



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Leszek Paweł Biedka
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Sylwester Kuchnio
	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska (spr.)

Protokolant: **Paweł Matusiak**

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Damiana Grzelki, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2019 r., odwołań wniesionych przez Obrońcę i Obwinioną (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 3 grudnia 2018 r. sygn. akt: RKO-522/46/18, którym Komisja uznała (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), odpowiedzialną za naruszenie 4 kwietnia 2017 r. dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.), zwanej uondfp, polegające na zawarciu w imieniu Gminy (...) z (...) Aneksu Nr (...) /2017 do umowy Nr (...) z (...) września 2012 r., na mocy którego zlecono wykonanie robót dodatkowych w zakresie zadania pn. „(...)”, za wynagrodzeniem ustalonym na kwotę brutto 201.323,08 zł, co stanowiło naruszenie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 22 czerwca 2016

r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 z późn. zm.).

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionej karę upomnienia i obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, uchyla orzeczenie pierwszej instancji i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (dalej „RKO”) orzeczeniem z 3 grudnia 2018 roku na podstawie art. 135 ust. 1 uondfp uznała (...) (dalej „Obwiniona”) pełniącą w czasie zarzucanego czynu funkcję Burmistrza (...), odpowiedzialną za naruszenie 4 kwietnia 2017 roku dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 uondfp, polegającym na zawarciu w imieniu Gminy (...) z (...) Aneksu Nr (...) /2017 do umowy Nr (...) z (...) września 2012 roku, na mocy którego zlecono wykonanie robót dodatkowych w zakresie zadania pn. „(...)”, za wynagrodzeniem ustalonym na kwotę brutto 201.323,08 zł, co stanowiło naruszenie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 z późn. zm.).

Na podstawie art. 35 w związku z art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp wymierzono Obwinionej karę upomnienia.

Na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy z 17 grudnia 2004 roku uondfp Obwinioną obciążono kosztami postępowania w wysokości 316,18 zł (słownie: trzysta szesnaście złotych i osiemnaście groszy).

RKO ustaliła następujący stan faktyczny i prawny sprawy:

Sygn. akt BDF1.4800.24.2019

Dnia 13 września 2012 roku Gmina (...) (dalej „Zamawiający”) reprezentowana przez Obwinioną złożyła do Starosty (...) o przeniesienie pozwolenia na budowę, wydanego na rzecz Ochotniczej Straży Pożarnej w (...) wyniku rozpatrzenia wniosku, decyzją z dnia 25 września 2012r. Starosta (...) postanowił przenieść pozwolenie na budowę inwestycji Domu Strażaka wraz z Wiejskim Centrum Kulturalno - Sportowym wraz z urządzeniami infrastruktury technicznej i urządzeniami budowlanymi na rzecz Zamawiającego.

W wyniku przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Domu Strażaka wraz z Wiejskim Centrum Kulturalno - Sportowym w (...)” Zamawiający, w imieniu którego działała Obwiniona, zawarł 26 września 2012 roku umowę z (...). Inwestycja realizowana była w oparciu o zatwierdzony decyzją nr (...) z 4 września 2008 roku projekt budowlany dla Ochotniczej Straży Pożarnej, która była inwestorem. Dnia 23 listopada 2015 roku Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w (...) zawiadomił o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie dokonanych istotnych odstępstw od zatwierdzonego projektu budowlanego. Stwierdzono, że w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, w tym kontroli w terenie 18 lipca 2014 r. inwestor dokonał istotnych odstępstw w trakcie realizacji inwestycji. Stwierdzono powiększone gabaryty budynku tj. kubatura, powierzchnia zabudowy, szerokość elewacji frontowej i wysokość budynku. W tym samym dniu Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w (...) wydał postanowienia nr (...) /2015, nakładające obowiązek wstrzymania robót budowlanych, zaś decyzją nr (...) /2015 z 9 grudnia 2015 r. nałożył do Gminę (...) obowiązek sporządzenia i przedstawienia w Inspektoracie projektu budowlanego zamiennego uwzględniającego zmiany wynikające z dotychczas wykonanych robót budowlanych oraz wykonania określonych czynności lub robót budowlanych w celu doprowadzenia wykonywanych robót budowlanych do stanu zgodnego z prawem w terminie do 31 marca 2016 roku. W postanowieniu wskazano, że w trakcie kontroli budynku stwierdzono, że budowa zrealizowana została niezgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym. Istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego polegało na: zwiększeniu kubatury budynku, powierzchni zabudowy, szerokości elewacji, wysokości budynku. W oparciu o umowę zawartą 11 stycznia 2016 roku zawartą pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Projekty Budowlane (...) opracowano projekt budowlany zamienny dokumentacji dla potrzeb realizacji zadania inwestycyjnego „Budowa Domu Strażaka wraz z Wiejskim Centrum Kulturalno- Sportowym w (...)” (projekt zamienny marzec 2016 roku).

Sygn. akt BDF1.4800.24.2019

W dniu 4 kwietnia 2017 roku Zamawiający, w imieniu której działała Obwiniona, zawarł aneks do umowy nr (...) z 26 września 2012 roku. W oparciu o ww. aneks „na podstawie art. 19 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r, poz. 1020)” zlecono wykonanie robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego i nie przekraczających 50% wartości zamówienia podstawowego. Za wykonanie przedmiotu zamówienia ustalono kwotę 201 323,08 zł brutto. Załącznikiem do aneksu były kosztorysy ofertowe, które obejmowały Instalacje elektryczne słaboprądowe oraz roboty budowlane (k. akt 339-347). Kosztorys ofertowy dla Instalacji elektrycznych i słaboprądowych o wartości netto 131.168,30 zł obejmował m.in.: oprawy elektryczne, pomiary, dostawę i montaż agregatu prądotwórczego z okablowaniem, instalację słaboprądową, system AV Sala Parter, System AV Sala Konferencyjna poddasze, SSWiN - Elementy (montaż kompaktowej centrali alarmowej do 32 linii dozorowanych), CCTV- Elementy (montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TVU zewnętrzna), domofon, Wifi. W kosztorysie budowlanym dla robót dodatkowych, którego wartość netto wynosiła 32 509 zł ujęto m.in.: stolarkę wewnętrzną i roboty wykończeniowe, wiatę na agregat - element dodatkowy z dokumentacji zamiennej (dostawa i montaż systemu ogrodzenia i zadaszenia agregatu prądotwórczego, ułożenie odwodnienia liniowego (..), dostawa i montaż masztów flagowych) oraz zabudowę systemową sanitariatów (dostawa i montaż ścianek systemowych w sanitariatach).

Z uwagi na to, że umowa na „Budowę Domu Strażaka wraz z Wiejskim Centrum Kulturalno - Sportowym w (...)” z wykonawcą (...) została zawarta (...) września 2012 roku, a więc przed dniem wejścia w życie ustawy z 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 z późn. zm.), do zmiany tej umowy znajduje zastosowanie przepis art. 19 przepisów przejściowych tej ustawy. Zgodnie z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (dalej „ustawa nowelizująca”) dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej przed dniem wejścia w życie tej ustawy lub zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie tej ustawy, w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,

niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, o ile:

- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

RKO podkreśliła, że zamówienie z wolnej ręki to tryb szczególny, stosowany w sytuacjach, gdy zastosowanie trybu konkurencyjnego jest niemożliwe. Tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, dlatego przesłanki jego stosowania muszą być interpretowane ściśle oraz wykazane w taki sposób aby uzasadniały zastosowanie tego trybu. Zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r. Sygn. akt II SA 2074/00, wyrok z dnia 1 października 2001, Sygn. akt II SA 2802/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001, Sygn. akt III RN 16/01) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstępstwo od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r., C-20/01, C-28/01 lub wyrok z dnia 18 listopada 2004 r., C-126/03).

Z przepisu art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy nowelizującej wynika, że dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki niezbędne jest wykazanie, że roboty dodatkowe nieobjęte zamówieniem podstawowym i nieprzekraczające łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, stały się niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, a ich wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, o ile dodatkowo: z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że roboty dodatkowe muszą być robotami koniecznymi i niezbędnymi do prawidłowego wykonania zamówienia, a z niemożliwością ich

przewidzenia mamy do czynienia wówczas, gdy nie można było stwierdzić konieczności ich wykonania na etapie przygotowania dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przy dołożeniu należytej staranności. Innymi słowy o tym, czy miała miejsce sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia decyduje dołożenie należytej staranności przez zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego, przy czym oceny tej staranności należy dokonać z obiektywnego punktu widzenia (wyrok SA w Łodzi z dnia 29 maja 2014 roku, III SA/Łd 332/14, uchwała KIO z 07.01.2015 r., KIO/KD 116/14, uchwała KIO z 31.07.2013 r. KIO/KD 68/13).

W opinii RKO w analizowanej sprawie, mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający kontynuował proces inwestycyjny rozpoczęty przez Ochotniczą Straż Pożarną w (...). We wrześniu 2012 roku decyzją Starosty (...) przeniesiono pozwolenie trwającej od 2008 roku inwestycji na rzecz Zamawiającego. Z zeznań świadka (...) wynika, że w momencie przejęcia inwestycji zostały wykonane i zaizolowane fundamenty i ściany przyziemia, natomiast roboty żelbetowe stropów nad kondygnacją były realizowane od 2012 roku, już po przejęciu inwestycji przez Zamawiającego. Z zeznań świadka oraz dokumentów zgromadzonych w sprawie wynika także, że istotne odstępstwa od zatwierdzonego projektu, które stały się powodem wszczęcia postępowania przez PINB polegały na zwiększeniu gabarytów budynku (kubatura, długość, szerokość, powierzchnia). Według świadka powodem tych odstępstw było wykonanie robót niezgodnie z pierwotnym projektem, a nieprawidłowości te zostały ujawnione w trakcie szalowania uzbrojenia.

Zdaniem RKO konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, którego zakres został objęty aneksem z (...) kwietnia 2017 roku do umowy nr (...) z (...) września 2012 roku nie była konsekwencją sytuacji, których nie można było wcześniej przewidzieć, a wynikała ona z niezgodnego z projektem wykonania prac lub błędów samej dokumentacji projektowej, o których Obwiniona mogła powziąć wiedzę na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający przejmując rolę inwestora w 2012 roku nie dołożył należytej staranności w przeprowadzeniu weryfikacji, zinwentaryzowania robót, które zostały już wykonane i które przejął od Ochotniczej Straży Pożarnej w (...). Przy czym, nie chodzi tu o inwentaryzację sensu stricto, ale zweryfikowanie przez uprawnione do tego osoby ze strony Zamawiającego stanu i zgodności wykonanych prac z dokumentacją projektową przejmowanej inwestycji i ewentualne naniesienie poprawek w tej dokumentacji, w tym również związanych z dostosowaniem jej do

aktualnych przepisów p.poż. Zauważyć trzeba, że dokumentacja projektowa, która stanowiła załącznik do specyfikacji istotnych warunków w ogłoszonym w sierpniu 2012 r. przez Gminę przetargu na „Budowę Domu Strażaka wraz z Wiejskim Centrum Kulturalno-Sportowym w (...)”, była sporządzona w 2008 r. Zaniechanie przeprowadzenia weryfikacji wykonanych przez poprzedniego inwestora prac, w tym brak oceny ich zgodności z projektem pochodzącym z 2008r., należy ocenić jako brak należytej staranności w przeprowadzeniu procesu inwestycyjnego. W efekcie tego zaniechania postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wynikiem była zawarta w dniu 26 września 2012 r. umowa z firmą (...), było prowadzone w oparciu o nieaktualną tj. nie odzwierciedlającą rzeczywistego stanu inwestycji dokumentację projektową.

RKO podkreśliła, że aneks z 4 kwietnia 2017 roku obejmował szereg prac, które mogły być oddzielone od zamówienia podstawowego i których wykonanie nie było niezbędne dla prawidłowości wykonania zamówienia podstawowego. Jak wskazano szczegółowo wyżej zakres prac obejmował m.in. instalacje elektryczne i słaboprądowe, oprawy elektryczne, dostawę i montaż agregatu prądotwórczego z okablowaniem i wiatą, system AV, montaż kompaktowej centrali alarmowej, montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TVU zewnętrzna, domofon, Wifi czy dostawę i montaż ścianek systemowych sanitariatów.

Zdaniem RKO zlecony aneksem przedmiot zamówienia nie jest technologicznie i funkcjonalnie związany z zamówieniem podstawowym, a od jego wykonania nie jest zależne wykonanie prac podstawowych. Zakup i montaż np. telewizji użytkowej, systemu alarmu, domofonu czy systemu AV (projektor, ekran) służy jedynie podniesieniu standardu obiektu i jego wyposażenia. Nie są to zakupy, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i które byłyby związane ze wskazywaną przez Obwinioną okolicznością polegającą na wykonaniu robót budowlanych z istotnymi odstępstwami do pierwotnego projektu polegającymi na zwiększeniu kubatury obiektu. Na marginesie RKO zauważyła, że wykonanie niezbędnych prac związanych ze zwiększeniem kubatury obiektu, wykraczających poza zakres pierwotnej dokumentacji przetargowej nastąpiło przed zawarciem aneksu z (...) kwietnia 2017 roku, co potwierdzono w wyniku przeprowadzonej przez inspektorów PINB w (...) kontroli obiektu w dniu 18 lipca 2014 roku wskazując na istotne odstępstwa powstałe w trakcie realizacji inwestycji (postanowienie nr (...) /2015 PINB w (...) z dnia (...) listopada 2015 roku (k. akt 326). W konsekwencji RKO wskazała, że zakres prac zleconych aneksem z (...) kwietnia 2017 roku mógł być zlecony

odrębnym zamówieniem, poprzedzonym wyborem wykonawcy w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego.

Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, do jakiej doszło w opinii RKO w tym stanie faktycznym, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 6 uoondfp.

Uwzględniając przepis art. 21 uoondfp, zgodnie z którym naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, gdy sprawca działań lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, za czas czynu należy przyjąć datę podpisania przez Obwinioną aneksu, tj. dzień (...) kwietnia 2017 roku.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 19 ust. 2 uoondfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia, RKO stwierdziła, że w zakresie przypisanego Obwinionej naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 uoondfp można uznać działanie Obwinionej za zawinione, jeżeli jako winę rozumie się zachowanie się niezgodnie z obowiązującą normą prawną, w wypadku gdy możliwość zgodnego z tą normą zachowania była, to w tym przypadku taka możliwość istniała. Obwiniona, działając z należytą starannością, mogła przed ogłoszeniem przetargu nieograniczonego na „Budowę Domu Strażaka wraz z Wiejskim Centrum Kulturalno-Sportowym w (...)” dokonać sprawdzenia, weryfikacji dokumentacji projektowej sporządzonej w 2008 roku z istniejącym stanem przejmowanej inwestycji, mogła i powinna dokonać także przed ogłoszeniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego dostosowania tej dokumentacji projektowej do aktualnych przepisów p.poż i innych. W konsekwencji, gdyby Obwiniona dokonała tych czynności, można byłoby uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Jak ustalono wyżej zlecony aneksem z (...) kwietnia 2017 roku zakres prac nie dotyczył sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a ponadto wykonanie zamówienia podstawowego nie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, nie zachodziła także sytuacja, aby uznać, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Zatem Obwiniona nie powinna zlecać zakresu prac, objętego aneksem z (...) kwietnia 2017 roku w trybie zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji braku spełnienia przesłanki, wynikającej z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy nowelizującej.

W zakresie wymiaru kary RKO wskazała, że stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest znaczny, Obwiniona udzieliła bowiem zamówienia publicznego na roboty dodatkowe z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, przy braku spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Ustawodawca przewidział, że w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości jest znaczny, wymierza się karę pieniężną lub karę nagany. Mimo tego RKO na podstawie art. 36 uondfp, uznała, że w sprawie zachodzą szczególne okoliczności uzasadniające wymierzenie kary łagodniejszego rodzaju, jaką jest kara upomnienia. Jako okoliczność łagodzącą RKO wzięła pod uwagę fakt, że wartość zamówienia dodatkowego stanowi niecałe 20% wartości zamówienia podstawowego, podczas gdy art. 19 ust. 3 pkt 2 a ustawy nowelizującej dopuszcza udzielenie zamówienia dodatkowego łącznie do 50% wartości realizowanego zamówienia). RKO przy wymiarze kary wzięła pod uwagę szczególne okoliczności związane z realizacją tej inwestycji, tj. przejście inwestycji przez Zamawiającego w trakcie jej trwania, wykonanie robót niezgodnie z pierwotnym projektem w czasie, gdy inwestorem była Ochotnicza Straż Pożarna oraz konieczność wykonania przez Zamawiającego, na skutek decyzji PINB w (...), projektu zamiennego. Skomplikowany charakter realizacji tej inwestycji z pewnością wpływał na podejmowane przez Obwinioną działania, w tym również te powodujące konieczność zwiększenia zakresu prac w stosunku do zakresu przewidzianego w pierwotnej dokumentacji projektowej. Jako okoliczność łagodzącą RKO uwzględniła także fakt, że Obwiniona nie była dotychczas karana za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i posiada pozytywną opinię o wywiązywaniu się z obowiązków służbowych.

Wszystkie te okoliczności uzasadniały w opinii RKO wymierzenie Obwinionej kary łagodniejszego rodzaju, tj. kary upomnienia. Zdaniem RKO wymierzona kara upomnienia spowoduje, że cele prewencyjne i dyscyplinujące postępowania zostaną osiągnięte.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do postanowień art. 167 ust. 1 uondfp.

Z przedstawionym rozstrzygnięciem nie zgodziła się Obwiniona, której obrońca wniósł pismem z 26 stycznia 2019 roku odwołanie.

W odwołaniu wskazano na:

- 1) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy:

- art. 89 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 uondfp, poprzez przyjęcie bez zebrania materiału dowodowego i nieujawnionego na rozprawie, że wykonanie zamówienia dodatkowego było wynikiem błędów samej dokumentacji projektowej;
 - art. 86 ust. 1 uondfp, poprzez przyjęcie, bez uzyskania opinii od właściwej instytucji państwowej lub samorządowej, że aneks z (...) kwietnia 2017 roku obejmował szereg prac, które mogły być oddzielone od zamówienia podstawowego i których wykonanie nie było niezbędne dla prawidłowości wykonania zamówienia podstawowego. Zdaniem RKO zlecony aneksem przedmiot zamówienia nie jest technologicznie i funkcjonalnie związany z zamówieniem podstawowym, a od jego wykonania nie jest zależne wykonanie prac podstawowych. Takie ustalenia nie mogły być dokonane przez RKO, ponieważ do takich ustaleń wymagane były wiadomości specjalne. W tym zakresie RKO zobowiązana, więc była skorzystać z art. 86 ust. 1 uondfp, czego nie uczyniła;
 - art. 78 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 28 ust. 1 i ust. 1a uondfp, poprzez ich niezastosowanie i nieumorzenie postępowania;
 - art. 78 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 113 § 1 in principio uondfp, poprzez ich niezastosowanie i nieumorzenie postępowania;
 - art. 89 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 uondfp, poprzez przyjęcie bez przeprowadzenia jakiegokolwiek dowodu i nie ujawniając go na rozprawie, że udzielenie zamówienia dodatkowego było wynikiem błędów samej dokumentacji projektowej;
 - art. 135 ust. 1 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 przy zastosowaniu art. 19 ust. 2 uondfp, poprzez uznanie Obwinionej winną naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
 - art. 135 ust. 1 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 7 przy zastosowaniu art. 28 ust. 1, ust. 1a i ust. 3 uondfp, poprzez nieumorzenie postępowania ze względu na znikomy stopień szkodliwości czynu;
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego:
- art. 17 ust. 6 uondfp w związku z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy nowelizującej, poprzez przyjęcie, że Obwiniona swoim zachowaniem wyczerpała znamiona czynu opisanego w przedmiotowych przepisach;

- art. 5 ust. 1 pkt 1 lit b, art. 20 ust. 1 pkt 1, art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r. poz. 1202, z późn. zm., zwana dalej „Prawem budowlanym”), art. 45 ust. 1 Prawa budowlanego w związku z art. 76 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096, z późn. zm., zwana dalej „Kpa”) poprzez błędną wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie (niezastosowanie), polegające na przyjęciu, że mimo brzmienia tych przepisów i wynikających z nich domniemań Obwiniona miała obowiązek zweryfikowania przez uprawnione do tego osoby ze strony Zamawiającego stanu i zgodności wykonanych prac z dokumentacją projektową przejmowanej inwestycji i ewentualne naniesienie poprawek w tej dokumentacji, w tym również związanych z dostosowaniem jej do aktualnych przepisów p.poż.

Obrońca Obwinionej wniósł o:

- 1) uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez umorzenie postępowania,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tego żądania:

- 2) uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez orzeczenie o uniewinnieniu Obwinionej,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tego żądania:

- 3) uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO.

W uzasadnieniu odwołania zaznaczono, że RKO nie przeprowadzając jakiegokolwiek dowodu i nie ujawniając go na rozprawie, uznała, że wykonanie zamówienia dodatkowego było wynikiem błędów samej dokumentacji projektowej. Takie ustalenie bez przeprowadzenia jakiegokolwiek dowodu i nie ujawnienie go na rozprawie musi budzić uzasadnione zastrzeżenia Obwinionej i stanowi o naruszeniu przez RKO art. 89 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 uodfp.

Dalej odnosząc się do twierdzeń RKO, że „*Gmina, przejmując rolę inwestora w 2012 r. nie dołożyła należytej staranności w przeprowadzeniu weryfikacji, zinwentaryzowania robót, które zostały już wykonane i które przejęła do Ochotniczej Straży Pożarnej w (...). Przy czym nie chodzi tu o inwentaryzację sensu stricto, ale zweryfikowanie przez uprawnione do tego osoby ze strony Gminy stanu i zgodności wykonanych prac z dokumentacją projektową przejmowanej*

inwestycji i ewentualne naniesienie poprawek w tej dokumentacji, w tym również związanych z dostosowaniem jej do aktualnych przepisów p.poż.”, wskazał, że takie oczekiwanie RKO by uprawnione ze strony Gminy osoby zweryfikowały stan i zgodność wykonanych prac z dokumentacją projektową i naniosły ewentualne poprawki w dokumentacji projektowej, w tym także w zakresie p. poż. nie wynika z jakiegokolwiek przepisu obowiązującego prawa.

W odwołaniu zaznaczono, że zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit b Prawa budowlanego obiekt budowlany jako całość oraz jego poszczególne części, wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, zapewniając: spełnienie wymagań podstawowych dotyczących bezpieczeństwa pożarowego. Treść wskazanego przepisu powoduje, że Obwiniona mogła liczyć, że przygotowana przez uprawnionego projektanta dokumentacja projektowa, która została dodatkowo zweryfikowana przez uprawniony do tego organ Starostę (...) w drodze decyzji administracyjnej z dnia (...) września 2008 r. nr (...) /08 znak: (...) w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę, była wykonana zgodnie z prawem. Obwiniona mogła także liczyć, że prowadzona przez Ochotniczą Straż Pożarną w (...) budowa była prowadzona zgodnie z prawem (por. cytowany wyżej art. 5 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego - obiekt budowlany należy budować w sposób określony w przepisach. O prawidłowości budowy świadczył także dziennik budowy, który nie zawierał jakichkolwiek wpisów, które mogłyby sugerować, że budowa była prowadzona niezgodnie z projektem budowlanym czy też niezgodnie z przepisami. Sąd Apelacyjny w Białymstoku, (I ACa 373/15) wskazał, że dziennik budowy ma walor dokumentu urzędowego i dopóki jego treść nie zostanie podważona, należy ją uznać za wiążącą (por. także SA w Gdańsku (V ACa 181/14). Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Prawo budowlane dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót, SA w Warszawie (I ACa 1324/12) - urzędowy charakter dokumentu stanowiącego dziennik budowy wynika z art. 45 Prawa budowlanego i obejmuje wszystkie zawarte w nim zapisy dotyczące robót budowlanych oraz zadań i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania (...)). Wobec powyższego zgodnie z art. 76 Kpa dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone. Mając na uwadze, że dziennik budowy nie zawierał żadnych wpisów mogących sugerować jakiegokolwiek

nieprawidłowości oraz biorąc pod uwagę wskazane wyżej przepisy Obwiniona nie tylko mogła, ale miała obowiązek traktować, że projekt budowlany jest wykonany prawidłowo i prawidłowo wykonane zostały prace budowlane. W opisanych, więc okolicznościach nie można zarzuć Obwinionej, że nie dołożyła należytej staranności w przeprowadzeniu weryfikacji, zinwentaryzowania robót, które zostały już wykonane i które przejęła do Ochotniczej Straży Pożarnej w (...). W opisanej wyżej sytuacji prawnej wynikającej wprost z przepisów prawa i domniemań tworzonych przez te przepisy, oczekiwanie od Obwinionej by dokonała weryfikacji dokumentacji projektowej i inwentaryzacji robót budowlanych, było oczekiwaniem przerastającym w stopniu znacznym poziom należytej staranności. Innym słowem byłoby oczekiwaniem by Obwiniona dochowała najwyższej staranności, której nie wymagał od niej żaden przepis obowiązującego prawa. Poza tym jak już wskazano, żaden przepis obowiązującego prawa nie wymagał od Obwinionej przeprowadzenia weryfikacji dokumentacji projektowej ani inwentaryzacji robót budowlanych. Zresztą Obwiniona nie mogłaby zgodnie z prawem wykonać tych czynności, bowiem weryfikację projektu budowlanego, jak zresztą i inwentaryzację robót budowlanych mogłyby wykonać jedynie osoby posiadające stosowne uprawnienia budowlane (por. art. 12 ust. 1 i ust. 2 Prawa budowlanego). A zatem idąc torem stanowiska RKO obowiązek Obwinionej musiałby sprowadzać się do zatrudnienia osoby ze stosownymi uprawnieniami budowlanymi do sprawdzenia dokumentacji projektowej i przeprowadzenia inwentaryzacji robót budowlanych, a niedochowaniem należytej staranności przez Obwinioną w warunkach niniejszej sprawy byłoby nie zatrudnienie osoby ze stosownymi uprawnieniami budowlanymi. Z taką oceną stanowiska RKO trudno się zgodzić i jest chyba na wskroś oczywistym, że prawidłowo sformułowane wobec Obwinionej oczekiwania w sposób oczywisty przekraczały wymagany wobec niej stopień należytej staranności. Należy podkreślić, że powołane przez RKO orzecznictwo sądowe wymaga by ocena należytej staranności dokonywana była z obiektywnego punktu widzenia, a ten w niniejszej sprawie w sposób oczywisty wyłącza przypisanie nienależytej staranności Obwinionej w przygotowaniu procesu inwestycyjnego.

W odwołaniu podkreślono, że 25 września 2012 roku Starosta (...) decyzją znak: (...) przeniósł na Gminę (...) pozwolenie na budowę, co dodatkowo wzmocniało prawidłowość dokumentacji projektowej. W rozdziale 3 Prawa budowlanego - Prawa i obowiązki uczestników procesu budowlanego art. 20 ust. 1 pkt 1 zawiera regulację zgodnie, z którą do podstawowych obowiązków projektanta należy:

opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Wobec powyższego tylko na projektancie i to na projektancie posiadającym stosowne uprawnienia zawodowe (por. art. 12 i następane Prawa budowlanego) spoczywa obowiązek opracowania projektu budowlanego. Ponadto zgodnie z art. 20 ust. 2 Prawa budowlanego projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności. Wskazane przepisy dodatkowo wzmacniają stanowisko Obwinionej, że nie miała obowiązku ponownego sprawdzania dokumentacji projektowej, skoro ta była już sprawdzana przez inną osobę posiadającą uprawnienia budowlane.

RKO stwierdziła ponadto, że aneks z (...) kwietnia 2017 roku obejmował szereg prac, które mogły być oddzielone od zamówienia podstawowego i których wykonanie nie było niezbędne dla prawidłowości wykonania zamówienia podstawowego. Zdaniem RKO zlecony aneksem przedmiot zamówienia nie jest technologicznie i funkcjonalnie związany z zamówieniem podstawowym, a od jego wykonania nie jest zależne wykonanie prac podstawowych. W odwołaniu zaznaczono, że takie ustalenia nie mogły być dokonane przez RKO, ponieważ do takich ustaleń wymagane były wiadomości specjalne. W tym zakresie RKO zobowiązana więc była skorzystać z art. 86 ust. 1 uondfp, czego nie uczyniła. Tym samym przedmiotowe ustalenie RKO nie może być traktowane jako wiążące i wywołujące skutki prawne.

RKO wskazała, że jeżeli jako winę rozumie się zachowanie się niezgodne z obowiązującą normą prawną, w wypadku gdy możliwość zgodnego z tą normą zachowania była, to w tym przypadku taka możliwość istniała. Zatem sama RKO odwołuje się do obowiązującej normy prawnej, co pozostaje w zgodzie z treścią art. 19 uondfp. Powstaje zatem pytanie z jaką konkretnie obowiązującą normą prawną zachowanie Obwinionej było sprzeczne. Treść art. 17 ust. 6 uondfp. zakazuje zmiany umowy w sposób sprzeczny z przepisami o zamówieniach publicznych. Te zaś dopuszczały zmianę umowy, jeżeli spełnione były warunki określone w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy nowelizującej. Wśród przesłanek warunkujących zmianę umowy nie wskazano wprost obowiązku dodatkowego sprawdzania dokumentacji czy wykonywania inwentaryzacji budowy. Takich zatem obowiązków nie można wywodzić z ogólnego sformułowania dołożenia należytej staranności. Trudno zgodzić się z RKO, że mimo

wskazanych wyżej przepisów i domniemań z nich wynikających z obowiązku dochowania należytej staranności w przygotowaniu procesu inwestycyjnego wynika norma obowiązującego prawa nakazująca Obwinionej sprawdzenie dokumentacji projektowej i dokonanie inwentaryzacji wykonanych robót budowlanych. W takich okolicznościach trudno mówić o winie Obwinionej, czy też, że w zarzucanym Obwinionej czynie można dopatrzeć się znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Należy także wskazać, że obrońca uznał, iż Obwiniona została pozbawiona prawa do obrony w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przed Rzecznikiem. Zdaniem obrońcy Rzecznik nie miał podstaw do wszczęcia postępowania, a komisja do skierowania sprawy na rozprawę.

Pismem z 28 stycznia 2019 roku Obwiniona wniosła odwołanie odnosząc się do procesu inwestycyjnego. Wskazała, iż dokładnie tak, jak podnosiła RKO w uzasadnieniu orzeczenia po przejściu inwestycji od OSP (...) przez Zamawiającego, pracownicy uprawnieni, tj.: Inspektor Nadzoru oraz pracownicy Wydziału Strategii i Rozwoju Gospodarczego Urzędu Miejskiego, dokonali sprawdzenia zapisów zawartych w dzienniku budowy przejmowanej inwestycji. Z zapisów tych wynikało, że inwestycja prowadzona jest zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową. Żaden wpis w tamtym czasie nie dawał podstaw do twierdzenia, że roboty wykonano niezgodnie z posiadaną dokumentacją. Takie rozbieżności mogłyby być zauważone jedynie podczas rzeczywistej inwentaryzacji budowlanej, która jest czynnością dosyć kosztowną, a którą wykonuje się tylko wtedy, gdy inwestor nie dysponuje żadnymi dokumentami projektowymi lub gdy wymagają tego organy uprawnione. Takie okoliczności nie zaistniały. Zamawiający posiadał dokumentację projektową, przepisane na siebie ważne pozwolenie na budowę oraz wpisy w dzienniku budowy potwierdzające poprawne prowadzenie robót. W dniu przejmowania nieruchomości oraz w czasie przygotowywania postępowania przetargowego żaden organ nie nałożył też na Zamawiającego obowiązku wykonania inwentaryzacji pochodzącej z bezpośrednich obmiarów. Dlatego też stwierdzenie RKO o braku zweryfikowania wykonanych robót z posiadaną dokumentacją jest nieprawdziwe. Osoby uprawnione dokonały takiej weryfikacji, ściany fundamentowe były widoczne, wykonanie prawidłowe, a dodatkowo wpisy w dzienniku budowy potwierdzały, że wykonano je zgodnie z dokumentacją projektową. Obwiniona zaznaczyła, że to PINB w (...) nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania projektu zamiennego i realizacji inwestycji zgodnie z zatwierdzonym projektem zamiennym. Wszystkie roboty ujęte w projekcie zamiennym

musiały być wykonane przed zgłoszeniem obiektu do użytkowania, a ich obowiązek wynikał z decyzji PINB. Zamawiający nie mógł samodzielnie ograniczyć wykonania robót do tych, które znajdowały się w pierwotnej dokumentacji. Gdyby tak postąpił roboty nie zostałyby odebrane, a budynek nie otrzymałby pozwolenia na użytkowanie.

Uwzględniając powyższe GKO, po przeprowadzeniu rozprawy 15 kwietnia 2019 roku, na podstawie zebranego materiału dowodowego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Analiza orzeczenia RKO, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz argumentów prezentowanych w odwołaniach, prowadzi do wniosku, iż orzeczenie RKO zawiera istotne uchybienia determinujące jego uchylenie i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Zgodnie z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy nowelizującej dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej przed dniem wejścia w życie tej ustawy lub zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie tej ustawy, w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, o ile:

- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Jak ustaliła RKO kosztorys ofertowy (stanowiący załącznik do aneksu z (...) kwietnia 2017 roku (dalej „Aneks”) dla Instalacji elektrycznych i słaboprądowych o wartości netto 131.168,30 zł obejmował m.in.: oprawy elektryczne, pomiary, dostawę i montaż agregatu prądotwórczego z okablowaniem, instalację słaboprądową, system AV Sala Parter, System AV Sala Konferencyjna poddasze, SSWiN - Elementy (montaż kompaktowej centrali alarmowej do 32 linii dozorowanych), CCTV- Elementy (montaż elementów systemu telewizji użytkowej - kamera TVU zewnętrzna), domofon, Wifi. W kosztorysie budowlanym dla robót dodatkowych, którego wartość netto wynosiła 32.509 zł ujęto m.in.: stolarkę wewnętrzną i roboty

wykończeniowe, wiatę na agregat - element dodatkowy z dokumentacji zamiennej (dostawa i montaż systemu ogrodzenia i zadaszenia agregatu prądotwórczego, ułożenie odwodnienia liniowego, dostawa i montaż masztów flagowych) oraz zabudowę systemową sanitariatów (dostawa i montaż ścianek systemowych w sanitariatach).

Oceniając, czy w realiach sprawy Zamawiający miał podstawę, aby udzielić zamówienia dodatkowego na ww. zakres prac w pierwszej kolejności RKO wskazała, że konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, którego zakres został objęty Aneksem nie była konsekwencją sytuacji, których nie można było wcześniej przewidzieć, a wynikała ona z niezgodnego z projektem wykonania prac lub błędów samej dokumentacji projektowej, o których Obwiniona mogła powziąć wiedzę na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający przejmując rolę inwestora w 2012 roku nie dołożył należytej staranności w przeprowadzeniu weryfikacji, zinwentaryzowania robót, które zostały już wykonane i które przejął od Ochotniczej Straży Pożarnej w (...).

Z powołanym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Obwiniona – jak zostało podkreślone w odwołaniu – zapewniła weryfikację dziennika budowy przez inspektora nadzoru oraz pracownicę Wydziału Strategii i Rozwoju Gospodarczego Urzędu Miejskiego. Osoby te dokonały sprawdzenia zapisów zawartych w dzienniku budowy przejmowanej inwestycji. Z zapisów tych wynikało, że inwestycja prowadzona jest zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową. Brak było podstaw do kwestionowania rzetelności dziennika budowy. Postępowanie dowodowe prowadzone przez RKO nie wykazało, aby Obwiniona miała podstawy sądzić, że dziennik budowy nie jest prawidłowo prowadzony. Sąd Apelacyjny w Białymstoku (sygn. akt I ACa 373/15) wskazał, że dziennik budowy ma walor dokumentu urzędowego i dopóki jego treść nie zostanie podważona, należy ją uznać za wiążącą (por. także Sąd Apelacyjny w Gdańsku, sygn. akt V ACa 181/14). Zgodnie z art. 45 ust. 1 Prawa budowlanego dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót. Wobec powyższego zgodnie z art. 76 Kpa dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone. Mając na uwadze, że dziennik budowy nie zawierał żadnych wpisów mogących sugerować jakiegokolwiek nieprawidłowości oraz uwzględniając powołane przepisy Obwiniona miała podstawy do przyjęcia, że stan realizacji inwestycji odpowiada temu,

wynikającemu z dziennika budowy. W realiach sprawy zatem brak podstaw do przypisania Obwinionej braku należytej staranności w realizacji inwestycji w zakresie robót wykonanych na moment przejścia inwestycji do realizacji przez Zamawiającego od Ochotniczej Straży Pożarnej w (...).

Dalej RKO podkreśliła, że aneks z (...) kwietnia 2017 roku obejmował szereg prac, które mogły być oddzielone od zamówienia podstawowego i których wykonanie nie było niezbędne dla prawidłowości wykonania zamówienia podstawowego. RKO jednak nie przeprowadziła w tym zakresie postępowania dowodowego. Nie uzasadniła konkretnie odnośnie poszczególnych prac, skąd wniossek o możliwości oddzielenia danego zakresy robót od zamówienia podstawowego. Nie wyjaśniono także, odnośnie poszczególnych zakresów rzeczowych prac objętych Aneksem, dlaczego w opinii RKO dane prace nie są niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy konieczne będzie szczegółowe zbadanie zakresu rzeczowego Aneksu w ww. zakresie. Nie jest wystarczające jedynie ogólne i lakoniczne stwierdzenie, że zlecony Aneksem przedmiot zamówienia nie jest technologicznie i funkcjonalnie związany z zamówieniem podstawowym, a od jego wykonania nie jest zależne wykonanie prac podstawowych. W wyniku przeprowadzonej analizy istotne będzie także ustalenie wartości prac, których objęcie zamówieniem dodatkowym było uprawnione i tych (jeśli takie są), co do których brak było takich podstaw, mając na uwadze w szczególności przepis art. 4 pkt 8 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Jeśli wartość zamówienia prac bezzasadnie objętych robotami dodatkowymi będzie niższa niż równowartość w złotych polskich 30.000 euro, wówczas należy podkreślić, iż do tych prac ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się. Tym samym w tym zakresie brak podstaw do stwierdzenia naruszenia dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 6 uoandfp.

RKO w podsumowaniu zauważyła także *„Jak ustalono wyżej zlecony aneksem z (...) kwietnia 2017 roku zakres prac nie dotyczył sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a ponadto wykonanie zamówienia podstawowego nie było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, nie zachodziła także sytuacja, aby uznać, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów”*. Zaznaczenia wymaga, iż RKO nie wyjaśniła, na jakiej podstawie dokonała ustaleń, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego nie wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

Zważywszy na wskazane wyżej uchybienia niezbędne było przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w celu prawidłowego ustalenia wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych opartych na przeprowadzonym postępowaniu dowodnym a nie na nieznajdujących podstaw w zebranych materiale dowodowym ocenach RKO.

W kontekście zarzutu naruszenia prawa do obrony podkreślenia wymaga, że Obwiniona, jako osoba fizyczna, nie ma obowiązku dostarczać Rzecznikowi lub Komisji dowodów. Ma natomiast prawo takie dowody przedstawiać. Jeżeli Rzecznik poczynił niezasadne ustalenia, to podlegają one weryfikacji przed komisją orzekającą I instancji a następnie GKO. To w szczególności w ten sposób realizowane jest prawo do obrony. Na korzyść Obwinionego należy rozstrzygać tylko te wątpliwości, których nie można wyjaśnić poprzez przeprowadzenie dowodów. Ustalenia w niewystarczający sposób poparte dowodami wymagają weryfikacji, ale sam fakt zaistnienia wątpliwości nie przesądza o potrzebie umorzenia postępowania czy uniewinnienia. W takim wypadku należy uzupełnić postępowanie i zweryfikować argumentację i wówczas podjąć – odpowiednio uzasadnione – rozstrzygnięcie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.