



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 8 listopada 2012 r.

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

| | | |
|------------------------|---------------------|---------------------------------|
| Przewodniczący: | <i>Członek GKO:</i> | <i>Przemysław Szelerski</i> |
| Członkowie: | <i>Członek GKO:</i> | <i>Piotr Gryśka</i> |
| | <i>Członek GKO:</i> | <i>Agata Mikołajczyk (spr.)</i> |
| Protokolant: | | Bartosz Głuszko |

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2012 r. odwołania Obwinionego (...) od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z 2 lipca 2012 r., sygn. akt:RKO.5011.143.2012, w zakresie w którym uznano Obwinionego (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Zarządu Dróg Powiatowych w (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że w dniu 16 września 2010 roku w związku z wystąpieniem konieczności wykonania robót dodatkowych dokonał zmiany umowy nr 16/ZDP/2010 z dnia 11 marca 2010 roku zawartej z Przedsiębiorstwem Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., z siedzibą (...) na wykonanie „Przebudowy drogi nr (...)”, w zakresie wynagrodzenia Wykonawcy oraz zasad jego płatności określonych w § 5 ust. 1 i § 6 ust. 1 umowy, pomimo iż ani specyfikacja istotnych warunków zamówienia, ani ogłoszenie o zamówieniu nie przewidywały możliwości takiej zmiany.

Powyższym naruszył art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

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

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z dnia 2 lipca 2012 r. sygn. akt: : RKO.5011.143.2012 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie (dalej zwana RKO) uznała Obwinionego (...) - pełniącego funkcję Dyrektora Zarządu Dróg Powiatowych w (...) w czasie popełnienia zarzucanego czynu, (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na tym, że w dniu 16 września 2010 roku w związku z wystąpieniem konieczności wykonania robót dodatkowych dokonał zmiany umowy nr 16/ZDP/2010 z dnia 11 marca 2010 roku zawartej z Przedsiębiorstwem Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., z siedzibą (...) na wykonanie "Przebudowy drogi nr (...)", w zakresie wynagrodzenia Wykonawcy oraz zasad jego płatności określonych w § 5 ust. 1 i § 6 ust. 1 umowy, pomimo, że ani specyfikacja istotnych warunków zamówienia, ani ogłoszenie o zamówieniu nie przewidywały możliwości takiej zmiany. Powyższym naruszył art. 144 ust. 1 cyt. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej Pzp) oraz dyscyplinę finansów publicznych w rozumieniu obowiązującego w dacie popełnienia czynu i obowiązującego w dacie orzekania art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej zwanej ustawą). Za powyższe na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy RKO wymierzyła karę upomnienia oraz obciążyła na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy w zw. z art. 1 ustawy z dnia 22 grudnia 2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. Nr 291, poz. 1707) kosztami postępowania w wysokości 291,71zł (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt jeden złotych siedemdziesiąt jeden groszy), co stanowi 10% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia, ogłoszonego obwieszczeniem Prezesa GUS z dnia 18 lutego 2011r. w sprawie przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej w drugim półroczu 201 Or. (M. P. Nr 15, poz. 156). W uzasadnieniu orzeczenia RKO podała, że Wojewoda Mazowiecki pismem z dnia 21 grudnia 2011 r. zawiadomił Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, że w wyniku kontroli przeprowadzonej w Zarządzie Dróg Powiatowych w (...) ujawniono popełnienie czynu noszącego znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 ustawy. Na podstawie powyższego zawiadomienia Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie podjął czynności sprawdzające, w wyniku których w dniu 20 lutego 2012 roku wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 ustawy wobec Obwinionego, a w dniu 21 marca 2012 roku - złożył do Przewodniczącego RKO wnioski o ukaranie. W tym wniosku wniósł o uznanie (...) będącego w dacie popełnienia zarzucanego czynu Dyrektorem Zarządu Dróg Powiatowych w (...) za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na dokonaniu zmiany wskazanej powyżej umowy w zakresie wynagrodzenia Wykonawcy oraz zasad jego płatności, przy braku przesłanek do dokonania takiej zmiany. Naruszył przez to art. 144 ust. 1 Pzp, co skutkowało naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu wskazanego

art. 17 ust. 6 ustawy. Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł również o wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia.

RKO – jak podano w uzasadnieniu orzeczenia - uwzględniając całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ustaliła i zważyła, co następuje. Zamawiający, tj. Zarząd Dróg Powiatowych w (...) prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie przebudowy wskazanej drogi nr (...) w trybie przetargu nieograniczonego. W wyniku dokonanej oceny Zamawiający, jako najkorzystniejszą ofertę uznał Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., z siedzibą w (...). W konsekwencji tego w dniu 11 marca 2010 roku z powyższym wykonawcą zawarł umowę nr 16/ZDP/2010 na wykonanie robót budowlanych dotyczących przebudowy wymienionej powyżej drogi. Wysokość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy ustalona została w § 5 ust. 1 tej umowy. Wynika z niego, że Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie umowne za wykonanie przedmiotu umowy do kwoty netto: 3.492.455,79 zł, a brutto: 4.260.796,06 zł (w tym: kwota brutto zawiera 22% podatku VAT w wysokości 768.340,27 zł), zgodnie ze złożoną ofertą. W dniu 16 września 2010 roku do powyższej umowy nr 16/ZDP/2010 podpisany został aneks nr 2/2010 na podstawie, którym zmieniono wynagrodzenie umowne (aneks karty Nr 658 - 659 akt sprawy). Z dokonanej zmiany § 5 ust. 1 umowy pierwotnej wynikało, że Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie umowne za wykonanie przedmiotu umowy do kwoty netto: 3.778.993,34 zł, brutto: 4.610.371,87 zł (w tym: kwota 22% podatku VAT w wysokości 831.378,53 zł) - zgodnie ze złożoną ofertą oraz protokołem konieczności z dnia 06.08.2010 r. W § 6 ust. 1 umowy zasadniczej strony postanowiły też, że rozliczenie za wykonane roboty odbędzie się na podstawie faktury częściowej wystawionej po wykonaniu robót przygotowawczych, odwodnienia korpusu drogowego, robót ziemnych, podbudowy (w ilościach określonych w ofercie do 100% zaawansowania - to uwzględniono dodatkowo po modyfikacji umowy dokonanej aneksem) oraz faktury końcowej wystawionej po zakończeniu i odbiorze całości robót. Wartość każdej faktury będzie wynikała z przemnożenia ilości wykonanych robót i ich cen jednostkowych, zawartych w kosztorysie ofertowym - w oparciu o sporządzony kosztorys powykonawczy. Zawarcie powyższego aneksu do postanowień pierwotnie zawartej umowy, zdaniem RKO, w sposób ewidentny naruszyło art. 144 ust. 1 Pzp. W dacie popełnienia zarzucanego czynu jak i w dacie orzekania przepis art. 144 ust. 1 Pzp stanowi, iż zakazuje się dokonywania istotnych zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zamówienia, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidział możliwości zmiany wynagrodzenia oraz nie określił warunków w jakich mogło dojść do zmiany wynagrodzenia, a to skutkowało naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 ustawy. Analizując dokumentację przetargową, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia sporządzoną dla potrzeb analizowanego postępowania RKO wskazała, że w punkcie 19.7 specyfikacji Zamawiający dopuszczał możliwość zmiany postanowień umowy w szczególnie uzasadnionych przypadkach, tj. na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast w punkcie 19.8 specyfikacji postanowiono, że w przypadku wystąpienia robót dodatkowych, niezbędnych do prawidłowego wykonania robót podstawowych, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian terminu realizacji umowy o czas niezbędny na wykonanie robót dodatkowych. Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że podstawą do podpisania przedmiotowego aneksu był sporządzony przez Komisję, złożoną z przedstawiciela Działu Budowy i Nadzoru Dróg i Mostów (...), w dniu 6 sierpnia 2010 roku

protokół konieczności wykonania robót dodatkowych. Z protokołu konieczności wynika, że wartość wskazanych robót wyniosła 349.575,81zł, z tego w wyniku błędów w dokumentacji stanowiła kwotę 312.766,04 zł i wykonania przełomów i poszerzeń na łukach kwotę 36.809,77zł. W aktach sprawy znajduje się pismo Inspektora Nadzoru Robót Drogowych z dnia 30 kwietnia 2010 roku skierowane do Zarządu Dróg Powiatowych, z którego wynika że potwierdza on wystąpienie niezgodności, polegających na błędnym przyjęciu w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym jednostek miary w metrach kwadratowych zamiast w metrach sześciennych w Dziale V. Dodatkowo wynika z niego, że po okresie zimowym na wskazanych odcinkach jezdni wystąpiły przełomy, na których, zgodnie ze sztuką budowlaną należy odtworzyć konstrukcję nawierzchni zgodnie z konstrukcją wykonania poszerzeń. Powyższe zdaniem Inspektora skutkuje zwiększeniem zakresu robót, które na etapie rozpisywania kontraktu były nieprzewidziane. Tak więc zapisów tych nie można uznać, że spełniają one przesłanki do dokonania zmian umowy określonych art. 144 ust. 1 Pzp. Odnosząc się do wyjaśnień Obwinionego, RKO nie podzieliła wyrażonego stanowiska, że kosztorysowy charakter wynagrodzenia uniemożliwiał udzielenia zamówienia w części dotyczącej błędów obmiarowych stwierdzonych po rozpoczęciu realizacji zamówienia w trakcie trwania procesu inwestycyjnego, jako zamówienia dodatkowego ani uzupełniającego. Bez znaczenia dla wysokości umownej wynagrodzenia ma sposób płatności, tj. na podstawie faktury częściowej i końcowej obliczonych na podstawie ilości wykonanych robót i ich cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym w oparciu o sporządzony kosztorys powykonawczy. Wbrew temu co twierdzi Obwiniony brak było możliwości jakiegokolwiek podstawy do wypłaty wynagrodzenia powyżej kwoty 4.260.796,06 zł brutto, tj. kwoty ustalonej w umowie zasadniczej. RKO zwraca uwagę, że wynagrodzenie z jednej strony ustalone zostało na podstawie kosztorysu inwestorskiego, co jest zasadą podstawową i ogólną wynikającą ze sposobu ustalania wynagrodzenia w przypadku robót budowlanych (art. 33 Pzp) z drugiej zaś w umowie zasadniczej ustalono, że Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie umowne za wykonanie przedmiotu umowy do kwoty brutto 4.260.796,06 zł, zgodnie ze złożoną ofertą. Odnosząc się do zmian w zakresie błędów, które wystąpiły na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej, to RKO stwierdziła, że brak jest podstaw do dokonywania zmian w zakresie wynagrodzenia z powyższego tytułu. Zasada wynikająca z art. 29 Pzp nakazuje dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i niebudzący żadnych wątpliwości. Jak wynika z wyjaśnień Obwiniony wiedzę co do powstałych błędów powziął po podpisaniu umowy, na początku kwietnia 2010 roku, kiedy wykonawca wszedł na teren budowy. W tej sytuacji powinien odstąpić od zawartej umowy na podstawie art. 146 Pzp i przeprowadzić nowe postępowanie, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W kwestii dodatkowych robót w zakresie wykonania przełomów i poszerzeń na łukach to Zamawiający - jeżeli zachodziły przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp- powinien udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, podpisać odrębną umowę i udokumentować zastosowanie tego trybu. Zawarcie aneksu bez żadnej procedury oznacza, że Zamawiający udzielił tego zamówienia bez zastosowania przepisów wymienionej ustawy. Stwierdzony stan faktyczny wskazuje, że zawarcie aneksu skutkowało tym, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a to w sposób ewidentny narusza zasadę wynikającą z art. 140 ust. 1 Pzp. Przepis ustępu 3 tego artykułu stanowi, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. RKO nie podzieliła wyjaśnienia Obwinionego, że w wyniku podpisania aneksu finanse publiczne Zarządu Dróg Powiatowych w (...) nie doznały żadnego uszczerbku. Z orzecznictwa Głównej Komisji Orzekającej (zwanej dalej GKO) wynika, że to prawidłowe stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzielaniu zamówień daje gwarancje wyboru oferty najkorzystniejszej. Prawidłowe przygotowanie

dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego przy zastosowaniu trybów podstawowych, przetargowych oraz negocjacyjny charakter trybu z wolnej ręki służą racjonalnemu wydatkowaniu środków i zabezpieczają interesy Zamawiającego w przeciwieństwie do zastosowanej w analizowanym przypadku zmiany umowy w formie aneksu, z naruszeniem prawa. Odnosząc się do kwestii winy i odpowiedzialności za powyższe naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zauważyć należy, że udzielenie zamówienia publicznego następuje w wyniku podpisania umowy w sprawie zamówienia. Z orzecznictwa GKO, stanowiska Ministerstwa Finansów jak również orzecznictwa tutejszej Komisji Orzekającej wynika, że to udzielający zamówienia, a więc podpisujący umowę ponosi ostateczną odpowiedzialność formalną i merytoryczną za nieprawidłowości związane z prowadzonym postępowaniem. W rozpatrywanej sprawie aneks do umowy w sprawie zamówienia publicznego podpisał (...), przez co w części zmienił wynagrodzenie i udzielił dodatkowego zamówienia publicznego, stąd za stwierdzone naruszenie dyscypliny ponosi winę i odpowiedzialność. Podmiotowa odpowiedzialność obwinionego wynika ponadto z art. 18 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego oraz art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. RKO, rozważając kwestie wymiaru kary, uwzględniła art. 33 ust. 2 ustawy, z którego wynika, że organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, oraz sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych. Jako okoliczności łagodzące RKO uwzględniła uprzednią niekaralność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz jednorazowy charakter naruszenia dyscypliny finansów publicznych. RKO uwzględniła również pozytywną postawę Obwinionego na rozprawie, który nie zaprzeczał przedstawionym stanom faktycznym, tłumaczył jedynie, że nie działał świadomie, a sprawę tę konsultował z innymi osobami, w tym z prawnikami. Jako okoliczności obciążające uznała bardzo dużą kwotę dodatkowego wynagrodzenia, jakie miał zamawiający zapłacić wykonawcy w wyniku podpisania aneksu bo aż kwotę 349.575,81zł brutto z ewidentnym naruszeniem przepisów prawa. RKO podkreśliła, że dobrem chronionym w przepisach regulujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest ład prawny systemu finansów publicznych. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 maja 2009 roku, sygnatura akt II OSK 906/08 stwierdził, że podstawowym kryterium oceny działania podmiotów sektora finansów publicznych jest zachowanie ładu finansów publicznych. Mając na uwadze przedmiotową sprawę, to stwierdzić należy, że zachowanie tego ładu wymagało prawidłowego stosowania przepisów Pzp. Mając na uwadze powyższe, RKO, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy, wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia, tj. najniższą z katalogu kar przewidzianych ustawą. Zdaniem RKO wymierzona kara jest adekwatna do popełnionego czynu i odniesie skutek zapobiegawczy i dyscyplinujący w zakresie nie popełniania czynów skutkujących naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w pracy bieżącej i w przyszłości. RKO rozważała kwestię odstąpienia od wymierzenia Obwinionemu kary na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy i doszła do przekonania, że nie zachodzą przesłanki do zastosowania tego przepisu. nie wystąpiły bowiem okoliczności łagodzące wymienione w ust. 2 tego przepisu, w tym brak szczególnych pobudek lub szczególnych warunków w jakich dokonano zmian umownych oraz brak starań w kierunku usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Stwierdzając powyższe, RKO orzekła jak w sentencji orzeczenia.

Odwołanie od orzeczenia RKO z dnia 02 lipca 2012 roku sygn. akt RKO.5011.143.2012 złożył Obwiniony, wnosząc o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego

rozpatrzenia organowi I instancji. W uzasadnieniu odwołania podał, że nie zgadza się z kwalifikacją czynu i dokonanyymi ustaleniami faktycznymi oraz uznaniem za winnego jego popełnienia. Podkreślił, że obowiązek wszechstronnego rozpatrzenia zebranego w sprawie materiału dowodowego ciąży na Komisji Orzekającej. Komisja I instancji ograniczyła się tylko do zbadania zapisów specyfikacji odnośnie do możliwości zmiany umowy i protokołu konieczności z 6 sierpnia 2010 roku, pomijając w zasadzie analizę całej dokumentacji przetargowej. W przedmiotowej sprawie zasadnicze znaczenie ma natomiast ustalenie, czy wykonane roboty można w ogóle uznać za dodatkowe w rozumieniu art. 67 ust 1pkt 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, o robotach dodatkowych można mówić w przypadku konieczności wykonania zupełnie nowych, nieplanowanych rodzajów robót lub znacznego przekroczenia ilości obmiarowych (niewielkie przekroczenia są typowe dla umów kosztorysowych). Procedurę udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki należy wszcząć na roboty wykraczające poza zakres zamówienia podstawowego opisanego w projekcie budowlanym. Wykonawca w ramach prac podstawowego zamówienia zobowiązany jest wręcz na podstawie art. 22 prawa budowlanego do wykonania w ramach złożonej oferty pełnego zakresu robót zgodnie z projektem budowlanym. Za roboty budowlane dodatkowe można uznać jedynie te które nie były określone projektem. W postępowaniu dotyczącym „Przebudowy drogi (...)” siwz część graficzna, dokumentacja projektowa a w szczególności projekt budowlany i przedmiar robót zawierają wszystkie wykonane roboty, które mieszczą się w opisie przedmiotu zamówienia. Istotą zamówienia w robotach dodatkowych jest to, iż wykraczają one poza zakres przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności w załączonej do niej dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z sierpnia 2009 roku, roboty opisane w projekcie budowlanym wchodzą w zakres zamówienia podstawowego, nawet jeżeli nie zostały ujęte w projekcie wykonawczym lub przedmiarze, bądź zachodzą pomiędzy takimi dokumentami a projektem budowlanym inne rozbieżności. W konsekwencji wykonanie robót, które zostały przewidziane w projekcie budowlanym nie wymaga zawarcia z wykonawcą aneksu do umowy podstawowej ani tym bardziej umowy na roboty dodatkowe. Istotne znaczenie ma tu oczywiście przyjęty sposób ustalenia wynagrodzenia. Zmiana wynagrodzenia w umowie na roboty budowlane rozliczane kosztorysowo (jak w niniejszej sprawie) to w ogóle nie jest zmiana w rozumieniu art. 144 Pzp. Nie jest to bowiem zmiana umowy, ale jej realizacja zgodnie z charakterem. Przy kosztorysie wynagrodzenie ma charakter wstępny, a rzeczywista wartość ustalana jest powykonawczo. W istocie nie było więc potrzeby tworzenia aneksu, ale jego powstanie nie jest naruszeniem art. 144 Pzp. Z tych wszystkich względów wniósł jak w odwołaniu.

GKO zważyła, co następuje. W pierwszej kolejności GKO, mając na względzie regułę ustanowioną art. 24 ust. 1 ustawy, przyjęła jako podstawę rozstrzygnięcia przepisy obowiązujące w dacie orzekania, jako że przepisy ustawy oraz Pzp obowiązujące w dacie popełnienia czynu nie były dla Obwinionego względniejsze. Tak jak ustaliła RKO w dacie popełnienia zarzucanego czynu jak i w dacie orzekania przepis art. 144 ust. 1 Pzp zakazywał dokonywania istotnych zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zamówienia, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidział możliwości zmiany wynagrodzenia, jak również nie określił warunków w jakich mogłoby dojść do takiej zmiany. Tym samym skutkowało to naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 ustawy.

Rozpoznając przedmiotową sprawę, GKO uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Tak jak wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia zmiany wprowadzone do umowy były skutkiem dwóch okoliczności, a mianowicie (...) podstawą do podpisania przedmiotowego aneksu był protokół konieczności wykonania robót dodatkowych. Z protokołu konieczności wynika, że wartość wskazanych robót wyniosła ogółem 349.575,81zł, w tym w wyniku błędów w dokumentacji stanowiła kwotę 312.766,04 zł, a z tytułu wykonania przełomów i poszerzeń na łukach - kwotę 36.809,77zł. Tak jak wskazała RKO - odnosząc się do zmian w zakresie błędów, które wystąpiły na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej - brak było podstaw do dokonywania zmian w zakresie wynagrodzenia z powyższego tytułu. W tej sytuacji – także zdaniem GKO - uzasadnione było odstąpienie od zawartej umowy na podstawie art. 146 Pzp i przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówieniach publicznych zgodnie z przepisami Pzp. Dalej z uzasadnienia orzeczenia wynika, że tylko zmiana w zakresie wykonania przełomów i poszerzeń na łukach została zakwalifikowana jako roboty dodatkowe. W tej kwestii RKO stwierdziła, że (...) jeżeli zachodziły przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych - powinien udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, podpisać odrębną umowę i udokumentować zastosowanie tego trybu. GKO w odniesieniu do tego zakresu robót stwierdza, że wartość z tytułu wskazanych robót dodatkowych stanowiła tylko kwotę 36.809,77zł i tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 4 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, których wartość nie przekracza kwoty 14.000 euro. Jednocześnie GKO zwraca uwagę, że ta okoliczność nie została skomentowana w dokumentacji zamawiającego, ani w odwołaniu. W ocenie GKO, ta okoliczność jest niewątpliwie faktem notoryjnym, albowiem w dacie zawierania aneksu - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. nr 224,poz.1796) - wymagany średni kurs złotego stanowił kwotę 3,839. Zatem wartość wskazanych robót dodatkowych stanowiła kwotę (uwzględniając wartość netto) poniżej 14.000 euro (ca' 8.000 euro). Tym samym nie ma uzasadnienia dla przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, tak jak żąda tego Obwiniony.

W konkluzji GKO stwierdza, że w pozostałym zakresie zarzut braku wszechstronnego rozpatrzenia w sprawie materiału dowodowego jest niezasadny, albowiem z postanowień specyfikacji nie wynikała możliwość zmiany przedmiotowej umowy, co jest wymagane art. 144 ust.1 Pzp. W niniejszej sprawie rzeczywiście istotne znaczenie ma przyjęty sposób ustalenia wynagrodzenia. Wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a jego rozliczanie następuje powykonawczo, jednakże wskazany § 5 ust. 1 tej umowy pozwalał tylko na jego wypłatę do kwoty w nim wskazanej brutto: 4.260.796,06 zł, zgodnie ze złożoną ofertą, a nie na jego podwyższenie z uwagi na błędy w dokumentacji.

GKO rozważała również kwestie związaną z wysokością kary wymierzonej przez RKO. W niniejszej sprawie GKO podzieliła argumentację RKO, że dobrem chronionym w przepisach regulujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest ład prawny systemu finansów publicznych i że kluczowe kryterium oceny działania podmiotów sektora finansów publicznych jest zachowanie ładu finansów publicznych. Zachowanie tego ładu – w niniejszej sprawie - wymagało prawidłowego stosowania przepisów Pzp. Ustalenia w zakresie wartości robót dodatkowych pozostają bez wpływu na wymiar kary, albowiem RKO, działając na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy, wymierzyła Obwinionemu najniższą z katalogu kar przewidzianych tą ustawą, która to kara jest adekwatna do popełnionego czynu i odniesie skutek zapobiegawczy i dyscyplinujący w zakresie nie popełniania dalszych czynów skutkujących naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Także zdaniem GKO, nie zachodziły przesłanki do zastosowania przepisu art. 36 ust.1 ustawy, stanowiącego o możliwości odstąpienia od wymierzenia kary. W niniejszej sprawie nie wystąpiły bowiem okoliczności łagodzące wymienione w ust. 2 tego przepisu, w tym brak szczególnych pobudek lub szczególnych warunków, w jakich dokonano zmian umownych oraz brak starań w kierunku usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a także nawet faktu przyznania, że błędy w dokumentacji postępowania nie mogą stanowić podstawy do ich naprawiania poprzez zmiany w umowie, prowadzące w konsekwencji do znacznego podwyższenia wynagrodzenia w stosunku do ceny podanej w ofercie. GKO podziela pogląd RKO w zakresie winy Obwinionego i przyjmuje iż w zaistniałej sytuacji miał On możliwość zachowania się zgodnego z prawem i powinien na podstawie art. 146 Pzp odstąpić od zawartej umowy i przeprowadzić nowe postępowanie. Podpisując umowę ponosił On jako kierownik jednostki ostateczną odpowiedzialność formalną i merytoryczną za nie prawidłowości związane z prowadzonym postępowaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, GKO orzekła jak w sentencji.