



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 27 czerwca 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Gryśka (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Iwona Bendorf-Bundorf</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Teresa Warszawska</i>
Protokolant:		<i>Bartosz Głuszko</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 27 czerwca 2016 r., w sprawie odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie w Poznaniu z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. akt: DB-0965/9/15, w zakresie w którym Komisja uznała Obwinionego (...) winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych określonych w **art. 17 ust. 6** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegających na niezgodnym z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonaniu zmian umowy z dnia 18.07.2012 r. na „Przebudowę ulicy (...) wraz z remontem obiektu mostowego” w ramach projektu Projekt pn. Przebudowa ulicy (...) wraz z remontem obiektu mostowego”, w odniesieniu do zmian dokonanych:

- Aneksem nr 2 z dnia 3 września 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych zwiększono wysokość wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 64.967,27 zł (wynagrodzenie wynosi 4.249.531,29 zł),
- Aneksem nr 3 z dnia 10 października 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych zwiększono wysokość wynagrodzenia o kwotę 139.244,15 zł (wynagrodzenie wynosi 4.388.775,44 zł),
- Aneksem nr 6 z dnia 24 grudnia 2012 r. zmieniono termin wykonania inwestycji z dnia 31 grudnia 2012 r. na dzień 07 maja 2013 r.
- Aneksem nr 8 z dnia 01 lipca 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych zwiększono wynagrodzenie o kwotę 236.824,27 zł (wynagrodzenie wynosi 4.625.599,71 zł) i termin wykonania inwestycji z dnia 8 lipca 2013 r. na dzień 10 listopada 2013 r.,

- Aneksem nr 9 z dnia 11 września 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych zwiększono wynagrodzenie o kwotę 539.899,97 zł.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) uchyla orzeczenie Komisji I instancji w zaskarżonym zakresie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 11 lutego 2016 r. Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, po ponownym rozpatrzeniu sprawy, uznała Pana (...)– Dyrektora (...) Zarządu Dróg Miejskich w (...) winnym popełnienia czynów z art. 17 ust . 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegających na niezgodnym z art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych dokonaniu zmian umowy zawartej w dniu 18 lipca 2012 r. na wykonanie zadania na „Przebudowę ulicy(...) wraz z remontem obiektu mostowego”, w odniesieniu do zmian dokonanych aneksami:

- 1) Aneksu nr 2 z dnia 3 września 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wysokość wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 64.967,27 zł,
- 2) Aneksu nr 3 z dnia 10 października 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wysokość wynagrodzenia o kwotę 139.244,15 zł,
- 3) Aneksu nr 6 z dnia 24 grudnia 2012 r., którym zmieniono termin wykonania inwestycji z dnia 31 grudnia 2012 r. na dzień 7 maja 2013 r.,

- 4) Aneksu nr 8 z dnia 1 lipca 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wynagrodzenie o kwotę 236.824,27 zł oraz termin wykonania inwestycji z dnia 8 lipca 2013 r. na dzień 10 listopada 2013 r.,
- 5) Aneksu nr 9 z dnia 11 września 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych zwiększono wynagrodzenie o kwotę 539.899,97 zł.

Za przypisane czyny Komisja Orzekająca pierwszej instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła go kosztami postępowania.

Tym samym orzeczeniem Obwiniony został uniewinniony od zarzutu popełnienia czynu z art. 13 pkt 6 lit. a oraz art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Złożone w sprawie odwołanie dotyczy wyłącznie części orzeczenia pierwszej instancji, w której Obwiniony został uznany winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, dalsza część uzasadnienia GKO odnosi się więc wyłącznie do zakresu, w jakim Główna Komisja Orzekająca rozpoznaje odwołanie w wyniku złożonego środka zaskarżenia.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji, w zakresie w jakim dotyczy to części uzasadnienia odnoszącej się do przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stwierdziła, że kwestia dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziana została w:

- 1) pkt. 21.3 SIWZ (dopuszczalność zmiany umowy w przypadku: zmiany przepisów, jeżeli zmiana ta wpływa na zakres lub warunki wykonywanych przez strony świadczeń, zmian w zakresie parametrów techniczno-eksploatacyjnych urządzeń, materiałów, wyrobów, warunków gwarancji o ile są korzystne dla zamawiającego i obiektywnie uzasadnione),
- 2) pkt. 21.4. SIWZ (zmiana terminu wykonania przedmiotu zamówienia),
- 3) § 2 ust. 3 umowy zawartej w dniu 18 lipca 2012 r. (zmiana terminu wykonania zamówienia w zakresie szerszym niż przewidywano w SIWZ po dokonaniu zmiany ogłoszenia o zamówienie publiczne z dnia 10 maja 2012 r.).

Komisja dokonała oceny każdej ze zmian umowy dokonanych dziesięcioma aneksami, przyjmując za podstawę oceny wskazane wyżej przesłanki dopuszczalności zmiany, wynikające z SIWZ i umowy. Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie podzieliła poglądu prezentowanego przez Obwinionego, że możliwość zmian umowy można wywieść z § 7 ust. 1 i ust. 3 oraz § 14 ust. 6 i § 15 umowy. W ocenie RKO te postanowienia umowy nie dotyczą bowiem możliwości zmiany umowy i warunków takiej zmiany lecz sposobu rozliczeń

zamawiającego z wykonawcą. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim wnioskiem, w ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji, jest również to, że możliwość zmian umieszczona została w stosownych postanowieniach SIWZ oraz umowy. Konstruując zatem SIWZ, jak i umowę trudno zatem logicznie wytłumaczyć zamieszczanie tego rodzaju istotnych postanowień w jakichkolwiek dowolnych miejscach. W treści SIWZ, jak i w treści umowy umieszcza się określone regulacje w z góry przewidzianych segmentach tych dokumentów.

Po dokonaniu powyższej przedstawionego wywodu, Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała, że zmiany dokonane aneksami nr 1, 4, 5, 7 i 10 mieściły się w katalogu zmian przewidzianych w postanowieniach SIWZ i umowy i nie naruszyły art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych, co skutkowało uniewinnieniem Obwinionego w tym zakresie. Natomiast zmiany dokonane aneksami nr 2, 3, 6, 8 i 9 nie mieściły się w katalogu zmian przewidzianych w postanowieniach pkt 21.3, 21.4 SIWZ i § 2 ust. 3 umowy w konsekwencji czego jako naruszające art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowiły naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji wskazała, że odpowiedzialność Obwinionego wynika z udzielonych mu w tym zakresie upoważnień i pełnomocnictw przez Prezydenta Miasta (...) oraz tego, że jako upoważniony podpisał wskazane aneksy mimo, że zmiany w nich przewidziane nie mieściły się w warunkach ich dokonania.

Orzekając o karze, Komisja Orzekająca pierwszej instancji uwzględniła fakt uniewinnienia Obwinionego od części zarzutów i stwierdziła, że kara upomnienia jest karą adekwatną do przypisanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ma także odpowiedni wymiar prewencyjny.

Od orzeczenia Komisji Orzekającej pierwszej instancji odwołanie w piśmie z dnia 22 marca 2016 r. złożył obrońca Obwinionego. Zaskarżył orzeczenie w części dotyczącej uznania Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wymierzenia mu kary upomnienia oraz rozstrzygnięcia o kosztach, a orzeczeniu zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych polegających na przyjęciu, że Obwiniony zawarł z wykonawcom aneksy zmieniające umowę w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy umowa nie

przewidziała możliwości jej zmiany we wskazanym zakresie. Obrońca wniósł o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i uniewinnienie Obwinionego.

Podważając zasadność wydanego w sprawie rozstrzygnięcia, obrońca Obwinionego stwierdził, że w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy dokonanego aneksem nr 6, to była ona spowodowana wystąpieniem niekorzystnych warunków atmosferycznych, które uniemożliwiały realizację robót. Możliwość tej zmiany wynikała z § 2 ust. 3 pkt 1 umowy.

W zakresie zmian wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, dokonanych aneksami nr 2, 3, 8 i 9, były one spowodowane wystąpieniem robót dodatkowych, określonych w protokołach konieczności. Możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy wynikała w tym zakresie z § 7 ust. 3 umowy oraz § 14 i 15 umowy. Odwołujący się nie podziela stanowiska Komisji Orzekającej pierwszej instancji, że przywołane postanowienia umowy dotyczyły wyłącznie sposobu rozliczeń zamawiającego z wykonawcom, a nie możliwości zmiany umowy i warunków takiej zmiany. Nie podzielając stwierdzenia Komisji, że możliwość zmiany umowy przewidziana została wyłącznie w § 2 ust. 3 umowy, odwołujący się wskazuje, że to postanowienie umowy dotyczyło wyłącznie zmiany terminu wykonania umowy, natomiast postanowienia dotyczące w wynagrodzenia przewidziane zostały w § 14 i 15 umowy i na ich podstawie oraz według zasad w nich wskazanych Obwiniony zawarł aneksy zmieniające wysokość wynagrodzenia wykonawcy robót.

Główna Komisja Orzekająca, rozpoznając sprawę, stwierdziła co następuje.

GKO rozpoznając niniejszą sprawę w dniu 28 września 2015 r. i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania wskazała na uchybienia wydanego wówczas orzeczenia pierwszej instancji i w swoim rozstrzygnięciu zawarła wytyczne co do ponownego rozstrzygnięcia sprawy. Wytyczne te w należyty sposób zostały uwzględnione przez Komisję Orzekającą pierwszej instancji przy wydawaniu zaskarżonego orzeczenia. W szczególności jednoznacznie wskazane zostały czyny, jakie organ orzekający przypisał Obwinionemu jako naruszenia dyscypliny finansów publicznych (równie jednoznacznie określony został zakres uniewinnienia, co czyni zadość wymogom rozstrzygnięcia całości postawionych zarzutów) oraz przywołano przepisy prawa, których działanie Obwinionego naruszało.

Dostrzegając powyższe, Główna Komisja Orzekająca zmuszona jest jednak po raz kolejny uchylić wydane w sprawie rozstrzygnięcie i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. Usuwając bowiem uchybienia dostrzeżone przez GKO przy poprzednio wydawanym w sprawie rozstrzygnięciu, Komisja Orzekająca pierwszej instancji wydała orzeczenie, które wymyka się kontroli instancyjnej ze względu na podstawowe braki w uzasadnieniu. Jak wynika z art. 137 ust. 2 pkt 1-3, uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania (pkt 1), wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione (pkt 2), a także wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia (pkt 3). Zakres ten jest podstawowym elementem uzasadnienia, który pozwala ustalić jaki był tok rozumowania komisji orzekającej i co doprowadziło ją do takich, a nie innych wniosków, których istotę oddaje sentencja orzeczenia. Komisja Orzekająca pierwszej instancji rozstrzygając w niniejszej sprawie wskazała, że uznaje odpowiedzialność Obwinionego w przypadku 5 z 10 aneksów, których dotyczył zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych postawiony przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji. Komisja przypisała Obwinionemu odpowiedzialność za zawarcie aneksów nr 2, 3, 6, 8 i 9, których podpisanie ocenione zostało jako niezgodne z art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, jednocześnie uniewinniając go od zawarcia aneksów nr 1, 4, 5, 7 i 10 oraz od zarzutu popełnienia czynu z art. 13 pkt 6 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Analizując uzasadnienie wydanego w sprawie orzeczenia Główna Komisja Orzekająca nie jest w stanie ocenić poprawności takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. Komisja Orzekająca pierwszej instancji po przytoczeniu postanowień SIWZ i umowy w zakresie dotyczącym dopuszczalności zmiany umowy (str. 13-14 uzasadnienia) oraz treści art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych (str. 15) stwierdziła, że *„dokonała oceny każdej z 10 zmian, pod kątem zgodności z warunkami zmiany umowy określonymi zarówno w SIWZ (pkt 21.3 i 21.4) jak i § 2 ust. 3 umowy z 18.07.2012 r.”* (str. 15). Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie podzieliła poglądu prezentowanego przez Obwinionego, że możliwość zmian

umowy można wywieść z § 7 ust. 1 i ust. 3 oraz § 14 ust. 6 i § 15 umowy. W ocenie RKO te postanowienia umowy nie dotyczą bowiem możliwości zmiany umowy i warunków takiej zmiany lecz sposobu rozliczeń zamawiającego z wykonawcą. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim wnioskiem, w ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji, jest również to, że możliwość zmian umieszczona została w stosownych postanowieniach SIWZ oraz umowy. Konstruując zatem SIWZ, jak i umowę trudno zatem logicznie wytłumaczyć zamieszczanie tego rodzaju istotnych postanowień w jakichkolwiek dowolnych miejscach. W treści SIWZ, jak i w treści umowy umieszcza się określone regulacje w z góry przewidzianych segmentach tych dokumentów.

Po dokonaniu powyższej przedstawionego wywodu, Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała, że zmiany dokonane aneksami nr 1, 4, 5, 7 i 10 mieściły się w katalogu zmian przewidzianych w postanowieniach SIWZ i umowy i nie naruszyły art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych, co skutkowało uniewinnieniem Obwinionego w tym zakresie. Natomiast zmiany dokonane aneksami nr 2, 3, 6, 8 i 9 nie mieściły się w katalogu zmian przewidzianych w postanowieniach pkt 21.3, 21.4 SIWZ i § 2 ust. 3 umowy w konsekwencji czego jako naruszające art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowiły naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że takie sformułowanie uzasadnienia jest niewystarczające z punktu widzenia możliwości jego instancyjnej kontroli. Komisja Orzekająca pierwszej instancji wskazała bowiem wyznacznik dokonywanej w sprawie oceny (postanowienia SIWZ i umowy) oraz jej wynik w postaci stwierdzenia, które aneksy uznała za dopuszczalne, a które nie. GKO nie jest w stanie ocenić poprawności tej oceny, bowiem w uzasadnieniu zabrakło wyczerpującego wskazania podstaw dokonania takiej, a nie innej oceny w odniesieniu do poszczególnych aneksów. W szczególności jest to widoczne w zakresie aneksu nr 6 z dnia 24 grudnia 2012 r., którym zmieniono termin wykonania inwestycji z dnia 31 grudnia 2012 r. na dzień 7 maja 2013 r. Obwiniony w toku postępowania w pierwszej instancji wskazywał, iż zmiana ta była spowodowana wystąpieniem niekorzystnych warunków atmosferycznych, które uniemożliwiały realizację robót. Konsekwentnie przyczyna ta jest wskazywana w treści złożonego w sprawie odwołania. Zastępca głównego rzecznika dyscypliny finansów publicznych na rozprawie odwoławczej stwierdził, że są wątpliwości co zasadności przypisania tego aneksu Obwinionemu, w

związku z czym wniósł o uniewinnienie w tym zakresie. Główna Komisja Orzekająca zwróciła uwagę, że w zakresie aneksu nr 5 i 7, którymi zmieniano termin wykonania inwestycji Komisja Orzekająca pierwszej instancji uniewinniła Obwinionego. Z uzasadnienia wydanego w sprawie rozstrzygnięcia w żaden sposób nie można wywieść dlaczego Komisja podjęła różne rozstrzygnięcia w przypadku aneksów, którymi dokonano analogicznych zmian (zmiana terminu wykonania inwestycji) i co do których Obwiniony wskazywał analogiczne przyczyny (wystąpienie niekorzystnych warunków atmosferycznych).

Z powyższych względów Główna Komisja Orzekająca zmuszona była orzec jak w sentencji orzeczenia.

Powinnością Komisji Orzekającej pierwszej instancji ponownie rozpoznającej sprawę będzie zatem wydanie kolejnego rozstrzygnięcia poprawnego zarówno w części rozstrzygającej (sentencji), jak i uzasadnienia, które wskazywać powinno nie tylko prezentację wyznacznika dokonywanej oceny i jej wynik, ale również pełny tok rozumowania organu orzekającego. Z uzasadnienia powinno wynikać, dlaczego organ orzekający tak, a nie inaczej ocenił poszczególne aneksy. Komisja powinna również więcej uwagi przyłożyć do poglądu Obwinionego w zakresie wskazywanych podstaw zawarcia aneksów dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, które wywodził z § 7 ust. 3 umowy oraz § 14 i 15 umowy. Jakkolwiek można podzielić stanowisko Komisji Orzekającej pierwszej instancji, że § 7 ust. 3 dotyczy przede wszystkim sposobu rozliczeń zamawiającego z wykonawcom, to § 14 i 15 umowy dotyczą kwestii zlecenia robót dodatkowych bądź zamiennych, stąd konieczna jest szersza ocena ich znaczenia w kontekście dopuszczalności doprowadzenia na tej podstawie do zmiany umowy niżli tylko miejsce ujęcia ich treści w umowie. Ma to znaczenie również dlatego, że w przypadku niektórych aneksów (aneks nr 2 i 3) § 14 umowy jest wprost wskazywany jako podstawa ich zawarcia.