



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 23 lutego 2017 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Paweł Kryczko (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Bogdan Artymowicz</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Teresa Warszawska</i>
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 23 lutego 2017 r., w sprawie odwołania wniesionego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść:

- 1) Pana (I) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Zastępcy Prezydenta Miasta (...),
- 2) Pana (II)- pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Naczelnika Wydziału Inwestycji i Remontów w Urzędzie Miasta (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 14 października 2016 r. sygn. akt: RKO/7100/60/16, w zakresie w którym Komisja, uniewinniła Pana (I) i Pana (II) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w **art. 17 ust. 6** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez to, że dopuścić się mieli naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) poprzez dwukrotną zmianę umowy z dnia 27 grudnia 2013 r. na realizację zadania pn. „Przygotowanie i realizacja spójnej kampanii promocyjnej i public relations projektu: Zagospodarowanie terenu rozwój infrastruktury okołoturystycznej wokół (...) w celu podniesienia atrakcyjności turystycznej regionu” w zakresie przesunięcia terminu wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, **ze względu na niepopelnienie zarzucanego czynu.**

Komisja Orzekająca I instancji uznała, iż koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Główna Komisja Orzekająca:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 i z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.) 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

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach rozpoznała w dniu 14 października 2016 r. sprawę Pana (I) - Zastępcy Prezydenta Miasta (...) wobec którego Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, dalej zwany: Zastępcą Rzecznika, złożył wniosek o ukaranie za popełnienie dwóch czynów, a mianowicie:

1) dopuszczenia się naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Przygotowanie i realizacja spójnej kampanii promocyjnej i public relations projektu: Zagospodarowanie terenu rozwój infrastruktury okołoturystycznej wokół (...) w celu podniesienia atrakcyjności turystycznej regionu” kryterium oceny ofert w zakresie atrakcyjności kampanii promocyjnej niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych, tj. o czyn określony w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 i z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.), dalej zwanej uondfp,

2) dopuszczenia się naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dwukrotną zmianę umowy z dnia 27 grudnia 2013 r. na realizację zadania pn. „Przygotowanie i realizacja spójnej kampanii promocyjnej i public relations projektu: Zagospodarowanie terenu rozwój infrastruktury okołoturystycznej wokół (...) w celu podniesienia atrakcyjności

turystycznej regionu” w zakresie przesunięcia terminu wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, tj. o czyn określony w art. 17 ust. 6 uondfp oraz sprawę (II) – Naczelnika Wydziału Inwestycji i Remontów w Urzędzie Miasta (...), któremu Zastępca Rzecznika zarzucił dopuszczenie się drugiego z wyżej opisanych naruszeń. Po przeprowadzonej rozprawie Komisja, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 uondfp, uniewinniła Pana (I) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 1 pkt 4 i ust. 6 uondfp, tj. od obu zarzuconych mu czynów, zaś Pana (II) Komisja uniewinniła od zarzuconego mu czynu określonego w art.17 ust.6 uondfp, ze względu na niepopelnienie zarzucanego czynu. Powyższe orzeczenie zostało zaskarżone przez Zastępcę Rzecznika na niekorzyść obu obwinionych, jednakże wyłącznie w części dotyczącej ich uniewinnienia od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art.17 ust. 6 uondfp. Tym sam orzeczenie Komisji I instancji w zakresie, w którym Komisja uniewinniła Pana (I) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art.17 ust.1 pkt 4 uondfp nie zostało zaskarżone i nie będzie przedmiotem dalszej analizy.

Przystępując do rozpatrywania sprawy Regionalna Komisja Orzekająca, zgodnie z ustawowym obowiązkiem, wynikającym z art. 24 ust. 1 uondfp dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w chwili popelnienia zarzucanego czynu ze stanem obowiązującym w chwili orzekania. Komisja stwierdziła, że zarówno w czasie popelnienia jak i obecnie czyn zarzucany Obwinionym wypełniał znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zarówno w czasie popelnienia naruszenia jak i obecnie naruszeniem określonym w art. 17 ust. 6 uondfp jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Komisja Orzekająca po dokonaniu analizy znowelizowanych norm prawnych uznała, iż przepisy obowiązujące w dniu popelnienia zarzucanych Obwinionym czynów nie są dla nich względniejsze, w związku z czym, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 uondfp postanowiła o stosowaniu przy orzekaniu przepisów w znowelizowanym brzmieniu.

Komisja uznała, że ustalony w toku postępowania stan faktyczny, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, nie budzi wątpliwości. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że w dniu 27 grudnia 2013 r. została zawarta umowa na realizację powyższego zadania pn. „Przygotowanie i realizacja spójnej kampanii promocyjnej i public relations projektu: Zagospodarowanie terenu rozwój infrastruktury okołoturystycznej wokół (...) w celu podniesienia atrakcyjności turystycznej regionu”. W § 4 umowy ustalono termin realizacji zadania do 31 sierpnia 2014 r. Szczegółowy harmonogram realizacji poszczególnych elementów zamówienia stanowił załącznik do umowy.

Sygn. akt BDF1.4800.97.2016

W dniu 24 kwietnia 2014 r. został wprowadzony aneks nr 1 do umowy, na podstawie którego przesunięto termin realizacji zadania do dnia 15 września 2014 r., z uwzględnieniem zmian w pkt 10 harmonogramu.

W dniu 26 czerwca 2014 r. został wprowadzony aneks nr 2 do umowy, na podstawie którego przesunięto termin realizacji zadania do dnia 15 września 2014 r., z uwzględnieniem zmian w pkt 6,7,8 harmonogramu.

W § 1 powyższych aneksów przywołano, że zmiana umowy następuje na podstawie § 13 ust. 1 pkt 2 lit. d umowy.

W § 13 ust. 1 pkt 2 umowy zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu wykonania poszczególnych elementów przedmiotu umowy, jeżeli dochowanie terminu określonego w umowie jest niemożliwe z uwagi na:

- a) siłę wyższą lub inne okoliczności niezależne od Wykonawcy lub których wykonawca przy zachowaniu należytej staranności nie był w stanie uniknąć lub przewidzieć,
- b) jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkody niezależne od stron spowodowane przez lub dające się przypisać zamawiającemu, personelowi zamawiającego,
- c) zawieszenie przez zamawiającego wykonania zamówienia,
- d) zmianę harmonogramu w ramach terminów (ram czasowych) wskazanych w cz. IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazane aneksy do umowy w imieniu zamawiającego podpisali Pan (I) - Zastępca Prezydenta Miasta (...) oraz Pan (II) - Naczelnik Wydziału Inwestycji i Remontów w Urzędzie Miasta (...), którzy zostali upoważnieni przez Prezydenta Miasta (...) do składania oświadczeń woli w imieniu Miasta.

W ocenie Zastępcy Rzecznika, przywołanie w aneksach § 13 ust. 1 pkt 2 lit. d umowy jako podstawy przesunięcia terminu wykonania zamówienia, jest całkowicie chybione, gdyż ten punkt dotyczył wyłącznie przesuwania terminów poszczególnych części przedmiotu zamówienia, nieprzekraczających terminu zasadniczego i końcowego jakim był 31 sierpnia 2014 r. Zatem chodziło tu o zmiany w ramach wyznaczonych ram czasowych pomiędzy udzieleniem zamówieniem a datą 31 sierpnia 2014 r. Zastępca Rzecznika w uzasadnieniu do wniosku o ukaranie ocenił, że przedstawiony stan faktyczny narusza art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym 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 w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Co prawda zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu

realizacji umowy oraz określił warunki pod jakimi może ona wystąpić, jednakże w ocenie Zastępcy Rzecznika w opisywanych przypadkach nie wystąpiły okoliczności przewidziane w umowie o zamówienie, a stanowiące podstawę do legalnej zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania.

Obrońca Obwinionych w trakcie rozprawy wskazał, że akcja promocyjna miała na celu wypromowanie wielomilionowej inwestycji budowlanej związanej z zagospodarowaniem (...). Roboty budowlane z tym związane mogły zostać zakończone w przewidzianym pierwotnie terminie, jednak na wiele miesięcy przed zakończeniem robót Naczelnik Wydziału Promocji pisał do Prezydenta Miasta o planowanym występie Zespołu (...) na terenie (...) i że jedynym możliwym terminem tego występu był dzień 14 września 2014 r. Zatem, zdaniem Pełnomocnika, to w interesie zamawiającego było, aby wydane pieniądze się nie zmarnowały, aby został osiągnięty cel promocji. Pełnomocnik przywołał również definicję art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając iż istotność w tym przypadku nie jest związana z terminem wykonania przedmiotu zamówienia. W jego ocenie, mamy tu do czynienia ze świadczeniem powiązaniem, w sytuacji kiedy z punktu widzenia wykonawcy wykonanie zamówienia w pierwotnym terminie nie było istotne.

Komisja Orzekająca, dokonała oceny zarzucanych czynów pod kątem naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania. Komisja zwróciła uwagę na odmienne uregulowanie przesłanek możliwości dokonywania zmian zawartych umów o zamówienie publiczne w trybie art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności na art. 144 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, zgodnie z którym zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e. Komisja zwróciła uwagę, iż w obecnym stanie prawnym ustawa *expressis verbis* wskazuje, jakie postanowienia zawartych umów uznaje się za istotne. I tak, zgodnie z art. 144 ust. 1 e ustawy Prawo zamówień publicznych zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,

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

Komisja Orzekająca uznała, iż w przedmiotowym zamówieniu nie zachodziły żadne przesłanki, wskazane w tym przepisie, by należało uznać, że dokonanie zmiany terminu zakończenia robót (termin ten nie był warunkiem udziału w tym postępowaniu) miało charakter zmiany istotnej. W ocenie Komisji, według stanu prawnego obowiązującego na dzień orzekania, możliwym było dokonanie takiej zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Komisja Orzekająca uznała, iż Obwinieni nie popełnili czynu zarzucanego przez Zastępcę Rzecznika we wniosku o ukaranie i w konsekwencji, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 uoondfp, orzekła o uniewinnieniu Pana (I) oraz Pana (II) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 uoondfp.

Powyższe orzeczenie zaskarżył – w przedstawionym zakresie – Zastępca Rzecznika, na niekorzyść Obwinionych. Wniósł o uchylenie orzeczenia w powyższej części oraz przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach. W uzasadnieniu Zastępca Rzecznika przypomniał, że w § 13 ust. 1 pkt 2 umowy, na podstawie której udzielono zamówienia publicznego zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu wykonania poszczególnych elementów przedmiotu umowy, jeżeli dochowanie terminu określonego w umowie jest niemożliwe z uwagi na :

- a) siłę wyższą lub inne okoliczności niezależne od Wykonawcy lub których wykonawca przy zachowaniu należytej staranności nie był stanie uniknąć lub przewidzieć,
- b) jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkody niezależne od stron spowodowane przez lub dając się przypisać zamawiającemu, personelowi zamawiającego,
- c) zawieszenie przez zamawiającego wykonania zamówienia,
- d) zmiana harmonogramu w ramach terminów (ram czasowych) wskazanych w cz. IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przywołanie w aneksach § 13 ust. 1 pkt 2 lit. d umowy jako podstawy przesunięcia terminu wykonania zamówienia, jest w ocenie Zastępcy Rzecznika całkowicie chybione, gdyż ten

punkt dotyczy wyłącznie przesuwania terminów poszczególnych części przedmiotu zamówienia, nieprzekraczających terminu zasadniczego i końcowego, jakim był 31 sierpnia 2014 r. Zatem chodziło tu o zmiany w ramach wyznaczonych ram czasowych pomiędzy udzieleniem zamówienia a datą 31 sierpnia 2014 r. Zastępca Rzecznika dokonał również oceny zasadności dokonanych przesunięć terminu realizacji zamówienia w kontekście pozostałych postanowień § 13 umowy i doszedł do przekonania, że żadne z postanowień umowy nie dawało podstaw do zmiany terminu wykonania zamówienia. Zastępca Rzecznika podkreślił, że co prawda zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji umowy oraz określił warunki pod jakimi może ona wystąpić, jednakże w jego ocenie w opisywanych przypadkach nie wystąpiły okoliczności przewidziane w umowie o zamówienie, a stanowiące podstawę do legalnej zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania.

Zastępca Rzecznika dostrzegł jednak, że Komisja zastosowała nie przepisy obowiązujące w dacie popełnienia czynu, które były przedmiotem analizy przez Zastępcę Rzecznika we wniosku o ukaranie, lecz przepisy obowiązujące w dacie orzekania. Zastępca Rzecznika nie zgodził się ze stanowiskiem Komisji, zgodnie z którym zmiana terminu zakończenia realizacji zamówienia w kwestionowanej przez Zastępcę Rzecznika umowie o zamówienie, była dopuszczalna w świetle art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym na moment orzekania. Stanowisko zajęte w sprawie przez Komisję sprowadza zmianę terminu końcowego wykonania zamówienia do pozycji nieistotnej zmiany, której dokonanie nie mogłoby mieć wpływu na treść ofert złożonych w postępowaniu o zamówienie. Sam zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznał zmianę terminu realizacji zamówienia, jako zmianę istotną, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w momencie czynu, przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość takiej zmiany i określił warunki pod jakimi mogła ona wystąpić. Zdaniem Rzecznika zmiany terminu zakończenia umowy o zamówienie nastąpiły z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu z momentu popełnienia czynu, jak również czyny te naruszały art. 144 ww. ustawy w brzmieniu obowiązującym na moment orzekania.

Elementami przedmiotowo istotnymi oferty, jaką składa wykonawca w postępowaniu o zamówienie publiczne, jest zobowiązanie się do wykonania na rzecz zamawiającego określonego zadania, w określonym czasie. W rozdziale VI „termin wykonania zamówienia” specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający jednoznacznie zastrzegł wymagany końcowy termin do 31 sierpnia 2014 r. Ten sam, określony datą dzienną termin końcowy realizacji zamówienia został powtórzony w załączniku nr 1 do siwz „oferta

wykonawcy” i ofertę tej treści złożyli wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Wreszcie, termin ten został wprowadzony do § 4 umowy o zamówienie. W ocenie Zastępcy Rzecznika, przedmiotowa umowa o zamówienie, jako umowa dwustronnie zobowiązująca, jako essentialia negotii tego typu czynności prawnej, nakłada obowiązek wykonawcy do realizacji konkretnego zadania w wyraźnie zakreślonym przedziale czasowym oraz obowiązek zamawiającego do zapłacenia za wykonane zadanie umówionego wynagrodzenia. Zmiana terminu końcowego realizacji zamówienia zmieniła ogólny charakter tej umowy w stosunku do jej pierwotnego brzmienia, bo zmodyfikowała jej element przedmiotowo istotny. Uznanie zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia jako zmiany istotnej, bo zmieniającej ogólny charakter umowy, zamyka możliwość uznania takowej zmiany za legalną w świetle art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do oceny Komisji zarzucanego czynu, jako zmiany nieistotnej, bo nie zmieniającej ogólnego charakteru umowy, Zastępca Rzecznika zauważył, że Komisja dokonała nieprawidłowej interpretacji art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych. Komisja uznała bowiem bezzasadnie słowo „warunek” użyte w ww. przepisie jako synonim zwrotu „warunek udziału w postępowaniu”, o którym mowa w art. 22 Pzp.

Zastępca Rzecznika stwierdził, że zmiana terminu końcowego realizacji zamówienia nie jest i nie może być postrzegana jako jakikolwiek z warunków udziału w postępowaniu, gdyż warunki udziału w postępowaniu odnoszą się wyłącznie do cech podmiotowych wykonawcy, których spełnienie/niespełnienie decyduje o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o zamówienie. Dlatego też jest prawdą, co stwierdziła Komisja, że w przedmiotowym postępowaniu nie ustanowiono warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do terminu końcowego realizacji zamówienia. Takowy warunek bowiem nie mógł być ustanowiony, gdyż pojęcie „termin końcowy realizacji zamówienia” jest elementem przedmiotowym oferty, który nie podlega ocenie właściwej dla elementów podmiotowych wykonawcy.

Nieprawidłowość interpretacji przepisu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit a ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonana przez Komisję, polega - zdaniem Zastępcy Rzecznika - na tym, iż w rzeczywistości słowo „warunek” użyty w ww. przepisie oznacza wymagania, jakie postawił zamawiający wykonawcom w zakresie nie podmiotowym, ale przedmiotowym, czyli w zakresie merytorycznej treści oferty. Niezrozumiałe dla Zastępcy Rzecznika jest, w jaki sposób zmiana warunku potraktowana jako zmiana warunku udziału w postępowaniu mogłaby wpłynąć na zmianę treści oferty. Elementem oferty nie jest bowiem wymagana sekwencja cech podmiotowych, jakich oczekiwano od wykonawców i jakie weryfikowano na etapie postępowania o zamówienie, lecz zobowiązanie się do wykonania określonego zadania

w określonym czasie.

Prawidłowa interpretacja art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie słowo „warunek” odnosi się do cech przedmiotowych oferty, pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że gdyby wykonawcom na etapie formułowania ofert wskazano zmieniony aneksem do umowy termin końcowy realizacji zamówienia, spowodowałoby to zmianę treści złożonych przez nich ofert. Oferty takie wskazywałyby termin końcowy realizacji 15 września 2014 r. nie zaś 31 sierpnia 2014 r. Podsumowując, prawidłowa interpretacja przepisów pozwala na stwierdzenie, że zarzucany przez Zastępcę Rzecznika czyn zmiany terminu końcowego realizacji zamówienia, był zmianą istotną w rozumieniu art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji dokonana zmiana umowy odbyła się z naruszeniem przepisu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w chwili orzekania.

W trakcie rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej zwaną GKO, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych podtrzymała złożone odwołanie i wniosła o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Komisję I instancji.

GKO zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Orzeczenie Komisji I instancji, pomimo pewnych niedoskonałości uzasadnienia, jest zgodne z prawem.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest odpowiedź na pytanie, czy dokonana przez zamawiającego zmiana umowy polegająca na wydłużeniu terminu wykonania zamówienia o 14 dni jest zmianą istotną w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp). Zastępca Rzecznika odpowiadając na to pytanie uważa, że dokonana zmiana była niedopuszczalna w świetle zarówno zawartej umowy jak i art. 144 Pzp. Z poglądem Zastępcy Rzecznika nie sposób się zgodzić. GKO – podobnie jak Komisja I instancji – uważa, że rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie powinno zapaść na podstawie przepisów obowiązujących w dacie orzekania, gdyż przepisy obowiązujące w dacie popełnienia zarzucanego czynu nie były względniejsze dla Obwinionych. Przed analizą art.144 ust.1e Pzp w kontekście ustalenia czy dokonana przez Obwinionych zmiana umowy była zmianą istotną należy podkreślić, że stosownie do orzecznictwa TSUE ocena zmian umowy nie może być automatyczna (por. wyrok TSUE o sygn.. C-454/06). Oznacza to, że ocena zmiany umowy o zamówienie publiczne musi być dokonana przez pryzmat konkretnego stanu faktycznego. Nie można

bowiem obronić tezy, że w każdym przypadku zmiana terminu wykonania umowy musi być uznana za zmianę istotną. GKO doszła do przekonania, że w rozpatrywanej sprawie dokonana zmiana terminu wykonania umowy nastąpiła bez naruszenia przepisów Pzp. Przekonanie to wynika z następujących ustaleń GKO.

Poza sporem jest, że dokonana zmiana nie zmienia ogólnego charakteru umowy w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu. Tym samym nie jest to zmiana istotna w rozumieniu art.144 ust.1e pkt 1 Pzp. Jak ustalono w doktrynie, ze zmianą ogólnego charakteru zamówienia publicznego będziemy mieć do czynienia np. w sytuacji zastąpienia danego przedmiotu zamówienia innym lub w sytuacji zmiany rodzaju zamówienia (J. Nowicki, Zmiany umowy w praktyce, M.Zam.Pub 2016/10/10-15). W rozpatrywanej sprawie nie zmienił się zakres przedmiotowy umowy, nie zmienił się też rodzaj udzielonego zamówienia publicznego.

Dokonana zamiana umowy nie wprowadza warunków, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że zamawiający zrealizował wszystkie zadania objęte umową zgodnie z przyjętymi terminami z wyjątkiem finałowego koncertu, w którym uczestniczyć miał (...). W oparciu o zasady racjonalnego rozumowania nie da się wykazać, że gdyby w SIWZ podano termin przeprowadzenia finałowego koncertu o 2 tygodnie późniejszy w stosunku do podanego w ogłoszeniu to w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści. Przeprowadzenie finałowego koncertu nie było ani jedynym ani najważniejszym zadaniem, które w ramach zamówienia wykonawca zobowiązał się wykonać. Dla każdego oferenta termin zorganizowania końcowego koncertu nie mógł być istotnym warunkiem przygotowania i przedłożenia oferty. Tym samym w sprawie nie zachodzi przesłanka określona w art.144 ust.1e pkt 2 lit.a Pzp.

Dokonana zmiana nie naruszała równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nie przewidziany pierwotnie w umowie. Z punktu widzenia wykonawcy termin zorganizowania koncertu finałowego był determinowany jedynie możliwościami udziału w koncercie (...). Okoliczność ta nie miała jakiegokolwiek ekonomicznego znaczenia, a w szczególności nie stanowiła jakiegokolwiek korzyści udzielonej przez zamawiającego wykonawcy. Z punktu widzenia wykonawcy termin zorganizowania koncertu finałowego z udziałem (...) był determinowany wyłącznie wolnymi terminami tego Zespołu a nie koniecznością zaangażowania przez niego jakichkolwiek środków w celu zrealizowania zamówienia. Podkreślić też należy, że zorganizowanie tego koncertu w pierwotnie

przewidzianym terminie, w sytuacji gdy całość inwestycji zagospodarowania kopca nie została jeszcze zakończona, byłoby z punktu widzenia zamawiającego działaniem mało racjonalnym. Tym samym GKO uznała, że dokonana zmiana umowy nie naruszała art.144 ust.1e pkt 2 lit. b Pzp.

W przekonaniu GKO dokonana zmiana umowy nie rozszerzała ani nie zmniejszała zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy w żadnym stopniu. W konsekwencji nie sposób przyjąć, że Obwinieni naruszyli art.144 ust.1e pkt 2 lit. c Pzp. który to przepis stanowi, że istotną zmianą umowy jest znaczne rozszerzenie lub zmniejszenie świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy. Nawet gdyby przyjąć za prawidłową wykładnię, zgodnie z którą zmiana terminu wykonania umowy jest zmianą zakresu zobowiązania to w niniejszej sprawie z całą pewnością nie nastąpiło znaczne rozszerzenie lub zmniejszenie zakresu zobowiązania.

W rozpatrywanej sprawie z oczywistych powodów nie mógł mieć zastosowania art.144 ust.1e pkt 2 lit. d, Pzp gdyż zmiana umowy nie polegała na zastąpieniu wykonawcy nowym wykonawcą.

Przeprowadzona analiza w sposób jednoznaczny wskazuje, że w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek określonych w art.144 ust.1 e Pzp, która prowadziłaby do konkluzji, iż dokonana zmiana umowy jest zmianą istotną w rozumieniu powołanego przepisu Pzp. Tym samym dokonana zmiana nie może zostać uznana – w okolicznościach niniejszej sprawy – za zmianę istotną. W konsekwencji Komisja I instancji dokonała prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i w oparciu o prawidłową wykładnię art. 144 ust.1e Pzp dokonała zgodnego z prawem rozstrzygnięcia.

W przekonaniu GKO na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że dokonana zmiana umowy jest zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Dokonana zmiana umowy nie naruszała jakichkolwiek innych zasad określonych w Pzp, a w tym nie naruszała zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe GKO orzekła jak w sentencji.