

ORZECZENIE

Główniej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych

Warszawa, dnia 7 lipca 2014 r.

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

Przewodniczący:	Członek GKO:	Paweł Kryczko (spr.)
Członkowie:	Członek GKO:	Marek Muszyński
	Członek GKO:	Teresa Warszawska
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Anny Rotter,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2014 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego (...) - pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z 19 listopada 2013 r., sygn. akt: (...), którym uznano Obwinionego (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), poprzez zawarcie, w dniu 22 października 2012 r., z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym (...), z siedzibą, aneksu do umowy nr (...), na mocy którego przedłużono termin realizacji przedmiotu umowy do 30 listopada 2012 r. oraz odstąpiono od wymierzenia kary Obwinionemu i obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł,

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 oraz z 2012 r. poz. 1529) 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

Rozpoznając sprawę GKO ustaliła, co następuje.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie, zwana dalej RKO, rozpoznała na rozprawie w dniach 18 lipca oraz 19 listopada 2013 r wnioszek o ukaranie Pana (...), pełniącego w czasie popełnienia zarzucanego czynu funkcję Wójta Gminy (...), obwinionego o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), zwanej dalej ustawą, polegające na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), poprzez zawarcie, w dniu 22 października 2012 r., z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym (...) aneksu, na mocy którego przedłużono termin realizacji przedmiotu umowy do 30 listopada 2012 r.

RKO - uznała Obwinionego odpowiedzialnym za zarzucane mu naruszenie i na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy, odstąpiła od wymierzenia kary. RKO ustaliła, że w dniu 20 września 2012 r. Gmina (...) w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zawarła umowę nr (...) na wykonanie robót budowlanych w zadaniu "Budowa placów zabaw w Gminie (...) w ramach PRaW". Zgodnie z postanowieniami pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz § 2 umowy termin wykonania zamówienia został określony do dnia 31 października 2012 r. Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy wynagrodzenie ryczałtowe ustalono na kwotę 715.657,98 zł brutto. W dniu 22 października 2012 roku zamawiający zawarł aneks do umowy nr 258/2012/C, mocą którego dokonano zmiany ww. umowy, poprzez ustalenie nowego terminu realizacji przedmiotu umowy do 30 listopada 2012 r. oraz zmianę wynagrodzenia z kwoty 715.657,98 zł na kwotę 701.522,82 zł. W imieniu zamawiającego aneks podpisał Pan (...), pełniący funkcję Wójta

Gminy (...). Ponadto RKO ustaliła, iż zgodnie z postanowieniami pkt XIX SIWZ zamawiający zastrzegł, iż „(...) dopuszcza możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia takiej zmiany wynikać będzie z sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć lub gdy zmiana ta będzie korzystna dla zamawiającego.”.

Odnosząc się do tak ustalonego stanu faktycznego Komisja wskazała, iż zamawiający w SIWZ przewidział możliwość zmiany postanowień zawartej umowy, w stosunku do treści oferty, tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia takiej zmiany wynikać będzie z sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć lub gdy zmiana ta będzie korzystna dla zamawiającego. W ocenie Komisji, z analizy dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania wynika, iż nie zaistniały okoliczności uzasadniające dopuszczalność zmiany przedmiotowej umowy. Nie sposób zgodzić się, iż zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia wynikała z sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć. Niewątpliwie zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia wskazał również lokalizacje poszczególnych placów zabaw, w tym również placu zabaw w (...). W ocenie Komisji, zmiana lokalizacji placu zabaw przy szkole w (...), która jak wynika z zeznań świadka (...), została zaproponowana około połowy października przez dyrekcję szkoły, nie wynikała z sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć. Niewątpliwie okoliczności uzasadniające zmianę lokalizacji istniały już w momencie ustalania pierwotnej lokalizacji placu zabaw przy szkole w (...), co wskazuje choćby na przewidywalność dokonanej zmiany i w konsekwencji brak podstaw do zmiany terminu realizacji. W ocenie Komisji, nie potwierdziły się również okoliczności, wskazywane przez Obwinionego w wyjaśnieniach, iż wykonawca odmówił przyjęcia placu budowy placu zabaw w (...) z uwagi na jego niekorzystną lokalizację. Nie sposób również uznać, iż zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia była zmianą korzystną dla zamawiającego skoro prowadziła do wydłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Podnoszona przez Obwinionego korzyść w postaci obniżenia wynagrodzenia z kwoty 715.657,98 zł na kwotę 701.522,82 zł wynikała z urealnienia kosztorysu i obniżenia wynagrodzenia o koszty wykonania ogrodzenia placu zabaw w (...). Tym samym obniżenie wynagrodzenia, choć korzystne dla zamawiającego, nie wiązało się ze zmianą lokalizacji placu zabaw w (...) i związaną z tym zmianą terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Oceny powyższej nie mogą również zmieniać wskazywane przez Obwinionego trudności finansowe

Gminy.

RKO nie zgodziła się również z Obwinionym, iż zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia była zmianą nieistotną. W ocenie Komisji, wykonawca decydując się na ubieganie o zamówienie publiczne, bierze pod uwagę m.in. zakres przedmiotu zamówienia oraz termin, w jakim będzie musiał zamówienie zrealizować uwzględniając ten czynnik przy kalkulacji ceny oferty. Tym samym zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia poprzez jego wydłużenie, mogła wpłynąć na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie. Uznając, że każda zmiana, która w jakikolwiek sposób zmieniałaby treść oferty wybranej w postępowaniu, będzie cechowała się istotnością, to za istotną należy uznać również zmianę terminu realizacji zamówienia stanowiącego niewątpliwie treść oferty. Reasumując, Komisja uznała za istotną wprowadzoną przez zamawiającego zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze RKO uznała, iż Obwiniony dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 ustawy, nie podzielając argumentacji Obwinionego, zawartej w wyjaśnieniach złożonych na etapie postępowania wyjaśniającego przed Rzecznikiem, jak też w postępowaniu przed RKO.

RKO stwierdziła, że przypisanego Obwinionemu naruszenia można uznać jego zawinione działanie. Choć z akt sprawy, jak również z wyjaśnień Obwinionego wynika, że w istocie nie miał On zamiaru popełnienia czynu, popełnił go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w zaistniałych okolicznościach.

Jednocześnie RKO, działając na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy uznała, że zarówno charakter i szczególne okoliczności towarzyszące popełnieniu czynu, jak również warunki osobiste sprawcy, upoważniają do odstąpienia od wymierzenia kary. Komisja uznała, że wymierzenie Obwinionemu nawet najłagodniejszej kary, jaką jest kara upomnienia, byłoby zbyt surowe przy uwzględnieniu okoliczności naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W odwołaniu od orzeczenia RKO Obwiniony wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia, poprzez uniewinnienie, ewentualnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania RKO.

Zaskarżonemu orzeczeniu Obwiniony zarzucił:

- naruszenie art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez błędną interpretację i

niewłaściwe zastosowanie, poprzez przyjęcie, że zmiana umowy z dnia 20.09.2012 r. była istotna,

- naruszenie art. 135 i art. 17 ust. 6 ustawy, poprzez uznanie, że Obwiniony został uznany winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki do uniewinnienia Obwinionego od zarzucanego mu czynu.

W odwołaniu Obwiniony ponownie podniósł, że zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy była spowodowana koniecznością zmiany lokalizacji placu zabaw w miejscowości Trzetrzewina, a tego nie można było przewidzieć wcześniej. W trakcie prowadzenia prac okazało się, że miejsce przeznaczone na plac zabaw w umowie nie jest korzystne albowiem jest zacienione i mało dostępne ze względu na niewystarczającą powierzchnię. Dodatkowo okazało się, że na terenie tej samej działki znajduje się lepsza lokalizacja, na której można umieścić plac zabaw. Wykonawca powiadomił Gminę o niekorzystnej lokalizacji placu zabaw i stwierdził, że lepszą będzie lokalizacja w innym miejscu, stanowisko to poparła Dyrektor Zespołu Szkół w (...), a także przedstawiciele zamawiającego. W trakcie pierwotnego projektowania placu zabaw w (...) trwały roboty budowlane związane z budową sali gimnastycznej oraz remontem obiektu Szkoły, co powodowało, że trudne było do przewidzenia, że znajdzie się lepsza lokalizacja niż pierwotnie przewidziana w umowie. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Komisji, iż zmiana była przewidywalna. RKO nieprawidłowo zinterpretowała zeznania świadka (...) w ten sposób, że według Komisji zmiana była możliwa do przewidzenia. Tymczasem świadek (...) wyraźnie wskazała, że zmiany nie można było przewidzieć i wynikała ona w toku realizacji przedmiotowej umowy. Ustalenia dotyczące pierwotnej lokalizacji placu zabaw były podjęte od dnia 17.06.2010 r. podczas przygotowań o wystąpienie o środki unijne, co dokumentuje zgłoszenie o zamiarze wykonania robót budowlanych załączone do odwołania wraz z mapą obrazującą pierwotną lokalizację placu zabaw w (...). Od daty zgłoszenia do czasu realizacji zamówienia na terenie Zespołu Szkół w (...) miały miejsce budowa sali gimnastycznej oraz generalny remont istniejącego budynku szkoły. Procedura pozyskiwania środków unijnych trwała około 2 lata i kiedy zostały te środki Gminie przyznane ogłoszono przetarg na wykonanie placów zabaw, a przed przystąpieniem do realizacji konkretnie placu zabaw w (...). Wówczas wykonawca zgłosił możliwość zmiany lokalizacji, co zaakceptował zamawiający mając na względzie korzystność tego rozwiązania i fakt, że istniała możliwość aneksowania umowy gdyż było to w niej przewidziane.

Nieprawdziwe są, więc twierdzenia RKO, że okoliczności uzasadniające zmianę lokalizacji istniały już w momencie ustalania pierwotnej lokalizacji placu zabaw przy szkole w (...). Składając wyjaśnienia, że wykonawca odmówił przyjęcia budowy placu zabaw ze względu na jego niekorzystną lokalizację, Obwiniony miał na myśli, że wykonawca zaproponował umieszczenie placu zabaw w innym miejscu niż pierwotnie przewidziane. Przyznać należy, że pierwotna lokalizacja placu zabaw była znana wykonawcom na etapie ogłoszenia przetargu i nie była kwestionowana na etapie składania ofert. Wskazać jednak należy, że inaczej sprawa lokalizacji wyglądała w terenie po wykonaniu inwestycji związanej z budową sali gimnastycznej, uporządkowaniu otoczenia szkoły i ujawnieniu się nowych możliwości. Obwiniony podniósł, że aneks do umowy był korzystny dla zamawiającego z następujących powodów.

1. Gmina zaoszczędziła w budżecie kwotę 14.135,16 zł z tego powodu, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca zgodził się na niepobieranie wynagrodzenia za prace, których nie wykonywał, a które pierwotnie były ujęte w kosztorysie. Dotyczy to ogrodzenia placu zabaw w Małej Wsi, którego jeden fragment nie został wykonany.
2. Z uwagi na przesunięcie terminu płatności Gmina pozyskała odsetki od środków zgromadzonych na rachunku bankowym od całej kwoty wynikającej z umowy, kwota odsetek wynosi około 3.200zł.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Obwiniony analizując znaczenie terminu „istotna zmiana umowy” podniósł, że pomocne przy ocenie, czy zmiana jest istotna, jest orzecznictwo ETS, który sprawę istotnych zmian umowy rozważał w wyroku w sprawie C-337/98 i w sprawie C-454/06 stwierdzając, że „ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. ETS w sprawie C- 454/06 wskazał, że "zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu".

Na etapie od ogłoszenia przez Gminę (...) przetargu do otwarcia ofert również żaden wykonawca nie kwestionował terminu wykonania zamówienia i nie składał zastrzeżeń, że termin ten jest za krótki. Powyższe pozwala przyjąć, że termin w przy realizacji tego zamówienia nie był elementem istotnym, gdyż nie miał wpływu na liczbę wykonawców przystępujących do przetargu. Komisja wydając zaskarżone Orzeczenie nie wzięła pod uwagę okoliczności formalnej, że zamawiający dopełnił obowiązków i przewidział możliwość aneksowania umowy zarówno w SIWZ jak też w ogłoszeniu o zamówieniu. Katalog dopuszczalnych do przewidzenia zmian został ograniczony przez zamawiającego do zmian korzystnych i to takich, które okazały się niezbędne na skutek okoliczności niemożliwych wcześniej do przewidzenia.

Obwiniony podpisując aneks do umowy z dnia 22.10.2012 r. kierował się zasadami gospodarności i celowości wydatkowania środków publicznych. W jego ocenie, nie można interpretować przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zbyt literalnie i w konsekwencji działać na niekorzyść zamawiającego przy uwzględnieniu faktu, że żadna ze stron nie poniosła szkody, a domniemywanie RKO o możliwym rozszerzeniu kręgu potencjalnych wykonawców jest zbyt daleko idącą interpretacją przepisu art. 144 Prawa zamówień publicznych. Przy ocenie sposobu i okoliczności naruszenia obowiązków ciążących na sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych należy brać pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych towarzyszących temu naruszeniu. Należy podkreślić, że Obwiniony pełniąc funkcję Wójta Gminy (...) od 2006 nadal wykonuje wzorowo swoje obowiązki i nigdy nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przesłanka ta została wzięta pod uwagę przez RKO wydającą zaskarżone orzeczenie w przedmiotowej sprawie w zakresie dotyczącym odstąpienia od wymierzenia kary, jednak - w ocenie Obwinionego - przesłanka niekaralności powinna warunkować uniewinnienie od zarzucanego czynu.

Reasumując, zmiana umowy z (...) nie miała charakteru istotnego, zamawiający przewidział w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, możliwość dokonywania zmian, w tym korzystnych dla zamawiającego. W związku z tym nie można mówić o odpowiedzialności z art. 17 ust. 6 ustawy w związku z art. 144 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych.

W trakcie rozprawy przed GKO Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniosła o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy, zaś Obrońca Obwinionego przedstawiając argumentację zawartą w odwołaniu wniosła o jego

uniewinnienie. Strony nie wniosły o uzupełnienie materiału dowodowego.

Mając na uwadze powyższe GKO zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. RKO prawidłowo ustaliła stan faktyczny, w oparciu o zgromadzone dowody przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, jak również w oparciu o rzetelnie przeprowadzone postępowanie dowodowe, w trakcie którego uwzględniono wnioski dowodowe Obwinionego. Następnie RKO prawidłowo ustaliła stan prawny i dokonała właściwej subsumcji ustaleń faktycznych. Zaskarżone orzeczenie jest prawidłowe także od strony formalnej. Orzeczenie to zawiera wszystkie niezbędne (konieczne) elementy wymagane przez ustawę. Tym samym – w ocenie GKO – nie było żadnych podstaw do jego uchylecia, czy też zmiany.

Zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wprowadzona zmiana była korzystna dla zamawiającego. W tym miejscu GKO zwraca uwagę, że przedmiotem dalszych rozważań powinna być wyłącznie zmiana polegająca na wydłużeniu terminu wykonania zamówienia z dnia 31 października na dzień 30 listopada 2012 r. Obniżenie wynagrodzenia wykonawcy nie było, bowiem w jakikolwiek sposób związane ze zmianą terminu wykonania zamówienia. Twierdzenie Obwinionego, że podpisał korzystny aneks, gdyż wykonawca obniżył cenę za prace, których nie wykonał wymaga jednak krótkiego komentarza. Trudno uznać za poprawną tezę, że dostosowanie wynagrodzenia do zakresu faktycznie wykonanych robót jest zawsze zmianą korzystną. Skoro zamówienie nie zostało zrealizowane w pełnym zakresie to tym samym wykonawcy nie przysługiwało wynagrodzenie w pełnej wysokości. Gdyby nie doszło w zaistniałej sytuacji do obniżenia wynagrodzenia, to Obwinionemu można by postawić zarzut dokonania ze środków publicznych nieuzasadnionego przysporzenia na rzecz prywatnego przedsiębiorcy. Reasumując, nie należy przesadnie podkreślać, że podpisany aneks przyniósł szczególne korzyści zamawiającemu gdyż obniżono wynagrodzenie. Warto pamiętać o przyczynach obniżonego wynagrodzenia.

Natomiast za całkowicie chybiony GKO uznaje podniesiony w odwołaniu argument, iż aneks do umowy był korzystny dla zamawiającego, albowiem z uwagi na przesunięcie terminu płatności Gmina pozyskała odsetki w wysokości około 3.200 zł od środków zgromadzonych na rachunku bankowym od całej kwoty wynikającej z umowy. Z powyższego argumentu wynika, że im bardziej odroczone by termin wykonania zamówienia tym większe korzyści

uzyskałaby Gmina tytułem odsetek. W przekonaniu GKO, obowiązkiem Gminy jest realizowanie zadań dla dobra wspólnoty lokalnej a nie bezzasadne odraczanie terminu ich wykonania w celu pozyskania odsetek od ulokowanych środków publicznych. Gdyby przedstawioną przez Obwinionego powyższą tezę uznać za prawidłową to gminy powinny czynić wszystko w celu jak najpóźniejszego wykonania zadań w celu inwestowania środków publicznych na rachunkach bankowych. Podniesiony przez Obwinionego argument należy w tej sytuacji uznać za całkowicie błędny. Na marginesie tej kwestii GKO zwraca uwagę, że w trakcie postępowania przed Rzecznikiem i RKO Obwiniony podniósł, iż jedną z przyczyn zmiany terminu wykonania zamówienia były trudności płatnicze Gminy. Obwiniony ma oczywiście prawo do używania na swoją obronę dowolnych argumentów, powinien jednak dążyć do tego, aby nie były one sprzeczne.

Podstawowy jednak problem w niniejszej sprawie dotyczy odpowiedzi na pytanie czy można było przewidzieć potrzebę zmiany lokalizacji jednego z szesnastu objętych przedmiotowym zamówieniem placów zabaw dla dzieci i czy zmiana terminu wykonania zamówienia była istotna. GKO, podobnie jak RKO nie ma żadnych wątpliwości, że wydłużenie terminu wykonania zamówienia nie może być usprawiedliwione zmianą lokalizacji placu zabaw w (...). Należy zauważyć, że wykonawca – na podstawie umowy z dnia 20 września 2012 r. - zobowiązał się wykonać przedmiot umowy do dnia 31 października 2012 r., tj. w ciągu 41 dni. Zamówienie to obejmowało wykonanie szesnastu placów zabaw dla dzieci. Aneks do umowy wydłużający termin wykonania zamówienia został podpisany 22 października 2012 r. tj. na 9 dni przed pierwotnym terminem oddania wykonanego przedmiotu umowy. Trudno uznać za racjonalne wyjaśnienie, że na około 2 tygodnie przed zakończeniem prac wystąpiła przesłanka, której nie można było wcześniej przewidzieć, tj, zamawiający zorientował się, że lokalizacja jednego z szesnastu placu zabaw jest niewłaściwa. Stało się to, bowiem w momencie, w którym Wykonawca już od ponad miesiąca powinien realizować wykonanie placu zabaw także w (...). Nie budzi żadnej wątpliwości GKO, że wykonawca do dnia 22 października 2012 r. nie poczynił nawet przygotowań do realizacji zadania w (...) i nie istniała możliwość wykonania tego zadania w pierwotnym terminie, zarówno w lokalizacji wynikającej z umowy, jak i w lokalizacji wprowadzonej aneksem do tej umowy. Zmiana lokalizacji dotyczyła tylko jednego z szesnastu placu zabaw i – co należy uwypuklić – została dokonana w ramach tej samej działki. Tym samym Wykonawca nie musiał przemieszczać ani

sprzętu ani materiałów do wykonania zadania. Wykonanie projektu nowego placu nie wydaje się zadaniem nadmiernie skomplikowanym biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawca musiał dostarczyć te same urządzenia do wykonania placu zabaw, co w pierwotnej lokalizacji. Reasumując, GKO uważa, że jest sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania, że po upływie miesiąca od rozpoczęcia realizacji zadania zamawiający dostrzegł nową przesłankę, której nie mógł wcześniej przewidzieć a dotyczącą nowego, bardziej korzystnego miejsca lokalizacji placu zabaw w (...). Ponadto GKO zwraca uwagę, iż skoro przyczyną wydłużenia terminu wykonania zamówienia była nowa lokalizacja jednego placu zabaw to okres, na jaki wydłużono termin wykonania powinien ten fakt uwzględnić. Jest nielogiczne twierdzenie, że wszystkie place zabaw, oprócz placu w (...) wykonawca potrafi zrealizować w ciągu 41 dni, zaś na wykonanie jednego placu zabaw w (...) niezbędnych jest 39 dni (od 22 października do 30 listopada 2012 r.). Podniesiona okoliczność wyraźnie sugeruje, że musiały istnieć także inne powody, niż zmiana lokalizacji placu zabaw w (...), które skłoniły Obwinionego do podpisania w dniu 22 października 2012 r. aneksu do umowy.

Dokonana zmiana z całą pewnością nie była korzystna dla zamawiającego. Wygląda wręcz na to, że zamawiający podpisując wymieniony aneks uchronił wykonawcę od konieczności zapłacenia kary za nieterminowe wykonanie zamówienia. Jednakże, w przekonaniu GKO, zasadniczą kwestią jest stwierdzenie, że taki sposób postępowania mógł wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest prawdopodobne, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie wzięli udziału przedsiębiorcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia (zarówno majątkowy jak i osobowy) nie mogli podjąć się wykonania zamówienia w terminie do 31 października, ale mogli to uczynić w terminie do dnia 30 listopada 2012 r. W postępowaniu tym nie mogli wziąć udziału przedsiębiorcy, którzy w październiku 2012 r. byli zaangażowani w realizację innych zadań, zaś w listopadzie 2012 r. dysponowali odpowiednim potencjałem do wykonania zamówienia. W świetle powyższych ustaleń nie budzi najmniejszej wątpliwości, że przeprowadzona zmiana umowy była istotna. Korzystając z dorobku TSUE należy przypomnieć, że „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została

pierwotnie dopuszczona” (wyrok w sprawie C-337/98). GKO przypomina, iż w niniejszej sprawie aneks dotyczył warunku wykonania zamówienia, jakim jest termin jego realizacji i zmiana ta polegała na wydłużeniu tego terminu z 41 dni do 71 dni (tj. o blisko 75% pierwotnego czasu wykonania zamówienia). Twierdzenie, że ta zmiana nie była istotna, a ponadto była uzasadniona zmianą lokalizacji jednego z szesnastu wykonywanych placów zabaw dla dzieci jest sprzeczne z zasadami racjonalnego rozumowania.

Poczynione ustalenia faktyczne nie pozostawiają wątpliwości, że RKO prawidłowo uznała, że swoim czynem Obwiniony naruszył art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym wyczerpał znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy. Dokonana zmiana była istotna i była dla zamawiającego niekorzystna.

Zamawiający tymczasem w SIWZ przewidział możliwość zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia takiej zmiany wynikać będzie z sytuacji, której nie można było wcześniej przewidzieć lub gdy zmiana ta będzie korzystna dla Zamawiającego. Skoro, żaden z tych warunków nie został spełniony to w pełni zasadne jest przypisanie Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Z całą pewnością popełniony przez Obwinionego czyn, w szczególności poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji, charakteryzuje się wyższą od znikomej szkodliwością dla finansów publicznych. Tym samym nie było podstaw do umorzenia postępowania, ani tym bardziej uniewinnienia Obwinionego od przypisanego mu naruszenia.

RKO uznała, że zarówno charakter i szczególne okoliczności towarzyszące popełnieniu czynu, jak również warunki osobiste sprawcy upoważniają do odstąpienia od wymierzenia kary. W realiach niniejszej sprawy GKO nie miała możliwości zmiany tego rozstrzygnięcia RKO gdyż – stosownie do art. 146 ust. 1 ustawy, GKO może zastrzyć obwinionemu karę tylko wtedy, gdy wniesiono odwołanie na jego niekorzyść.

Mając na uwadze powyższe GKO orzekła, jak w sentencji.