunków pogodowych niepozwalających na zachowanie parametrów technologicznych lub jakościowych wykonywanych robót. Jak ustalono wstrzymanie robót dotyczyło tylko wykonywania robót zewnętrznych.

W informacji pokontrolnej Nr (...) z 9 września 2021 r. IZ wezwała do zwrotu środków w kwocie 616.878,95 zł.

Pismem znak (...) z 20 września 2021 r. Beneficjent poinformował IZ, iż w odniesieniu do wezwania instytucji kontrolującej w zakresie zwrotu środków w kwocie 616.878,95 zł, uznał za zasadny zwrot kwoty 17.267,73 zł, którą wraz z należnymi odsetkami zwrócił na wskazany przez IZ rachunek. Natomiast w odniesieniu do wezwania do zwrotu pozostałej kwoty, Beneficjent nie uznał zasadności zwrotu wyliczonej korekty oraz nie wyraził zgody na pomniejszenie kolejnych płatności na jego rzecz o kwotę podlegającą zwrotowi.

16 maja 2022 r. decyzją nr (...) Zarząd Województwa Opolskiego postanowił zobowiązać Gminę (...) do zwrotu dofinansowania w kwocie 1.164.321,46 zł.

Pismem z 6 czerwca 2022 r. Gmina (...) złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. 21 listopada 2022 r. decyzją nr (...), po rozpatrzeniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Zarząd Województwa Opolskiego postanowił zobowiązać Gminę (...) do zwrotu dofinansowania w kwocie 1.164.321,46 zł.

Uwzględniając powyższe RKO dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanych Obwinionej czynów oraz w dacie orzekania, co przeanalizowała w oparciu o art. 24 ust. 1 uondfp, który nakazuje, aby rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy aktualnej w czasie orzekania, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu są względniejsze dla sprawcy. RKO wskazała na istotną zmianę stanu prawnego jaka dokonała się 1 stycznia 2021 r., kiedy to zaczęła obowiązywać ustawa z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. W ustawie tej, w art. 454-455 określono zasady dokonywania zmian umowy (art. 144 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych³). Pzp 2019 wprowadziła dwa typy zmiany umowy - istotną z art. 454 oraz dopuszczalną z art. 455, przy czym ta istotna pociągnie za sobą wymóg przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, a w dopuszczalnej brak tego wymogu. Wystarczy, że spełnia ona warunki przewidziane w nowym Prawie zamówień publicznych, aby móc jej dokonać. Dodatkowo należy wskazać, pomimo że Pzp 2019 nie określa tego „expressis verbis” to dopuszczalne będą również zmiany kwalifikowane jako nieistotne. Dotychczas obowiązujący art. 144 ust. 1e Pzp 2004 dotyczący zmian istotnych zakładał dwie sytuacje, w których zmiana umowy mogła być uznana za istotną. Po pierwsze, gdy zmieniała ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) – zwanej Pzp 2004

umowy lub umowy ramowej (w pierwotnym brzmieniu art. 144 ust. 1e pkt 1 Pzp 2004), a po drugie, gdy zmiana postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej, co prawda nie zmieniała ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, ale jednocześnie spełniona musiała być co najmniej jedna z poniższych przesłanek (art. 144 ust. 1e pkt 2 Pzp 2004):

- 1) 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;
- 2) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
- 3) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy lub umowy ramowej;
- 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

W obecnym art. 454 Pzp 2019, który zastąpił dawny art. 144 ust. 1e Pzp 2004, nie ma już przewidzianej dotychczas w art. 144 ust. 1e pkt 2 Pzp 2004 zmiany, która byłaby istotna, pomimo że nie zmieniała ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej. W obecnym art. 454 Pzp 2019 zmiana istotna zachodzi tylko, gdy powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności, jeżeli zmiana:

- 1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;
- 2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
- 3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy;
- 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2.

Ustawodawca w art. 454 Pzp 2019 dokonał zatem połączenia dwóch punktów, tj. treści dotychczasowego art. 144 ust. 1e pkt 1 i 2 Pzp 2004, wykluczając jednocześnie jako zmianę nieistotną, taką, która nie zmienia ogólnego charakteru umowy w stosunku do pierwotnej umowy. Należy zaznaczyć, że w nowelizacji ustawodawca nie zdefiniował pojęcia ogólnego charakteru umowy, a zatem dalej stanowi ono pojęcie nieostre i nie precyzuje na czym

dokładnie miałyby polegać zmiana, która nie zmienia ogólnego charakteru umowy, należy to zatem interpretować w sposób zupełnie intuicyjny i empirycznie - tj. zgodnie z dotychczasowym doświadczeniem w tym zakresie. Zmiana, aby była istotna musi zmieniać charakter umowy w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Należy jednocześnie podkreślić, że dotychczasowe przesłanki z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a-d Pzp 2004 nie uległy zmianie w treści. Na gruncie Pzp 2019 brzmienie tych przesłanek pozostało takie samo i obecnie jest uregulowane w art. 454 ust. 2 pkt 1-4 Pzp 2019. Niemniej warto zaznaczyć, iż obecnie ustawodawca wprowadził otwarty katalog ww. przesłanek, bowiem użył słowa "w szczególności" przed wyliczeniem przesłanek, co implikuje, że katalog przesłanek ma charakter otwarty, a nie tak jak dotychczas zamknięty. W poprzednim stanie prawnym wyliczenie ww. przesłanek było enumeratywne i stanowiło „numerus clausus”, czyli katalog zamknięty. Obecnie wraz z Pzp 2019 zyskało charakter katalogu otwartego przesłanek, z tą różnicą, że do zmiany charakteru umowy ma obecnie dojść w sposób istotny w stosunku do umowy pierwotnej, a nie jak dotychczas nieistotny.

Dodatkowo wskazano, iż w Pzp 2019 ustawodawca zrezygnował w art. 454 z określenia umowa lub umowa ramowa stosowanego dotychczas w art. 144 ust. 1e Pzp 2004 i pozostawił samo pojęcie "umowa" jako szeroko rozumiane.

Podsumowując, dotychczas zagadnienie dopuszczalności zmian umowy było uregulowane w art. 144 Pzp 2004 w sposób niejasny i nieprecyzyjny.

Obecne rozbieżności w nowelizacji zmian umowy na dwa odrębne art. 454 i 455 Pzp 2019 czyni to zagadnienie dużo bardziej przejrzystym i klarownym, co było właśnie zamiarem ustawodawcy. Niemniej - zdaniem RKO - obecna treść przepisów art. 454 i 455 Pzp 2019 w stosunku do dotychczasowego art. 144 Pzp 2004 nie różni się w sposób znaczny, dalej stanowi bowiem transpozycję art. 72 dyrektywy 2014/24/UE⁴ do polskiego porządku prawnego⁵.

Mając na względzie powyższe rozważania RKO doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie należy stosować ustawę obowiązującą w dniu orzekania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego dokonania zmiany umowy w przedmiocie zamówienia publicznego poprzez zmianę terminu wykonania zadania określonego w umowie, Komisja

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. UE. L 94/65)

⁵ Por. P. Granecki, I. Granecka, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, Warszawa 2011

I instancji stwierdziła, iż powyższa kwestia została uregulowana w art. 454 i art. 455 Pzp 2019. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie jej obowiązywania jest co do zasady niedopuszczalna, jeżeli nie została poprzedzona przeprowadzeniem nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki umowy stanowią bowiem wynik przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Ich późniejsza zmiana może prowadzić do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Przepis art. 454 ust. 1 Pzp 2019 ustanawia zasadę, że nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnej umowie. Z zasady tej wynika jednocześnie dopuszczalność zmian nieistotnych. Pojęcie "istotnej zmiany umowy" zostało zdefiniowane ustawowo w zdaniu wprowadzającym do wyliczenia w art. 454 ust. 2 Pzp 2019. Są to zmiany, które powodują, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Jak wynika z motywu 107 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej chodzi o zmiany, które wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjowania istotnych warunków umowy. Ma to miejsce w szczególności w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym zamówieniu. Przepis art. 454 ust. 2 Pzp 2019 zawiera również przykładowy ("w szczególności") katalog zmian, które zostały uznane przez projektodawcę za istotne. Katalog nie jest wyczerpujący. Również inne przypadki zmian mogą być uznane za istotne, jeżeli spełnione są ogólne kryteria definicji "istotnej zmiany umowy"⁶.

Jak podkreśliła RKO, w rozpatrywanej sprawie należy się zgodzić, że zamawiający przewidział w umowie o udzielenie zamówienia publicznego, możliwość dokonywania zmiany umowy w przypadku wystąpienia braku możliwości dotrzymania terminu zakończenia robót przez wykonawcę z przyczyn od niego niezależnych. Zapisy dotyczące możliwości zmiany umowy zawarte zostały w § 15 umowy.

W umowie nr (...) z 21 grudnia 2017 r. termin realizacji przedmiotu zamówienia ustalono na 250 dni kalendarzowych od dnia przekazania placu budowy. Termin ten uległ zmianie w następstwie zawarcia aneksów nr 2/2018 z 30 maja 2018 r., nr 3/2018 z 30 listopada 2018 r. oraz nr 4/2019 z 27 marca 2019 r. Na gruncie niniejszej sprawy w związku z treścią wniosku o ukaranie RKO badała jedynie prawidłowość zawarcia aneksu nr 4/2019. Aneksem

⁶ Tamże.

nr 4/2019 z 27 marca 2019 r., na podstawie § 15 ust. 1 w zw. z ust. 4 pkt 2 umowy, wydłużono termin realizacji przedmiotu zamówienia do 482 dni kalendarzowych od daty przekazania placu budowy, tj. o 61 dni. Zmiana terminu realizacji zamówienia nastąpiła w związku z wystąpieniem warunków pogodowych nie pozwalających na zachowanie parametrów technologicznych lub jakościowych wykonywanych robót. Informacje o warunkach atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót zostały wpisane do dziennika budowy.

Zmiana umowy dokonana aneksem nr 4/2019 w ocenie RKO miała charakter zmiany o charakterze istotnym. RKO podzieliła pogląd wyrażony w wyroku WSA⁷, zgodnie z którym „nie można podzielić stanowiska strony, iż zawarcie aneksu nie wprowadziło sytuacji korzystniejszej dla wykonawcy, co stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Występowanie ujemnych temperatur w zimie jest zjawiskiem normalnym w naszej szerokości geograficznej. Owszem pogoda jest okolicznością niezależną od zamawiającego, jednak nie jest zjawiskiem którego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy uwzględniając termin wykonania zamówienia. Wykorzystanie przez zamawiającego jako jednego z kryteriów oceny ofert: kryterium "skrócenia terminu realizacji" nakłada na zamawiającego obowiązek precyzyjnego określenia preferowanego przez niego terminu realizacji zamówienia publicznego oraz okoliczności skutkujących przedłużeniem terminu realizacji umowy, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający albo nie ponosi odpowiedzialności żadna ze stron umowy (np.: w związku ze zdarzeniami losowymi, czy też koniecznością uzyskania uzgodnień i pozwoleń). Niewątpliwie bowiem termin realizacji zamówienia jest istotnym postanowieniem umownym, bo sam zamawiający uważa go za istotny (punktuje się "istotne" elementy ofert, a nie te uznawane za "nieistotne"). Za jego istotnością przemawia również kwota jaką jest skłonny zamawiający ponieść za jego skrócenie. Złe warunki pogodowe w okresie zimowym, a w takim okresie roboty były przerywane lub prowadzone w zmniejszonym zakresie, są bowiem zjawiskiem przewidywalnym i często mającym wpływ na postęp prac budowlanych. Trudne warunki atmosferyczne nie mogą stanowić kategorii siły wyższej (sytuacji niemożliwej do przewidzenia) będącej przesłanką przedłużenia terminu realizacji umowy. Siła wyższa jest

⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 31 października 2019 r., sygn. akt: 2019 I SA/Op 205/19

bowiem zjawiskiem niemożliwym do przewidzenia (należy ją rozumieć w ten sposób, iż przy obiektywnej ocenie zdarzeń zachodzi co najwyżej bardzo niski stopień prawdopodobieństwa jego pojawienia się), niemożliwym do zapobieżenia jego skutkom. Nie obejmuje ona jednak, sytuacji, którym można było zapobiec wiedząc o naturze jakiegoś zjawiska. Jak już wskazano warunki pogodowe powodujące konieczność przerwania prowadzenia prac budowlanych w naszym klimacie nie są niczym nadzwyczajnym, a strony umowy o roboty budowlane powinny tę okoliczność przewidzieć. Tym samym wykonawca, który uzyska największą liczbę dodatkowych punktów za skrócenie okresu realizacji, a następnie z uwagi na warunki pogodowe uzyska zgodę zamawiającego na wydłużenie terminu będzie premiovany za czyn de facto nieuczciwej konkurencji sankcjonowany przez zamawiającego. Wobec powyższego działanie strony wyrażającej zgodę na zmianę terminu stanowiło naruszenia równego traktowania wykonawców, bowiem gdyby w przetargu zgłosił się wykonawca, który określiłby realny termin realizacji uwzględniając możliwe przestoje spowodowane warunkami pogodowymi, nie zostałby wybrany przez zamawiającego z uwagi na zbyt małą liczbę punktów.”

W ocenie RKO, dokonując zmiany przedmiotowej umowy dokonano tego z naruszeniem art. 454 i art. 455 Pzp 2019, gdyż nie zachodziły przesłanki uzasadniające zmianę umowy. Zamawiający zawierając aneks nr 4/2019 powołał się na warunki pogodowe uniemożliwiające prowadzenie robót. Obrońca Obwinionej wskazał, że nieuprawnione jest twierdzenie, że wykonawca zamierzał zakończyć przedmiot umowy w okresie zimowym, jak to wynikało z 250 dni pierwotnego terminu umowy. Ten termin ostatecznie przypadł na okres zimowy i na aurę, którą wówczas trudno było przewidzieć ze względu na aneks nr 2 i nr 3. RKO stoi na stanowisku, że strony umowy decydując się na zawarcie wcześniejszych aneksów musiały być świadome, że tym samym termin zakończenia robót przypadnie na okres zimowy i zawierając te aneksy akceptowały ten fakt. Odniesienia się wymaga również wskazywane przez obrońcę Obwinionej wstrzymanie prac zewnętrznych potwierdzone wpisami do dziennika budowy. W ocenie RKO wpisy zawarte w dzienniku budowy są odzwierciedleniem stanu rzeczywistego i nie są one kwestionowane. Jednakże fakt, że warunki pogodowe przy wykonywaniu prac zimą utrudnią lub uniemożliwią ich realizację był do przewidzenia na etapie zawierania umowy i aneksów do niej. Wykonawca powinien być tego świadomy i powinien zaplanować prace w sposób to uwzględniający.

Stosownie do art. 17 ust. 6 uondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Opisany wyżej stan faktyczny i prawny jednoznacznie wykazał, zdaniem RKO, iż dokonując zmiany umowy nr (...) z 21 grudnia 2017 r. aneksem nr 4/2019 z 27 marca 2019 r. doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 uondfp. Wskazane naruszenie miało miejsce w dniu podpisania aneksu do umowy. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Obwiniona jako Prezydent Miasta (...) znajduje się w gronie osób mogących ponosić odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przedmiotowe naruszenie dyscypliny finansów publicznych dotyczy niezgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych dokonania zmiany umowy o zamówienia publiczne.

W myśl art. 52 ust. 1 Pzp 2019 za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego - w niniejszej sprawie Prezydent Miasta (...).

W ocenie Komisji I instancji, Obwinionej można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 19 ust. 2 uondfp). Przejawia się ona w niedołożeniu należytej staranności wymaganej od osoby wykonującej obowiązki kierownika zamawiającego w zakresie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, tj. nieuprawnione dokonanie zmiany umowy o zamówienie publiczne. Obwiniona mogła nie dopuścić do zaistnienia przypisanego jej czynu, przede wszystkim nie dopuszczając do zmiany terminu realizacji zamówienia publicznego.

Dokonując oceny stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych przypisanego Obwinionej, w kontekście regulacji art. 28 ust. 1 uondfp, zgodnie z którym nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy, RKO wzięła pod uwagę wagę naruszonych obowiązków przez Obwinioną, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia i uznała, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest większy niż znikomy. Zamówienie publiczne dotyczyło znacznych kwot publicznych środków finansowych i jako takie winno być prowadzone ze ścisłym

przestrzeganiem rygorów wynikających z przepisów prawa, zarówno w aspekcie formalnym, jak i materialnym.

Komisja I instancji odnosząc się do wymiaru kary wzięła pod uwagę art. 36 ust. 1 i 2 uondfp, na mocy którego, w przypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie można, biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub właściwości i warunki osobiste sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wymierzyć karę łagodniejszego rodzaju, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. RKO w zaistniałym stanie faktycznym nie dopatrzyła się szczególnych okoliczności uzasadniających zastosowanie art. 36 uondfp i odstąpienie od wymierzenia kary. W realiach niniejszej sprawy nie zachodzą w opinii Komisji I instancji okoliczności uzasadniające zastosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary ze względu na charakter naruszeń i ich wagę.

Stosownie do art. 33 ust. 1 uondfp organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego. Stosownie do dyrektywy wymiaru kary z art. 33 ust. 2 uondfp wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Za okoliczność obciążającą RKO uznała naruszenie zasad postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego o znacznej wartości. Przesłanką działającą na korzyść Obwinionej jest pozytywna opinia, co do sposobu wywiązywania się z obowiązków służbowych.

Uwzględniając powyższe Komisja I instancji uznała, że wymierzona Obwinionej kara jest adekwatna do przypisanego jej czynu oraz spełni cele kary w zakresie prewencji generalnej i indywidualnej.

W ocenie RKO, kara upomnienia w stosunku do Obwinionej dotąd niekaranej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych będzie wystarczającym bodźcem, do przestrzegania w przyszłości zasad określonych przepisami prawa.

Z uwagi na przypisaną Obwinionej odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych RKO, działając na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp obciążyła Obwinioną zapłatą tych kosztów, orzekając jak w sentencji.

Z opisanym rozstrzygnięciem w zakresie przypisanego czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 uondfp nie zgodziła się Obwiniona, wnosząc odwołanie (działając przez swego obrońcę), domagając się uchylecia orzeczenia w zaskarżonej części (przypisania odpowiedzialności, wymierzenia kary upomnienia i obciążenia kosztami postępowania) i rozstrzygnięcia sprawy w tym zakresie co do istoty – to jest uniewinnienie od zarzucanego czynu.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 uondfp, poprzez zastosowanie w sprawie art. 454 oraz 455 Pzp 2019 w odniesieniu do czynu polegającego na zawarciu aneksu nr 4 z 27 marca 2019 r., podczas gdy przepisy Pzp 2004 obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla Obwinionej. RKO postanowiło stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, gdyż zdaniem RKO przepisy obowiązujące w dacie czynu nie były względniejsze dla Obwinionej. Tymczasem zdaniem Obwinionej na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004 istniała podstawa prawna do zawarcia aneksu nr 4 w świetle zapisów SIWZ, IPU oraz Umowy;
2. naruszenie art. 17 ust. 6 uondfp w zw. z art. 454 i 455 Pzp 2019, poprzez błędną jego wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie i w rezultacie uznanie, że Obwiniona dokonała bezprawnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego - zawierając aneks nr 4, podczas gdy w celu prawidłowego wykonania umowy zgodnie z jej pierwotnymi założeniami zakłóconymi przez okoliczności zewnętrzne (obiektywne niekorzystne warunki atmosferyczne - bezsporne), zamawiający może dokonać koniecznej zmiany na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp 2019 (i jego odpowiednika w Pzp 2004), który to przepis stanowi wyjątek od zakazu dokonywania istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne z art. 454 Pzp 2019. Tym samym art. 17 ust. 6 uondfp nie będzie miał w tym przypadku zastosowania. Tym samym - zdaniem obrońcy - orzeczenie RKO w zaskarżonym zakresie narusza prawo, albowiem akceptuje wadliwie wyłożoną treść wskazanych przepisów i przez to przyjmuje, iż Obwiniona dokonała nieuprawnionej zmiany umowy o zamówienie publiczne, a tym samym dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 uondfp;

3. naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 454 w zw. z art 455 ust. 1 pkt 4 Pzp 2019 (w dacie zawarcia aneksu - art. 144 Pzp 2004), przez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że zmiana Umowy dokonana Aneksem nr 4 z 27 marca 2019 r. jest zmianą naruszającą prawo zamówień publicznych i w konsekwencji dyscyplinę finansów publicznych, podczas gdy w umowie zawarte zostały przesłanki do zmiany umowy i bezspornie w stanie faktycznym sprawy wyczerpane zostały przesłanki uprawniające do zawarcia aneksu nr 4;
4. sprzeczności istotnych ustaleń RKO z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez przyjęcie, iż strony umowy decydując się na zawarcie wcześniejszych aneksów (nr 2 i nr 3) musiały być świadome, że tym samym termin zakończenia robót przypadnie na okres zimowy i zawierając te aneksy akceptowały ten fakt, podczas gdy strony zawierając niekwestionowane aneksy nr 2-3 zakładały realizację prac w okresie zimowym – albowiem „taki mamy klimat”. Natomiast dopiero wystąpienie nieprzewidzianych wcześniej gwałtownych zjawisk atmosferycznych (szeroko udokumentowanych - zarówno prognozą pogody, jak i wpisami Kierownika Budowy oraz Inspektora Nadzoru - do dziennika budowy) obiektywnie uniemożliwiły realizację robót zewnętrznych. Przyjęcie koncepcji RKO oznaczałoby w opinii odwołującego kontynuowanie robót sprzecznie z technologią prac tego typu i w sposób świadomy prowadziłyby do ich nieprawidłowego wykonania. Wewnętrznie sprzeczna jest ocenna koncepcja RKO w tym zakresie. Z jednej strony przyjmuje bowiem, iż bezspornie warunki atmosferyczne uniemożliwiające realizację robót wystąpiły, z drugiej jednak strony neguje zasadność aneksu nr 4 i nadto wywodzi wniosek, iż należało przewidzieć takie warunki.

W uzasadnieniu odwołania zaznaczono, że RKO przyznała, iż warunki atmosferyczne obiektywnie uniemożliwiające realizację zewnętrznych robót w spornym okresie wystąpiły, co zostało wykazane, jednak wnioski wynikające z takiego stanu sprawy wyprowadza już przeciwne. Zaznaczono w odwołaniu, że nie zasługuje na aprobatę pogląd, iż każdorazowo okres zimy w Polsce uniemożliwia realizację prac budowlanych na zewnątrz i strony powinny to przewidywać. Gwoli przykładu - w dacie sporządzenia odwołania - 16 lutego 2024 r. temperatura zewnętrzna w (...) wynosi plus 14 stopni Celsjusza. Umożliwia realizację każdego rodzaju prac zewnętrznych. Przyjmując logikę RKO - należałoby założyć, iż każda zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy w okresie zimowym automatycznie skutkuje

naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji naruszeniem przepisów dacie sporządzania w zakresie dyscypliny finansów publicznych. Byłoby to wyłączenie ustawowych przesłanek umożliwiających jednakże taką zmianę w określonych okolicznościach faktycznych. Pogląd nie korespondujący z treścią przepisów w zakresie poprzedniego art. 144 Pzp 2004 oraz obecnie 455 Pzp 2019. Zwrócono uwagę, co zostało pominięte przez Rzecznika, a następnie przez RKO, iż w kryteriach oceny ofert termin był w wadze 5% - nie miał w praktyce żadnego znaczenia przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Realnie nie wpłynął na wybranie wykonawcy ze względu na zadeklarowany termin realizacji zadania.

Racjonalny prawodawca dopuścił na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych, aby w celu prawidłowego wykonania umowy zgodnie z jej pierwotnymi założeniami zakłóconymi przez okoliczności zewnętrzne, zamawiający mógł dokonać koniecznej zmiany na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp 2019 (i jego odpowiednika Pzp 2004), który to przepis stanowi wyjątek od zakazu dokonywania istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne z art. 454 Pzp 2019. Tym samym art. 17 ust. 6 uondfp nie ma zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Deliktem z art. 17 ust. 6 uondfp jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Aneks nr 4 zawarty został 27 marca 2019 r. - podstawą prawną aneksu był art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004 w zw. z § 15 ust. 1 pkt 3 Istotnych Postanowień Umowy (dalej: „IPU”) w związku z treścią zawartej ostatecznie Umowy. Podstawa prawna powołana w aneksie nr 4 uprawniała, tym samym wyłączała bezprawność do prolongowania terminu realizacji przedmiotu umowy o 61 dni.

Na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004 - obowiązującej w dacie zawarcia aneksu nr 4 ustawodawca postanowił, iż „zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zachodzi z następujących okoliczności: zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Poza sporem pozostaje, iż zarówno w SIWZ, jak również w IPU dopuszczono zmianę i określono ich zakres. Zatem istniała podstawa prawna do zawarcia aneksu nr 4. Zatem podstawą kwestionowania prawidłowości zawarcia Aneksu nr 4 jest

wyłącznie ocena stanu faktycznego sprawy. Nie sposób w tym zakresie, zdaniem obrońcy, podzielić argumentacji RKO.

Taka argumentacja odbiega od materiału dowodowego, jakim dysponował organ - ów materiał składał się z oświadczeń osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, a więc z wypowiedzi osób mających wiedzę fachową. I te wypowiedzi zawierały stwierdzenie, że wskutek warunków atmosferycznych doszło do opóźnień i w związku z tym, nie jest możliwe terminowe wykonanie zamówienia, co więcej - że należy przesunąć termin o okres równy okresowi opóźnienia. Odmienne oceny prezentowane przez organ sprowadzają się do negowania tych wypowiedzi, ale nie są poparte żadnymi badaniami, ani fachową wiedzą. Zatem osoby pozbawione fachowej wiedzy wypowiadają się w kwestiach wymagających takiej wiedzy i kwestionują wypowiedzi osób, które tę wiedzę posiadają. Opieranie ustaleń faktycznych na takim prostym zaprzeczeniu nie powinno mieć miejsca. Konstatacja, jakoby wpływ negatywnych warunków atmosferycznych na wykonanie zamówienia można było przewidzieć - jest na gruncie niniejszej sprawy rażąco błędna. Formułujący ją Rzecznik, a za nim RKO, traci bowiem z pola widzenia, że aneks nr 4/2019 nie wydłużał pierwotnie określonego terminu wykonania zamówienia, lecz wydłużał termin wynikający z poprzedniego aneksu. Projektując zamówienie, Zamawiający nie miał podstaw zakładać, że końcowe etapy robót, czyli prace na dachu i elewacji, wypadnie wykonywać w sezonie jesienno-zimowym - to wskutek opóźnienia wywołanego późnym wykryciem błędu projektowego konieczne stało się późniejsze wykonywanie tych robót. Tak, więc na etapie projektowania zamówienia Zamawiający nie mógł przewidzieć, że opady śniegu z przełomu lat 2018/2019 doprowadzą do jakichkolwiek opóźnień, bo wedle jego ówczesnych założeń, do tego czasu zamówienie dawno już będzie wykonane.

Sam fakt prowadzenia prac wewnątrz budynku, mimo wstrzymania robót na zewnątrz także nie powinien być poczytywany na niekorzyść zamawiającego czy wykonawcy - świadczy on bowiem o tym, że obie strony dokładały starań, aby uniknąć opóźnień i marnotrawienia czasu. Bezpodstawne jest więc podważanie sensu zawierania aneksu nr 4/2019 w oparciu o fakt stałego prowadzenia robót wewnątrz obiektu - wprost przeciwnie, ich prowadzenie w połączeniu z zalegającymi w aktach protokołami i wpisami w dzienniku budowy, świadczy o tym, że wydłużenie terminu realizacji umowy było niezbędne i nie wynikało z opieszałości wykonawcy.

Zdaniem obrońcy, błędne jest więc ustalenie, jakoby miało nie być podstaw do zawierania aneksu nr 4/2019. W obowiązującym w dacie zawarcia Aneksu nr 4 przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004 - wyraźnie wskazano, że niedopuszczalna jest zmiana umowy, jeżeli zamawiający nie przewidział jej w ogłoszeniu lub w SIWZ. Gdy taką zmianę przewidział w tych dokumentach, to nie można zasadnie twierdzić, że działał z naruszeniem prawa. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 uoondfp musi być - w opinii odwołującego się - ujmowane formalnie, gdyż organy dyscyplinarne, jak i sądy administracyjne nie mają kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedzania się, które zmiany umowy w konkretnych okolicznościach faktycznych są istotne i z jakiego powodu. Projektowane zapisy SIWZ i umowy były takie same dla wszystkich. Nadgorliwość IZ, a następnie Rzecznika prowadzi do wypaczenia w ogóle sensu instytucji zmiany umów zawieranych w trybie przepisów prawa zamówień publicznych - albowiem co niestety akceptuje RKO, nawet istnienie podstawy prawnej do zawarcia aneksu, nie wyłącza w ich ocenie bezprawności działania. Absolutnie błędny pogląd i praktycznie szkodliwy. W praktyce bowiem wygeneruje sztuczne procesy o kary umowne, liczne spory z Wykonawcami wyłącznie dlatego, aby uniknąć bezpodstawnej odpowiedzialności organu wykonawczego. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych powinno być ujmowane formalnie, dokonując subsumpcji danego stanu faktycznego np. aneksu do umowy jako naruszające przepisy Pzp, należy mieć na uwadze treść przepisu prawa na podstawie, którego taki aneks został zawarty, a nie wyłącznie subiektywnej oceny, co do konieczności przewidywania pogody. Każdy przepis, nawet przepisy prawa karnego, podlegają wykładni w trakcie ich stosowania, przy czym nie może to być wykładnia rozszerzająca. Zazwyczaj, w rozpatrywanych przypadkach aneksowania umów i naruszenia art. 144 Pzp 2004 żadna pogłębiona wykładnia przepisu nie ma miejsca. Oceniane jest tylko, czy dana zmiana umowy została dokonana w oparciu o adekwatne postanowienia spełniając warunki określone w przepisie lub czy w rozumieniu przepisu jest istotna. Na gruncie niniejszej sprawy - aneks nr 4 dokonany został w oparciu o adekwatne postanowienia umowy.

Aneksem nr 4/2019 Strony, powołując się na okoliczności przewidziane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ - IPU oraz umowie, tj. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004 w zw. z § 15 ust. 1 pkt 3 IPU w zw. z ust. 4 pkt. 2 Umowy, wskazując na okoliczności stwierdzone wpisami w Dzienniku Budowy, służby Zamawiającego uznały

zasadność wprowadzenia zmian do umowy w zakresie zmiany terminu realizacji inwestycji i wydłużenia o 61 dni kalendarzowych.

Istnienie niekorzystnych warunków pogodowych w okresie od 21 grudnia 2018 r. do 18 lutego 2019 r., co zostało udokumentowane przez Wykonawcę potwierdzeniami z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej (dalej: „IMiGW”), uniemożliwiało przeprowadzanie prac zewnętrznych, które dla zachowania parametrów technologicznych oraz norm wymagają odpowiednich warunków atmosferycznych. Zapis inspektora nadzoru nie był pomyłką. Stan zaawansowania budowy umożliwiał kontynuowanie prac wewnętrznych, trudno zatem zarzucać Zamawiającemu, iż nie dochował staranności nie wstrzymując wszystkich prac na budowie, przerywając jedynie zewnętrzne.

W przeciwnym razie termin zakończenia realizacji budowy jeszcze bardziej zostałby wydłużony. To są oczywiste wnioski przy elementarnej dobrej woli.

Zawarte w § 15 ust. 4 pkt 2 postanowienia umowy jednoznacznie określają „(...) lub warunków pogodowych niepozwalających na zachowanie parametrów technologicznych lub jakościowych robót (...)”. W tym zakresie, zdaniem Zamawiającego reguła interpretacyjna zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 1b Pzp 2004 jest zachowana przez jasne i precyzyjne wskazanie w zapisach umowy jednoznacznych okoliczności przy zaistnieniu których możliwe jest wprowadzanie zmian do umowy. Zamawiający, mając na uwadze anomalie pogodowe, które są obecnie częstym zjawiskiem pogodowym (fakt bezsporny), zarówno w sezonie letnim jak i zimowym, uwzględniając dynamiczność i ryzyko towarzyszące procesowi inwestycji, wymaga od Wykonawcy nie tylko wpisów kierownika robót w Dzienniku Budowy, ale też udokumentowania, iż faktycznie takie okoliczności miały miejsce.

Mając na uwadze przytoczone fakty, zdaniem Obwinionej uznać należy, iż nawet jeżeliby przyjąć interpretację określania warunków pogodowych w klauzulach umownych literalnie zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych, nie można zarzucić Zamawiającemu, iż dopuścił się naruszenia art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004. Wykazanie przez Wykonawcę, że dysponuje analizą meteorologiczną IMiGW, dowodzi zachowania staranności zarówno ze strony Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Ponadto, wpisy w Dzienniku Budowy dokonywane przez osoby posiadające uprawnienia budowlane, świadczą o prawdziwości potwierdzonych wpisem faktów. Kierownik budowy, pełniący samodzielnie funkcję techniczną w budownictwie, podejmuje decyzję na podstawie swojej wiedzy

i doświadczenia, biorąc odpowiedzialność za dokonanie wpisu w Dzienniku Budowy.

Wskazywanie przez audytorów IZ na naruszenie art. 144 ust. 1 pkt. 1 Pzp 2004, przy jednoznacznym wskazaniu w IPU oraz umowie zakresu zmian w § 15 ust. 4 pkt 2 umowy, które były udokumentowane, a okoliczności uzasadnione i potwierdzone zarówno przez kierownika budowy, jak i inspektora nadzoru, należy uznać za chybione.

W odniesieniu do wprowadzania zmian do umowy w stosunku do treści oferty powodującej zniekształcenie wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, stwierdzono w odwołaniu, iż zawarty aneks nr 4/2019, zdaniem Obwinionej, nie spowodował w żadnym wypadku takich skutków. Uzasadnieniem powyższego, jest fakt, iż gdyby inny Wykonawca realizował tę samą umowę (co bezsporne - warunki pogodowe byłyby takie same dla wszystkich w trakcie realizacji zadania) to w przypadku zaistnienia tych samych okoliczności faktycznych z innym Wykonawcą zostałby podpisany analogiczny aneks. Zarzut wskazania przez Zamawiającego (którego kierownikiem jest Obwiniona) maksymalnej ilości dni (nie dłużej niż 300), w jakim miał zostać zrealizowany przedmiot zamówienia, uznając termin jako jedno z kryteriów oceny ofert, co mogło doprowadzić do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, nie ma odniesienia do stanu faktycznego sprawy. Termin punktowany był na max 5 pkt (przy max 100 pkt dla wszystkich zakresów - 60 pkt wynagrodzenie, 35 pkt okres gwarancji, 5 pkt termin). Zatem waga terminu z całą pewnością nie decydowała w przeważającej mierze o wyłonieniu Wykonawcy. Wskazanie ww. terminu w IDW przez Zamawiającego, było podyktowane zamiarem szybkiej realizacji zadania. Termin był realny do wykonania. Wątpliwości zgłaszane przez Wykonawców w I postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy ocenić jako nieistotne w kontekście wyceny ofert.

W ocenie Obwinionej, ważną okolicznością w stanie faktycznym sprawy jest fakt, iż Wykonawca podając 250 dniowy termin realizacji zadania, szacował zakończenie inwestycji w terminie, tj. do 10 listopada 2018 r. Konieczna okazała się wymiana gruntu pod budynkiem (wymagania projektowe) aneks nr 2/2018 - wydłużenie realizacji inwestycji na samym początku o dodatkowe 90 dni. Zatem, trudno zgodzić się z tezą, iż na etapie przystąpienia do zamówienia, Wykonawca powinien przy wskazaniu terminu wkalkulować występowanie zjawisk atmosferycznych w okresie jesienno-zimowym skoro ten okres nie był kalkulowany w 250 dni wskazane przez Wykonawcę w ofercie. Podsumowując,

odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany w tym znaczeniu, że może być przypisana podmiotowi tylko wtedy, gdy naruszenie prawa polega wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów, a nie jest skutkiem jego interpretacji. Przyjęcie takiego założenia wynika z charakteru tej odpowiedzialności. Zatem przypisanie Obwinionej winy - odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zaskarżonym zakresie nie może się ostać. Deliktem z art. 17 ust. 6 uondfp jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów Pzp, a więc art. 144 ust. 1 Pzp 2004. W tym przepisie wyraźnie wskazano, że niedopuszczalna jest zmiana umowy, jeżeli zamawiający nie przewidział jej w ogłoszeniu lub w SIWZ. Gdy taką zmianę przewidział w tych dokumentach, to nie można zasadnie twierdzić, że działał z naruszeniem prawa.

W tym kontekście w odwołaniu zaznaczono, że niezasadne jest przypisanie winy Obwinionej, stąd też odwołanie jest konieczne i uzasadnione w całości.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (zwana także: „GKO”), po przeprowadzeniu 25 kwietnia 2024 r. rozprawy, przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, na podstawie zebranego materiału dowodowego ustaliła i zważyła, co następuje.

Analiza stanu faktycznego sprawy poprawnie ustalonego w istotnym dla sprawy zakresie przez RKO, skłoniła GKO do uchylenia orzeczenia RKO w zaskarżonym zakresie i uniewinnienia Obwinionej. Komisja I instancji, o ile prawidłowo ustaliła kluczowe regulacje prawne dotyczące zasad rządzących zmianami umowy o zamówienia publiczne (poprawnie stosując do oceny stanu faktycznego sprawy, zgodnie z art. 24 uondfp oraz przepisy Pzp 2019 obowiązujące w dacie orzekania) - to wadliwie zastosowała je w sprawie. Kluczową dla rozpoznania odwołania jest – jak słusznie zaakcentowane zostało w odwołaniu – ocena brzmienia przywołanych przepisów Pzp w powiązaniu z postanowieniami Umowy (w kontekście zawarcia aneksu nr 4 z 27 marca 2019 r. do umowy nr (...) z 21 grudnia 2017 r. na wykonanie zadania publicznego pod nazwą „PT i wykonanie hospicjum”). W myśl art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp 2019 dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

- 1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych

postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

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

W analizowanym przypadku Zamawiający przewidział w SIWZ (§ 15 ust. 4 pkt 2 IPU), że (...) „Zmiana terminów wskazanych w umowie może nastąpić w przypadku (...) wystąpienia (...) warunków pogodowych niepozwalających na zachowanie parametrów technologicznych lub jakościowych robót. Podstawą żądania przedłużenia terminu umownego jest przerwanie robót przez Zamawiającego, potwierdzone wpisem do Dziennika Budowy.”

Tym samym nie budzi wątpliwości, że jeśli zidentyfikowano warunki pogodowe, które nie pozwalały na prawidłowe (pod względem technologicznym lub jakościowym) wykonanie robót, co znalazło odzwierciedlenie w Dzienniku Budowy stosownym wpisem, zmianę Umowy należy uznać za dopuszczalną w świetle art. 455 ust. 1 Pzp 2019. Tak też było w sprawie aneksu nr 4 – okoliczności uzasadniające jego zawarcie wpisują się w przesłankę zmiany Umowy wskazaną w cytowanych postanowieniach SIWZ. Poszczególne przesłanki zmiany umowy przewidziane przepisami Pzp 2019 mają charakter autonomiczny.

Jeśli Zamawiający opisał w SIWZ określone okoliczności, jako uprawniające do zmiany umowy to bez znaczenia jest ocena w realiach sprawy, czy zmiana kwalifikowana jest jako istotna, czy nieistotna.

W realiach rozpoznawanej sprawy w toku realizacji Umowy w okresie od 21 grudnia 2018 r. do 18 lutego 2019 r. (co zostało udokumentowane przez Wykonawcę potwierdzeniem IMiGW) wystąpiły warunki pogodowe uniemożliwiające przeprowadzenie prac zewnętrznych, z zachowaniem odpowiednich parametrów technologicznych robót. Brak możliwości prowadzenia prac został potwierdzony przez uprawnioną osobę wpisem w Dzienniku Budowy. Zaktualizowała się zatem podstawa zmiany Umowy wskazana w powołanym § 15 ust. 4 pkt 2 IPU.

Podkreślenia wymaga, że możliwość zmiany Umowy nie była w SIWZ warunkowana nieprzewidywalnością wystąpienia nieodpowiednich do prowadzenia robót warunków pogodowych. Nie wymagała także, aby roboty miały być przerwane w całości. Co więcej niezrozumiałe jest czynienie Obwinionej zarzutu, że prace wewnątrz budynku były w okresie zimowym bez przerwy prowadzone. Obwiniona zachowała należyłą staranność dążąc

do jak najszybszego wykonania Umowy przez wykonawcę. Także okres, o który wydłużono realizację zamówienia (61 dni), odpowiada okresowi wstrzymania prac. Nie budzi wątpliwości także, że charakter umowy pozostał niezmieniony w wyniku wydłużenia terminu jej realizacji.

W konsekwencji należy uznać odwołanie za zasadne uchylając orzeczenie Komisji I instancji i uniewinniając Obwinioną, gdyż jej działanie, polegające na zawarciu aneksu nr 4 do Umowy nie stanowi naruszenia art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004 (art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp 2019), a tym samym nie wyczerpuje znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych opisanego w art. 17 ust. 6 uondfp.

Uniewinniając Obwinioną od zarzucanego czynu należało też uchylić rozstrzygnięcie RKO w zakresie kary i obowiązku zwrotu kosztów postępowania i na podstawie art. 167 ust. 2 uondfp orzec, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Zważywszy powyższe orzeczono jak w sentencji.