

Warszawa, 23 lutego 2012 r.



GLÓWNA KOMISJA ORZEKAJĄCA

w Sprawach o Naruszenie
Dyscypliny Finansów Publicznych

BDF1/4900/2/2/12/59

ORZECZENIE

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

Przewodniczący: *Członek GKO:* **Paweł Kryczko (spr.)**
Członkowie: *Członek GKO:* **Agata Kasica**
Członek GKO: **Ireneusz Piasecki**
Protokolant: **Hanna Kąkol**

rozpoznała na rozprawie w dniu **23 lutego 2012 r.** - przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pana **Roberta Wydry** – odwołanie wniesione przez Obwinionego (...) zam. (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję wójta gminy - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z dnia 18 listopada 2011 r., sygn. akt: DB-0965/123/11 w zakresie uznania Obwinionego (...) winnym:

- nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na dokonaniu wydatków ze środków publicznych bez upoważnienia poprzez zrealizowanie w 2009 roku wydatków budżetowych w dziale 851, rozdziale 85154 w kwocie 4.800 zł na prowadzenie zajęć rekreacyjno – sportowych i tanecznych oraz zajęć komputerowych, które nie są określone w Gminnym Programie Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych uchwalonym przez Radę Gminy na 2009 rok, czym naruszono art. 18², w związku z art. 4¹ ust. 1 ustawy z dnia 26 października 1982 roku o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. z 2007r. Nr 70 poz. 473 ze zm.). Obwiniony zatwierdził do wypłaty wydatki realizowane na podstawie:
 - umowy na prowadzenie zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej z młodzieżą szkolną - umowa zlecenie dla E.O. zawarta w dniu 01.01.2009 r. na okres od 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r. za wynagrodzeniem 300 zł brutto miesięcznie

Klasyfikacja budżetowa	Data przelewu	Rodzaj i nr dokumentu księgowego	Kwota	Osoba zatwierdzająca	Data zatwierdzenia do wypłaty
851 54 §41 70	30-01-2009	Lista plac Nr 256 z dn. 27.01.2009 r.- wypł. netto	253,00	(...)	29-01-2009
85154 §4170	05-02-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-02-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
851 54 §41 70	31-03-2009	Lista plac Nr 292 z dn.25.03.2009 r.- wypł.	253,00	j.w.	30-03-2009

85154 §4170	03-04-2009	i.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-04-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	30-04-2009	Lista płac Nr 313 z dn. 27.04.2009 r.- wypł.	253,00	j.w.	28-04-2009
851 54 §41 70	05-05-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-05-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	30-06-2009	Lista płac Nr 357 z dn. 26.06.2009 r.- wypł.	253,00	j.w.	29-06-2009
85154 §4170	06-07-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-07-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	31-08-2009	Lista płac Nr 400 z dn. 27.08.2009 r.- wypł	253,00	j.w.	27-08-2009
85154 §4170	04-09-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	18-09-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	30-09-2009	Lista płac Nr 423 z dn. 28.09.2009 r.- wypł.	253,00	j.w.	29-09-2009
85154 §4170	05-10-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-10-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	30-10-2009	Lista płac Nr 441 z dn. 27.10.2009 r.- wypł	253,00	j.w.	28-10-2009
85154 §4170	05-11-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-11-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
851 54 §41 70	30-11-2009	Lista płac Nr 478 z dn. 26.11.2009 r.- wypł.	253,00	j.w.	27-11-2009
85154 §4170	04-12-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	18-12-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
Razem			2.400,00		

2) umowy na prowadzenie zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej z młodzieżą szkolną - umowa zlecenie dla J.K.-S. zawarta w dniu 01.01.2009 r. na okres od 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r. za wynagrodzeniem 300 zł brutto miesięcznie.

Klasyfikacja budżetowa	Data przelewu	Rodzaj i nr dokumentu księgowego	Kwota	Osoba zatwierdzająca do wypłaty	Data zatwierdzenia do wypłaty
85154 §4170	30-01-2009	Lista płac Nr 256 z dn. 27.01.2009 r.- wypł. netto	253,00	(...)	29-01-2009
85154 §4170	05-02-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-02-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
851 54 §41 70	31-03-2009	Lista płac Nr 292 z dn.25.03.2009 r.- wypł. netto	253,00	j.w.	30-03-2009
85154 §4170	03-04-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-04-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	30-04-2009	Lista płac Nr 313 z dn. 27.04.2009 r.- wypł. netto	253,00	j.w.	28-04-2009
85154 §4170	05-05-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
851 54 §41 70	20-05-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
851 54 §41 70	30-06-2009	Lista płac Nr 357 z dn. 26.06.2009 r.- wypł. netto	253,00	j.w.	29-06-2009
85154 §4170	06-07-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-07-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.

85154 §4170	30-09-2009	Lista plac Nr 423 z dn. 28.09.2009 r.- wypł. netto	253,00	j.w.	29-09-2009
85154 §4170	05-10-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
851 54 §41 70	20-10-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	30-10-2009	Lista plac Nr 441 z dn. 27.10.2009 r.- wypł. netto	253,00	j.w.	28-10-2009
85154 §4170	05-11-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	20-11-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	30-11-2009	Lista plac Nr 478 z dn. 26.11.2009 r.- wypł. netto	253,00	j.w.	27-11-2009
85154 §4170	04-12-2009	j.w. - ubezpieczenie zdrowotne	27,00	j.w.	j.w.
85154 §4170	18-12-2009	j.w. - podatek	20,00	j.w.	j.w.
Razem			2.400,00		

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z **art. 11 ust. 1** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

2. nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego na zadanie inwestycyjne pn: „*Budowa szlaku pieszego i ścieżki rowerowej*” o wartości ustalonej według kosztorysu inwestorskiego 350.589,45 zł bez VAT, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zakończonym podpisaniem umowy w dniu 8.04.2009 r. z wykonawcą za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 469.549,94 zł z VAT, z naruszeniem przepisu art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), poprzez:

- zawarcie w dniu 8 kwietnia 2009 r. aneksu Nr 1/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09, którym zlecono wykonanie roboty dodatkowej, polegającej na wykonaniu łącznika pomiędzy chodnikiem na Osiedlu a szlakiem pieszym ze ścieżką rowerową, za wynagrodzeniem w kwocie 29.542,08 zł z VAT.

- zawarcie w dniu 24 czerwca 2009 r. aneksu Nr 2/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09, którym wprowadzona została zmiana w zakresie rzeczowym zadania (roboty zamienne) oraz zmiana wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia podstawowego - wynagrodzenie ryczałtowe zostało zwiększone o kwotę 3.555,42 zł brutto,

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z **art. 17 ust. 6** ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła Go obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 282,27 zł.

Główna Komisja Orzekająca - biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały - na podstawie art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,

orzeka:

1. Na podstawie **art. 147 ust. 1 pkt 2** ustawy uchyla orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w zaskarżonej części i na podstawie art. 78 ust 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 78 ust.

3 ustawy uniewinnia Obwinionego od postawionych zarzutów popełnienia czynu określonego w art. 11 ust. 1 ustawy oraz czynu określonego w art. 17 ust. 6 ustawy.

2. Na podstawie **art. 167 ust. 2 ustawy** koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania (art. 142 ustawy).

Stosownie do art. 169 ustawy 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

Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej, pismem z dnia 9 sierpnia 2011 r., powiadomiła Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej o ujawnionych - w Urzędzie Gminy - naruszeniach dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 11 ust. 1 oraz art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu zawiadomienia przedstawiono okoliczności, w jakich doszło do naruszeń. Do zawiadomienia załączono kserokopie dokumentów dotyczących zarzucanych czynów.

Po przeprowadzeniu czynności sprawdzających Rzecznik, postanowieniami z dnia 23 września 2011 r. wszczęła wobec Pana (...) oraz Pani(...), Wójta i Sekretarza Gminy, postępowanie wyjaśniające.

W toku postępowania Obwinieni złożyli wyjaśnienia zawarte w pismach z dnia 27 oraz 29 września 2011 r. Rzecznik rozpoznając sprawę dopuściła, jako dowody w sprawie, dokumenty zgromadzone w toku postępowania wyjaśniającego, treść wyjaśnień Obwinionych złożonych w toku postępowania a także przedłożone przez ww. dokumenty. Na podstawie zgromadzonej w sprawie dokumentacji Rzecznik ustaliła co następuje.

I. Zgromadzona w sprawie dokumentacja wskazywała, iż ze środków przeznaczonych na profilaktykę i przeciwdziałanie alkoholizmowi realizowanych w ramach Gminnego Programu Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, poniesiono wydatki między innymi z 4 umów na łączną kwotę 7.500,00 zł dotyczące:

- prowadzenia zajęć rekreacyjno - sportowych i tanecznych dla uczniów szkoły podstawowej i gimnazjum (Y) w czasie ferii zimowych na kwotę 150,00 zł,
- prowadzenia zajęć rekreacyjno - sportowych i tanecznych dla uczniów szkoły podstawowej i gimnazjum (Y) w czasie ferii zimowych na kwotę 150,00 zł,
- prowadzenia zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) z młodzieżą szkolną w miejscowości na kwotę 3.600,00 zł,
- prowadzenia zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) z młodzieżą szkolną w miejscowości na kwotę 3.600,00 zł.

Dyspozycją art. 4¹ ust. 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. z 2007 r. Nr 70, poz. 473 z późn. zm.), przyznano

radzie gminy kompetencję do corocznego uchwalania gminnego programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych określającego realizację zadań, o których mowa w ustępie 1 tego przepisu.

Z kolei art. 4¹ ust. 1 powołanej ustawy stanowi, że prowadzenie działań związanych z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych oraz integracji społecznej osób uzależnionych od alkoholu należy do zadań własnych gmin.

Zatem art. 4¹ ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi nakłada na gminę obowiązek prowadzenia działań związanych z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych oraz integracji społecznej osób uzależnionych od alkoholu, które to działania powinny zostać sprecyzowane w postaci gminnego programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych.

Rzecznik podkreśliła, że w ramach programu można podejmować tylko działania związane z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych i tylko takie działania mogą być finansowane z opłat za korzystanie z zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych.

W ocenie Rzecznika przedstawione we wniosku wydatki wobec braku określenia grupy docelowej nie mają charakteru profilaktyki i przeciwdziałania alkoholizmowi, nie dotyczą też zadań określonych w Gminnym Programie Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych uchwalonym przez Radę Gminy na 2009 rok. W związku z powyższym poprzez ich dokonanie wyczerpano znamiona czynu, o którym mowa w art. 11 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na dokonywaniu wydatków bez upoważnienia.

Odnosząc się do opisanych powyżej nieprawidłowości, Obwiniony Pan (...) stwierdził, iż cyt.: „Wydatki na realizację programu RPA są zgodne z jego celami i zadaniami oraz ustawą o wychowaniu w trzeźwości. Ponadto zajęcia z młodzieżą były organizowane na wniosek komisji RP A i pozytywnie oceniane przez organy Rady Gminy (Y)”.

Rzecznik stwierdziła, że art. 11 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych obliuguje kierownika jednostki sektora finansów publicznych, a także wszystkie inne osoby mogące skutecznie dokonywać wydatków, do dokonywania takich czynności jedynie w granicach posiadanego upoważnienia. Natomiast z analizy przedłożonych dowodów wynika, że w Urzędzie Gminy, wydatkowano kwotę 7.500 zł, bez upoważnienia.

Rzecznik uznała, że w przedmiotowej sprawie działanie Obwinionych nie miało znamion celowości w popełnieniu naruszeń, bowiem Obwinieni nie mieli zamiaru popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale na skutek niezachowania należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, szczególnie od osób zajmujących kierownicze stanowiska, doszło do naruszenia. Rzecznik uznała, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych miało charakter nieumyślny w postaci niedbalstwa. Nie można bowiem uznać, że zatwierdzając przedstawione we wniosku wydatki, Obwinieni nie mieli możliwości innego, zgodnego z prawem, zachowania się, mającego na celu prawidłową realizację obowiązków spoczywających na pracodawcy.

II. Zgromadzona w sprawie dokumentacja wskazuje na naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Budowę szlaku pieszego i ścieżki rowerowej (Y)" o wartości ustalonej według kosztorysu inwestorskiego 350.589,45 zł bez VAT, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zakończonym podpisaniem umowy w dniu 8.04.2009 r. z wykonawcą, za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 469.549,94 zł z VAT. Ustalając wynagrodzenie w formie ryczałtu strony przyjęły do stosowania art. 632 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub

kosztów prac.

W § 10 pkt 1 umowy Zamawiający przewidział możliwość udzielenia w trakcie realizacji przedmiotu umowy zamówień dodatkowych na roboty nieobjęte umową, nieprzekraczające 50% wartości wynagrodzenia ryczałtowego określonego w umowie, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, tj. z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernych kosztów, lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, a wykonawca zobowiązany jest wykonać te roboty na podstawie dodatkowego pisemnego zamówienia.

Zgodnie z § 10 pkt 2 umowy, Zamawiający mógł udzielić na roboty dodatkowe zamówienia w trybie z wolnej ręki, przy zachowaniu tych samych zasad co do zamówienia podstawowego objętego niniejszą umową. § 11 pkt 1 umowy nakładał na wykonawcę obowiązek pisemnego informowania Zamawiającego o konieczności wykonania prac dodatkowych lub zamiennych sporządzając protokół konieczności określający zakres robót oraz szacunkową ich wartość.

Na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę Aneksem nr 1/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09 z dnia 8 kwietnia 2009 r., zamiast odrębną umową, Zamawiający zlecił wykonanie roboty dodatkowej, polegającej na wykonaniu łącznika pomiędzy chodnikiem na Osiedlu a szlakiem pieszym ze ścieżką rowerową, za wynagrodzeniem w kwocie 29.542,08 zł z VAT.

W pkt 28.2 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postanowił, że *„Zakazane są zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego. Zmiana umowy dokonana niezgodnie z poprzednim zdaniem jest nieważna”*.

W dniu 24 czerwca 2009 r. Zamawiający zawarł z Wykonawcą kolejny Aneks Nr 2/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09, którym wprowadzona została zmiana w zakresie rzeczowym zadania (roboty zamienne) oraz zmiana wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia podstawowego - wynagrodzenie ryczałtowe zostało zwiększone o kwotę 3.555,42 zł brutto.

Z przedłożonego dokumentu pn. "Notatka ze spotkania dot. budowy szlaku pieszego i ścieżki rowerowej" z dnia 20.05.2009 r., wynika że: zmiana w zakresie rzeczowym zadania związana jest z prowadzeniem działalności transportowej i parkingiem przy masarni. Z dokumentu tego nie wynika, że ww. okoliczności nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i że zmiana zakresu rzeczowego była niezbędna do prawidłowego wykonania robót podstawowych.

Przepis art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (zwanej też ustawą Pzp) obowiązującej w dacie zawierania aneksu zakazywał dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Odnosząc się do opisanych powyżej nieprawidłowości, Obwiniony Pan (...) stwierdził, iż: *Wydatki i zakres zadania inwestycyjnego pn. Budowa szlaku pieszego i ścieżki rowerowej zostały określone w wyniku przetargu i umowy, której wzór był elementem SIWZ.*

Na kosztorys (zakres) całego zadania składały się dwie części:

- a) roboty budowlane ok 350 tys. zł,
- b) solarne oświetlenie uliczne ok 100 tys. Zł.

Po przetargu określono wartość całego zadania i na taką kwotę zawarto umowę. W trakcie realizacji inwestycji, przy wytyczeniu trasy, wpłynęły dwa wnioski dotyczące:

-przedłużenie jednej odnogi ścieżki w celu połączenia trasy z chodnikiem spółdzielni mieszkaniowej,

-wzmocnienie podbudowy na jednym wjeździe do nieruchomości ponieważ był to wjazd również do siedziby dużej firmy transportowej.

Po wysłuchaniu opinii różnych stron uznałem, że wnioski są słuszne, uzasadnione gospodarczo i celowe. Zgodnie z odpowiednim pkt. SIWZ i umowy należało zwiększyć zakres zadania, przy zachowaniu stawek cenowych z przetargu. Sporządzony został odpowiedni protokół robót dodatkowych i kosztorys. Zlecenie robót dodatkowych nastąpiło w formie aneksu do umowy, co nie narusza ustaw i zasad księgowych. Zwiększony zakres zadania był uzasadniony i nie mógłby być zrealizowany przez innego wykonawcę. Z powyższych powodów uważam, że nie naruszyłem prawa i zwiększenie zamówienia było celowe, gospodarczo uzasadnione a nie można było przewidzieć konieczności przedłużenia ścieżki na etapie projektu.

Rzecznik dyscypliny finansów publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej – po dokonaniu analizy prawnej - stanął na stanowisku, iż w ww. postępowaniu dokonano zmiany umowy z naruszeniem cytowanego powyżej przepisu art. 144 ustawy Pzp, poprzez:

- zawarcie w dniu 8 kwietnia 2009 r. aneksu Nr 1/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09, którym zlecono wykonanie roboty dodatkowej, polegającej na wykonaniu łącznika pomiędzy chodnikiem na Osiedlu a szlakiem pieszym ze ścieżką rowerową, za wynagrodzeniem w kwocie 29.542,08 zł z VAT.

- zawarcie w dniu 24 czerwca 2009 r. aneksu Nr 2/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09, którym wprowadzona została zmiana w zakresie rzeczowym zadania (roboty zamienne) oraz zmiana wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia podstawowego - wynagrodzenie ryczałtowe zostało zwiększone o kwotę 3.555,42 zł brutto.

Podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie można traktować, jako korzystnego dla zamawiającego. Tym samym, druga z przesłanek określonych w art. 144 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie może stanowić uzasadnienia dla dopuszczalności zmiany umowy. Ponadto w analizowanej sprawie, uzasadnienia dla przedmiotowych zmian, nie można również poszukiwać, w pierwszej przesłance, tj. sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Zdaniem Rzecznika, Obwiniony jako kierownik zarówno jednostki sektora finansów publicznych jak i zamawiającego powinien, z uwagi na szczególny rodzaj odpowiedzialności Mu przypisanej, analizować i upewniać się co do zgodności z przepisami prawa o słuszności podejmowanych przez siebie decyzji, co zapewne pozwoliłoby na uniknięcie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

RKO rozpoznała sprawę na rozprawie w dniu 18 listopada 2011 r. Po jej przeprowadzeniu wydała orzeczenie, którym uznała Obwinionego Pana (...):

1. winnym nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na dokonaniu wydatków ze środków publicznych bez upoważnienia poprzez zrealizowanie w 2009 roku wydatków budżetowych w dziale 851, rozdziale 85154 w kwocie 4.800 zł na prowadzenie zajęć rekreacyjno - sportowych i tanecznych oraz zajęć komputerowych, które nie są określone w Gminnym Programie Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych uchwalonym przez Radę Gminy na 2009 rok, czym naruszono art. 18², w związku z art. 4¹ ust. 1 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Wójt Gminy zatwierdził do wypłaty wydatki na podstawie:

1) umowy na prowadzenie zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) z

młodzieżą szkolną w miejscowości - umowa zlecenie dla E.O. zawarta w dniu 01.01.2009 r. na okres od 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r. za wynagrodzeniem 300 zł brutto miesięcznie,

2) umowy na prowadzenie zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) z młodzieżą szkolną w miejscowości - umowa zlecenie dla I.K.-S. zawarta w dniu 01.01.2009 r. na okres od 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r. za wynagrodzeniem 300 zł brutto miesięcznie,

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 11 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

2. winnym nieumyślnego popełnienia czynu polegającego na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego na zadanie inwestycyjne pn: "*Budowa szlaku pieszego i ścieżki rowerowej (Y)*" o wartości ustalonej według kosztorysu inwestorskiego 350.589,45 zł bez VAT, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zakończonym podpisaniem umowy w dniu 8.04.2009 r. z wykonawcą, za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 469.549,94 zł z VAT, z naruszeniem przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

- zawarcie w dniu 8 kwietnia 2009 r. aneksu Nr 1/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09, którym zlecono wykonanie roboty dodatkowej, polegającej na wykonaniu łącznika pomiędzy chodnikiem na Osiedlu a szlakiem pieszym ze ścieżką rowerową. za wynagrodzeniem w kwocie 29.542,08 zł z VAT
- zawarcie w dniu 24 czerwca 2009 r. aneksu Nr 2/SP/09 do umowy Nr 1/SP/09, którym wprowadzona została zmiana w zakresie rzeczowym zadania (roboty zamienne) oraz zmiana wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia podstawowego wynagrodzenie ryczałtowe zostało zwiększone o kwotę 3.555,42 zł brutto,

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Za tak opisane naruszenia Komisja wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła go kosztami postępowania.

Równocześnie Komisja umorzyła postępowanie wobec Pani (...).

W uzasadnieniu Komisja zreferowała przebieg postępowania, po czym stwierdziła co następuje. Zgromadzona w sprawie dokumentacja wskazuje, iż ze środków przeznaczonych na profilaktykę i przeciwdziałanie alkoholizmowi realizowanych w ramach Gminnego Programu Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, poniesiono wydatki między innymi z 4 umów na łączną kwotę 7.500,00 zł dotyczące:

- prowadzenia zajęć rekreacyjno - sportowych i tanecznych dla uczniów szkoły podstawowej i gimnazjum (Y) w czasie ferii zimowych na kwotę 150,00 zł,
- prowadzenia zajęć rekreacyjno - sportowych i tanecznych dla uczniów szkoły podstawowej i gimnazjum (Y) w czasie ferii zimowych na kwotę 150,00 zł,
- prowadzenia zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) z młodzieżą szkolną w miejscowości na kwotę 3.600,00 zł,
- prowadzenia zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) z młodzieżą szkolną w miejscowości na kwotę 3.600,00 zł.

RKO podniosła, że - zarówno w treści sentencji wniosku o ukaranie, jak i w jego uzasadnieniu - Rzecznik błędnie wskazała kwoty przypisane każdemu z Obwinionych. Materiał dowodowy wykazuje, że Obwiniony (co zresztą wykazała Rzecznik w tabelach - zarówno w sentencji wniosku o ukaranie, jak i w uzasadnieniu wniosku) dokonał wydatków ze środków publicznych bez upoważnienia na łączną kwotę 4.800 zł, natomiast Obwiniona wydatkowała łączną kwotę 2.700 zł (co zresztą Rzecznik wykazała w tabelach w uzasadnieniu wniosku), jednak w sentencji wniosku suma kwot wykazana w tabelach wydatkowana przez Obwinioną wynosi 1.500 zł.

Zatem taka kwota musi być brana pod uwagę przy ocenie zarzucanego czynu. Różnica w kwocie pomiędzy sentencją wniosku a uzasadnieniem wynika z pominięcia w sentencji wydatków dokonywanych przez Obwinioną w ramach umowy na prowadzenia zajęć komputerowych w Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) z młodzieżą szkolną w miejscowości na kwotę 3.600,00 zł.

Komisja podzieliła stanowisko Rzecznik, iż przedstawione we wniosku wydatki wobec braku określenia grupy docelowej nie mają charakteru profilaktyki i przeciwdziałania alkoholizmowi, nie dotyczą też zadań określonych w Gminnym Programie Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych uchwalonym przez Radę Gminy na 2009 rok. W związku z powyższym poprzez ich dokonanie wyczerpano znamiona czynu, o którym mowa w art. 11 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na dokonywaniu wydatków bez upoważnienia. Z analizy przedłożonych dowodów wynika, że w Urzędzie Gminy, wydatkowano kwotę 7.500 zł, bez upoważnienia.

Z uwagi na to, że zarzut stawiany Obwinionej dotyczył jedynie wydatkowania bez upoważnienia kwoty 1.500 zł - mając na względzie przepis art. 26 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - uznać należało, że nie została naruszona dyscyplina finansów publicznych. W myśl ww. przepisu nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych m.in. działanie, o którym mowa w art. 11 ustawy, skutkujące przekroczeniem uprawnień do wydatkowania środków publicznych w kwocie nieprzekraczającej w roku budżetowym łącznie przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej w roku poprzednim ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski", zgodnie z art. 5 ust. 7 ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych, zwane "przeciętnym wynagrodzeniem". Wynagrodzenie to w 2008 r. wynosiło 2.578,26 zł (kwota obowiązująca w dacie popełnienia czynu), a w 2010 roku wynosiło 2.822,66 zł (kwota obowiązująca w dacie orzekania).

Mając powyższe na uwadze Komisja postanowiła o umorzeniu prowadzonego wobec Pani postępowania w zakresie nieumyślnego popełnienia czynu z art. 11 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Oceniając natomiast działanie Obwinionego, RKO uznała, że nie miało ono znamion celowości w popełnieniu naruszenia, bowiem Obwiniony nie miał zamiaru popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale na skutek niezachowania należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, szczególnie od osób pełniących kierownicze stanowiska, doszło do naruszenia. Komisja, podobnie jak Rzecznik uznała, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych miało charakter nieumyślny w postaci niedbalstwa.

RKO wskazała, że podane przez Rzecznik brzmienie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych - obowiązującego zarówno w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie złożenia wniosku o ukaranie - jest wadliwe, zatem uzasadnienie w tej części, w tym rozważania co do tego, który przepis jest względniejszy dla sprawcy, nie zostały przez Komisję uwzględnione.

W dacie popełnienia czynu brzmienie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp było następujące: "Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany" - zmiana przepisu od dnia 24 października 2008 r.

Natomiast w dacie orzekania i w dacie złożenia przez Rzecznik wniosku o ukaranie brzmienie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jest następujące „Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany" - zmiana przepisu od dnia 25 czerwca 2010 r.

RKO stwierdziła, że analiza treści przepisu art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych

(obowiązującego w dacie popełnienia czynu jak i w dacie orzekania) pozwala jednoznacznie stwierdzić, że przepisem względniejszym jest przepis obowiązujący w dacie wydania orzeczenia. Obecnie dopuszcza się bowiem zmiany umowy o charakterze nieistotnym, bez żadnych obwarowań w tym zakresie, co wcześniej nie miało miejsca.

Ugruntowany jest pogląd, że każda zmiana, która w jakikolwiek sposób zmieniałaby treść oferty wybranej w postępowaniu będzie cechowała się istotnością. Natomiast zmiana nieistotna to taka, która nie zmieniałaby treści oferty, oraz taka o której wiedza o jej wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego w żaden sposób nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na wynik postępowania.

Opisane zmiany, wprowadzone przez Zamawiającego, RKO uznała za istotne, bowiem zmieniono zakres prac, jak i wartość umowy. RKO rozważyła w związku z tym, czy Zamawiający przewidział możliwość takich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej zmiany.

Jak wcześniej wskazano, Zamawiający w SIWZ zakazał zmiany umowy w stosunku do treści oferty, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Tak naprawdę Zamawiający powielił treść art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 października 2008 r. Ale przyjmując nawet, że w taki właśnie sposób skorzystał z dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy i wskazał warunki zmiany umowy, to uznać należy, że nie zostały one spełnione. Zmian wprowadzonych aneksami do umowy nie można uznać ani za niemożliwe do przewidzenia, o czym przesądza rodzaj tych zmian, jak również za korzystne dla Zamawiającego, skoro spowodowały wzrost wartości umowy.

W ocenie Komisji Obwiniony dwukrotnie dokonał nieuprawnionej zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył przepis art. 144 ust 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Działanie takie wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja postanowiła o wymierzeniu Obwinionemu, za popełnienie przypisanych naruszeń, najłagodniejszej z przewidzianych kar, tj. kary upomnienia, wzięła przy tym pod uwagę wymagające uwzględnienia okoliczności łagodzące, jak nieumyślność popełnionych czynów, niezbyt znaczny stopień szkodliwości dla ładu finansów publicznych (co nie oznacza, że znikomy), a także dotychczasową niekaralność Obwinionego. W ocenie RKO, orzeczona kara była adekwatna do stopnia zawinienia oraz spełniała cele zapobiegawcze i dyscyplinujące.

Odwołanie od orzeczenia RKO wniósł Obwiniony (...) pismem z dnia 20 grudnia 2011 r. żądając uchylecia orzeczenia i uznanie go niewinnym.

W uzasadnieniu Obwiniony wskazał, że podczas postępowania nie został w pełni przedstawiony stan faktyczny, a prezentowane uzasadnienie prawne jest nietrafne i można odnieść wrażenie jakby było skopiowane z innych źródeł. Niepodważalny jest fakt poniesienia wydatków, o których mowa w orzeczeniu i ich zatwierdzenie przez Obwinionego, w kwocie 4800 zł w dz. 851 rozdz. 85154 oraz podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Obwinionego i wykonawcę (w formie aneksu) na dodatkowe zlecenie tj.

- a) Wykonanie łącznika pomiędzy chodnikiem na Osiedlu na kwotę 29 542,08 zł,
- b) Roboty zamienne (wzmocnienie podbudowy) 3 555,42 zł co stanowiło ok. 10% zamówienia podstawowego.

W sprawie poniesienia wydatków bez upoważnienia, Obwiniony podniósł, że konieczne jest przeanalizowanie umowy zlecenia oraz przeanalizowanie procedury, która prowadziła do jej podpisania. Zgodnie z paragrafem 3 *Gminnego Programu Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych na 2009 r.* - ogłoszono konkurs, a informacja o nim była powszechnie znana. Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych rozpatrywała oferty programów i rekomendowała wójtowi (Obwinionemu) podpisanie umowy. Nadmienić należy, że

procedury takie obowiązywały przed i po 2009 r.

Obwiniony wskazał, że w uzasadnieniu orzeczenia Komisja przytaczała nazwę umowy zlecenia i stwierdziła (str. 18 wiersz 8 orzeczenia), że nie było określonej grupy docelowej, dlatego nie mogą mieć charakteru profilaktyki i nie dotyczą zadań GPPiRPA na 2009 r. W paragrafie 3 umowy zlecenia gmina zobowiązała zleceniobiorcę do realizowania programu który przedstawił w ofercie i który był (program) integralną częścią umowy. W ofercie zleceniobiorca również określił grupę docelową, była to grupa otwarta młodzież szkolna - która nie miała możliwości, umiejętności i narzędzi do zorganizowania czasu wolnego. W załączeniu, Obwiniony przedłożył informację o procedurach w ramach GPPiRPA. Stwierdził też, że realizacja umów podlegała kontroli wewnętrznej i nie stwierdzono nieprawidłowości w jej realizacji. Uznać zatem należy, że wydatki były zgodne z umową, a zatem i z *Gminnym Programem Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych na 2009 r. (par 3)*.

W odniesieniu do zmiany umowy (aneksem) Obwiniony podniósł, że zmiany te zostały wprowadzone na podstawie art. 144 ustawy Pzp, a więc są prawnie dopuszczalne, czego dowodzi stan faktyczny. W omawianym przypadku zamawiający nie ma większego wynagrodzenia za zakres robót jaki przedstawił w ofercie, tylko wynagrodzenie dodatkowe zostało ustalone za roboty dodatkowe poza zakresem oferty. Wzór umowy paragraf 10 pkt 1 dopuszczał taką zmianę i określał warunki zmiany tj. zasady zapłaty za roboty dodatkowe nie objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. Wzór umowy był elementem specyfikacji (SIWZ). Takie możliwości zmiany umowy przewidział ustawodawca w prawie zamówień publicznych. Obwiniony przedstawił też poglądy Departamentu Prawnego UZP w kwestii możliwości zmiany umowy.

Zdaniem Obwinionego przesłanka 1 w postępowaniu została spełniona lecz niebyła ona szczegółowo badana przez RKO. Wzór umowy był wiadomy wszystkim uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne, lecz nie został poddany analizie w uzasadnieniu orzeczenia. Odnośnie drugiej przesłanki RKO niewłaściwie interpretowała dowody, tj. notatkę w sprawie robót dodatkowych i kosztorys robót dodatkowych. Dokumenty te podpisali wszyscy uczestnicy procesu budowlanego, w tym również zaakceptował je projektant i inspektor nadzoru. Osoby te uznały, że owych prac (określonych aneksem) nie było w kosztorysie inwestorskim i ofertowym. Projektant nie umieścił ich w dokumentacji. Skoro projektant ich nie umieścił i nie zauważył tego inspektor nadzoru, to obwiniony miał prawo tego nie przewidzieć i tak było faktycznie, co było podnoszone przez obwinionego w postępowaniu. Zmianę umowy przyjęto w formie aneksu, ponieważ dawało to większą gwarancję należytego wykonania umowy. Stanowisko to podzielił Urząd Zamówień Publicznych, który wyraził pogląd, że gdy na wykonawcę nowego zlecenia zostanie wybrany ten sam podmiot, któremu wcześniej udzielono zamówienia, to bez znaczenia jest, czy zawarta będzie nowa umowa, czy aneksowana umowa dotychczasowa (nr UZP/DP/OJSN16130/07).

W trakcie rozprawy przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika uznał, że sformułowanie zarzutu, odnośnie do czynu określonego w art. 11 ust. 1 ustawy, jest nieprawidłowe i w tym zakresie wniósł o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, natomiast w stosunku do drugiego z zarzucanych Obwinionemu czynów, Rzecznik wniósł o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy.

Uznając, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, GKO zważyła, co następuje.

W przekonaniu GKO Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych I instancji w sposób nieprawidłowy zakwalifikował pierwsze z zarzucanych obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych, jako czyn wyczerpujący znamiona art. 11 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem – w wersji obowiązującej w dacie popełnienia naruszenia oraz w dacie orzekania przez Komisję I instancji - naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie

wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia. Treść przytoczonego przepisu nie budzi wątpliwości, iż przedmiotem odpowiedzialności jest dokonanie jednego wydatku, a nie – jak błędnie przyjął Rzecznik, a za nim Komisja I instancji – wydatków. Ponadto ani Rzecznik ani Komisja I instancji nie zadały sobie trudu ustalenia na czym polega „dokonanie wydatku ze środków publicznych”. Z wniosku o ukaranie, a także z zaskarżonego orzeczenia wynika, że „dokonanie wydatku” w rozumieniu Rzecznika i Komisji to „zatwierdzenie do wypłaty wydatków”. Jednakże w przedmiotowej sprawie – w momencie zatwierdzania do wypłaty określonych kwot – Obwiniony nie podejmował decyzji o dokonaniu wydatku na określone zadanie. Koncepcja, iż Obwiniony zaciągnął zobowiązania na kwotę 7.500 zł, ale następnie dokonał wydatków tylko na kwotę 4.800 zł, bo inna osoba tych wydatków dokonała na kwotę 2.700 jest oczywiście wadliwa. Decyzja obligująca Gminę do poniesienia wydatków została podjęta w momencie podpisania umowy. Źródłem (podstawą) wydatków nie było „zatwierdzenie do wypłaty” lecz zawarcie umowy. Prawidłowo sformułowany zarzut w niniejszej sprawie powinien więc dotyczyć zaciągnięcia zobowiązania bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia do zaciągania zobowiązań jednostki sektora finansów publicznych (art. 15 ustawy w wersji obowiązującej w dacie popełnienia naruszenia). GKO nie mogła przekazać w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania Komisji I instancji, gdyż takie rozstrzygnięcie byłoby niekorzystne dla Obwinionego, a tylko Obwiniony wniósł odwołanie. Reasumując, GKO stwierdziła, że w zarzuconym i przypisanym Obwinionemu czynnie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Powyższe ustalenie obligowało GKO do uniewinnienia Obwinionego od pierwszego z przypisanych Obwinionemu naruszeń dyscypliny finansów publicznych.

Niezależnie od powyższej konkluzji, GKO pragnie zwrócić uwagę, że dokonane w art. 4¹ ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi określenie zadań własnych gminy związanych z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych dokonane zostało w sposób otwarty. Dobitnie o tym świadczy sformułowanie: „W szczególności zadania te obejmują...” Oznacza to, że ustawodawca wymienia te zadania w sposób przykładowy. Tym samym rady gmin mają uprawnienie do ujmowania w gminnych programach profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych także innych zadań niż te, które zostały wymienione w ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. W preambule załącznika nr 1 do Uchwały z dnia 27 marca 2009 r. w sprawie gminnego programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych na rok 2009 w Gminie stwierdzono m.in. że głównym celem tego programu jest zapobieganie powstawania nowych problemów alkoholowych. W pkt 3 tego programu pt. „Prowadzenie profilaktycznej działalności informacyjnej i edukacyjnej, w szczególności dla młodzieży przyjęto m.in. zadanie organizowania konkursów i innych form współzawodnictwa w zakresie propagowania zdrowego stylu życia. W pkt 4 programu dotyczącym wspomaganie działalności także osób fizycznych określono zadanie wspierania lokalnych inicjatyw propagujących zdrowy tryb życia. W tym stanie rzeczy finansowanie zajęć rekreacyjno-sportowych i tanecznych dla uczniów szkoły podstawowej i gimnazjum można powiązać z propagowaniem zdrowych form spędzania wolnego czasu przez młodzież. Także wykorzystanie budynku Ochotniczej Straży Pożarnej (Y) i zorganizowanie w nim zajęć komputerowych można – pomimo wątpliwości – traktować jako formę zorganizowania wolnego czasu młodzieży i tym samym pokazanie jej innych, ciekawych form aktywności. Możliwość zorganizowania takiego kursu dla młodzieży dotkniętej problemem alkoholowym zgodnie z ustawą o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi nie budziłaby wątpliwości. W przekonaniu GKO przeprowadzenie takiego kursu przed pojawieniem się tych problemów można traktować w kategoriach zapobiegania patologii w grupie wiekowej szczególnie podatnej na to zagrożenie. W konsekwencji GKO uważa, że zarzut

wykorzystania środków przeznaczonych na profilaktykę i przeciwdziałanie alkoholizmowi w sposób sprzeczny z gminnym programem profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych nie został wykazany w sposób niebudzący wątpliwości.

Dokonane powyżej ustalenia i stwierdzenie, iż w zarzucanym Obwinionemu czynnie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w oparciu o przepisy obowiązujące w dacie popełnienia zarzucanego naruszenia zwolniło GKO z obowiązku odpowiedzi na pytanie, czy w świetle wejścia w życie nowelizacji ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przypisane Obwinionemu naruszenie podlega w dalszym ciągu odpowiedzialności.

W drugiej kolejności GKO dokonała analizy przypisanego Obwinionemu naruszenia polegającego na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego na zadanie inwestycyjne pod nazwą „Budowa szlaku pieszego i ścieżki rowerowej (Y)”. Komisja I instancji uznała Obwinionego – z tytułu zawarcia dwóch aneksów - winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 ustawy. W tym zakresie Komisja I instancji rozpatrując sprawę nie odpowiedziała na pytanie, czy Zamawiający – stosownie do art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych przewidział możliwość dokonania zmiany umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W celu odpowiedzi na to pytanie należy dokonać konfrontacji pkt 28.2 SIWZ z treścią wzoru umowy do tej specyfikacji. Pkt 28.2 SIWZ stanowił, że „Zakazane są zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego”. Natomiast w § 10 pkt 1 umowy Zamawiający przewidział możliwość udzielenia w trakcie realizacji przedmiotu umowy zamówień dodatkowych na roboty nie objęte umową, nie przekraczające 50% wartości wynagrodzenia ryczałtowego określonego w umowie, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Dokonując wykładni przytoczonych wyżej postanowień należy w pierwszej kolejności podkreślić, że wzór umowy, którą Zamawiający zamierza zawrzeć z Wykonawcą stanowi element SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp). Przewidzianą we wzorze umowy możliwość zmiany umowy – w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp – należy uznać za możliwość zmiany umowy, którą Zamawiający przewidział w SIWZ. Sprzeczność pomiędzy powołanymi postanowieniami (pkt 28.2 SIWZ oraz wzoru umowy) należy usunąć w taki sposób, aby jak najlepiej oddać intencje Zamawiającego. W przekonaniu GKO intencje te trafniej oddaje wzór umowy autorstwa Zamawiającego niż przepisany z ustawy PZP fragment przepisu. W tym stanie rzeczy, należało odpowiedzieć na pytanie, czy spełnione zostały warunki zmiany umowy określone w § 10 pkt 1 umowy a w szczególności, czy dokonanie zmiany umowy stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. W tej kwestii Komisja I instancji uznała, że zmian wprowadzonych aneksami do umowy nie można uznać za niemożliwe do przewidzenia, o czym przesądza rodzaj tych zmian. Poglądu tego Komisja jednakże nie uzasadniła. Tymczasem gdyby uznać, że dokonane zmiany były możliwe do przewidzenia to Obwinionemu należałoby postawić zupełnie inny zarzut, a mianowicie niewłaściwego określenia przedmiotu zamówienia podstawowego. Z orzeczenia Komisji I instancji wynika bowiem, że Obwiniony w istocie dokonał dwóch dodatkowych zamówień, łatwych do przewidzenia w momencie ogłoszenia o przetargu. Gdyby powyższa teza była prawidłowa to Obwinionemu należałoby postawić zarzut celowego określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję. Obwiniony określił bowiem ten przedmiot stosunkowo wąsko, aby następnie poprzez dwa dodatkowe zamówienia go rozszerzyć. Taki zarzut nie został jednak sformułowany (jak się wydaje nie było do tego podstaw) co oznacza, że Obwiniony prawidłowo przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także prawidłowo określił jego przedmiot. Mając na uwadze powyższe ustalenie należało odpowiedzieć na pytanie,

w jaki sposób Obwiniony powinien przeprowadzić postępowanie o wykonanie tych dwóch dodatkowych robót. Konieczność ich przeprowadzenia nie została bowiem zakwestionowana. Pierwsza koncepcja zakłada, iż Obwiniony w celu wykonania tych robót powinien przeprowadzić odrębne procedury zamówienia publicznego. W tym jednak przypadku ze względu na wartość przedmiotu zamówienia Obwiniony byłby zwolniony ze stosowania ustawy Pzp. Druga koncepcja, którą wybrał Obwiniony zakłada, że dodatkowe roboty są integralną częścią podstawowego zamówienia. W tym przypadku Obwiniony określił wynagrodzenie Wykonawcy w oparciu o zasady przyjęte dla określenia wynagrodzenia zamówienia podstawowego i przyjął, na podstawie zawartej umowy z Wykonawcą, że jest do tego uprawniony. W przekonaniu GKO takie działanie Obwinionego nie naruszało art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji GKO uniewinniła Obwinionego także od drugiego przypisanego mu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Także w przypadku drugiego przypisanego przez Komisję I instancji Obwinionemu naruszenia nie było w niniejszej sprawie konieczności ustalania konsekwencji wejścia z dniem 11 lutego 2012 r. w życie ustawy o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Mając na uwadze powyższe, GKO orzekła jak w sentencji.