



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 15 lipca 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Przewodniczący GKO:</i>	Mariusz Jerzy Golecki
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Krzysztof Fijołek (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Piotr Kaczorkiewicz
Protokolant:		Dorota Machnicka

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Arkadiusza Babczuka, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 15 lipca 2019 r., odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Pana (...) (zam. (...)), pełniącego w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. akt RIO-52/DFP-2/2019, którym Regionalna Komisja Orzekająca uniewinniła (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego art. 17 ust. 1 b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 ze zm.), zwanej uondfp polegającego na udzieleniu w dniu 21 kwietnia 2016 r. zamówienia na dostawy energii elektrycznej i świadczenie usług jej dystrybucji w okresie od 1.01.2017 r. do 31.12.2018r. – o wartości co najmniej 573.273,68 zł netto, co odpowiadało równowartości 137.314,35 euro – wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, mimo tego że wartość tych zakupów przekraczała równowartość kwoty 30.000 euro, czym naruszono przepisy art. 44 ust. 4 i art. 254 pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 z późn. zm.) oraz przepisy art. 7 ust. 3 i art. 10 w związku z art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986),

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uoondfp, uchyła w całości zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie .

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w dniu 15 lipca 2019 r. rozpoznała odwołanie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Pani (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie z dnia 14 lutego 2019 r.

Regionalna Komisja Orzekająca na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 78 ust. 3 uoondfp uniewinniła p. (...) – byłego Wójta Gminy (...), od stawianego mu zarzutu popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w przepisach art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 21 kwietnia 2016 r. zamówienia na dostawę energii elektrycznej i świadczenie usług jej dystrybucji w okresie od 1.01.2017 r. do 31.12.2018r. – o wartości co najmniej 573.273,68 zł netto, co odpowiadało równowartości 137.314,35 euro – wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, mimo tego że wartość tych zakupów przekraczała równowartość kwoty 30.000 euro, czym naruszono przepisy art. 44 ust. 4 i art. 254 pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 z późn. zm.) oraz przepisy art. 7 ust. 3 i art. 10 w związku z art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) zwaną dalej „ustawą PZP”.

Po przeprowadzeniu i zamknięciu postępowania dowodowego Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych podtrzymał wniosek w zakresie winy, zaś w zakresie kary wniósł o rozważenie możliwości odstąpienia od jej wymierzenia, z uwagi na bardzo dobrą opinię o sposobie wywiązywania się przez byłego Wójta Gminy (...) z obowiązków służbowych oraz uprzednią niekaralność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. We wniosku o ukaranie Rzecznik wnioskował o orzeczenie w stosunku do Obwinionego kary upomnienia.

We wniosku o ukaranie Rzecznik wskazał, że na dzień przeprowadzania kontroli przez inspektorów RIO (tj. 22 lutego 2018 r.), energia w Gminie (...) dostarczana była na mocy

Sygn. akt BDF1.4800.28.2019

porozumienia zawartego dnia 21.04.2016 r. przez Wójta Gminy – p. (...)z PGE (...) i obowiązującego w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2018 r. Wybór dostawcy energii odbył się z pominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (do dnia 31.12.2016 r. energia dostarczana była na podstawie umów zawartych na czas nieokreślony).

Jak wskazała Komisja Orzekająca I instancji, w toku kontroli ustalono, że w latach 2015-2016 usługi obrotu energii elektrycznej i świadczenia usług jej dystrybucji dla Urzędu Gminy (...) odbywały się na podstawie 25 umów kompleksowych na poszczególne punkty poboru energii elektrycznej zawartych pomiędzy PGE (...) a Gminą (...). Wszystkie umowy zostały zawarte na czas nieoznaczony, przy czym 14 z 18 umów przedłożonych w trakcie kontroli zostało zawartych w okresie od 1.07.2003 r. do 1.09.2009 r., zgodnie z przepisami art. 143 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 29.01.2010 r.), natomiast pozostałe 4 umowy kompleksowe zostały zawarte w okresie od 20.10.2010 r. do 27.12.2012 r. tj. po zmianie przepisów art. 143 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, które w nowym brzmieniu nie dopuszczały możliwości zawarcia umów na czas nieoznaczony, w zakresie dostaw energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej.

Porozumieniem z 21.04.2016 r., dotyczącym indywidualnych warunków umów określonych w załączniku nr 1, ustalono wysokość cen energii elektrycznej od 1.01.2017 r. do 31.12.2018 r. Porozumieniem zawartym z PGE (...) ustalono nowe indywidualne warunki umów w zakresie terminów ich obowiązywania oraz stawek cen dla poszczególnych grup taryfowych.

Regionalna Komisja Orzekająca przyjęła ustalenia Kontrolujących w zakresie poniesionych wydatków z kart wydatków do konta 130/W „Rachunek bieżący wydatków własnych jednostki” w następujących podziałkach klasyfikacji budżetowej: §4260 dz. 400 rozdz. 40002, dz. 750, rozdz. 75023, dz. 754 rozdz. 75412, dz. 900 rozdz. 90003, dz. 900 rozdz. 90015 oraz zestawienia faktur za energię elektryczną za 2015 r. oraz w okresie 12 miesięcy poprzedzających miesiąc zawarcia porozumienia z 21.04.2016 r. tj. w okresie od 1.04.2015 do 31.03.2016 r., w których wyodrębniono wartość usług dystrybucji energii elektrycznej oraz wartości usługi jej obrotu.

Poniesiono wydatki w następujących wysokościach:

Sygn. akt BDF1.4800.28.2019

- w 2015 r. - 289.024,28 zł netto, 355.499,90 zł brutto (w tym wydatki na usługę dystrybucji energii elektrycznej w wysokości 134.999,57 zł netto i wydatki na usługę obrotu energii w wysokości 154.024,71 zł netto),
- w okresie od 1.04.2015 do 31.03.2016 r. - 286.636,84 zł netto, 352.563,32 zł brutto (w tym wydatki na usługę dystrybucji energii elektrycznej w wysokości 133.718,10 zł netto i wydatki na usługę obrotu energii w wysokości 152.918,74 zł netto).

Biorąc pod uwagę wysokość wydatków na zakup energii elektrycznej poniesionych w okresie od 1.04.2015 r. do 31.03.2016 r., tj. w terminie poprzednich 12 miesięcy (286.636,84 zł netto), wartość zamówienia na lata 2017-2018 udzielonego porozumieniem z dnia 21.04.2016 r., oszacowana zgodnie z cytowanymi przepisami, nawet bez uwzględnienia wskaźnika cen towarów i usług, powinna wynosić co najmniej dwukrotnie tyle, tj. 573.273,68 zł netto, co odpowiadało równowartości 137.314,35 euro według obowiązującego wówczas kursu złotego (4,1749 zł/euro), w tym ok. 267.436,20 zł netto (64.058,11 euro) na dystrybucję energii i ok. 305.837,48 zł netto (73.256,24 euro) na obrót energii.

W ocenie Rzecznika, zawierając 21.04.2016 r. porozumienie z PGE (...) udzielono nowego zamówienia na dostawy energii elektrycznej w latach 2017-2018. Zamawiający, przed udzieleniem zamówienia, nie określił wartości szacunkowej zamówienia, mając na uwadze, że wartość szacunkową zamówień na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo ustala się na podstawie łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie, stosownie do obowiązku wynikającego z postanowień art. 34 ust. 1 oraz ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy PZP. Zgodnie ze stanowiskiem Rzecznika, zawierając ww. porozumienie, nie stosowano zasad określonych w przepisach ustawy PZP, niezgodnie z postanowieniami art. 44 ust. 4 i art. 254 pkt 4 ustawy o finansach publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji przyjęła w orzeczeniu, że znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1b. pkt 1 uondfp wypełnia udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Jednocześnie stwierdziła, że w analizowanym przypadku nie doszło do zawarcia nowej umowy na dostawę energii

elektrycznej. Zamówień udzielono z chwilą zawarcia umów w okresie 2003 – 2012, a dostawy energii w latach 2017-2018 odbywały się na ich podstawie.

Regionalna Komisja Orzekająca ustaliła, że w dniu 21 kwietnia 2016 r. zawarto porozumienie, które zmieniło ceny energii elektrycznej w poszczególnych grupach taryfowych oraz okres ich obowiązywania. Porozumienie dotyczy wszystkich punktów poboru energii elektrycznej, których dotyczyły umowy zawarte przez Gminę (...) w okresie 2003-2012. (Załącznik Nr 1 do porozumienia wskazuje numer umowy oraz punkt poboru energii z określeniem taryfy - k.5). W pkt. 12 porozumienia zawarto zapis "niniejsze porozumienie zostaje, na czas jego obowiązywania, włączone do obowiązującej umowy. PGE (...). Oddział z siedzibą w Lublinie przekazując porozumienie wskazało, że wprowadza ono nowe ceny do rozliczeń.

Komisja Orzekająca I instancji zauważyła, że ustawa z dnia 10 kwietnia 2010 r. Prawo energetyczne w art. 5 ust. 2 pkt 1, 3 oraz pkt 4 wskazuje elementy umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji. Stosownie do przywołanych przepisów umowa sprzedaży powinna zawierać co najmniej postanowienia określające miejsce dostarczenia paliw gazowych lub energii do odbiorcy i ilość tych paliw lub energii w podziale na okresy umowne, moc umowną oraz warunki wprowadzania jej zmian, cenę lub grupę taryfową stosowane w rozliczeniach i warunki wprowadzania zmian tej ceny i grupy taryfowej, sposób prowadzenia rozliczeń, wysokość bonifikaty za niedotrzymanie standardów jakościowych obsługi odbiorców, odpowiedzialność stron za niedotrzymanie warunków umowy, okres obowiązywania umowy i warunki jej rozwiązania oraz pouczenie o konsekwencjach wyboru sprzedawcy rezerwowego. Ponadto umowa o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii powinna zawierać co najmniej postanowienia określające moc umowną i warunki wprowadzania jej zmian, ilość przesyłanych paliw gazowych lub energii w podziale na okresy umowne, miejsca dostarczania paliw gazowych lub energii do sieci i ich odbioru z sieci, standardy jakościowe, warunki zapewnienia niezawodności i ciągłości dostarczania paliw gazowych lub energii, stawki opłat lub grupę taryfową stosowane w rozliczeniach oraz warunki wprowadzania zmian tych stawek i grupy taryfowej, sposób prowadzenia rozliczeń, parametry techniczne paliw gazowych lub energii oraz wysokość bonifikaty za niedotrzymanie tych parametrów oraz standardów jakościowych obsługi odbiorców, odpowiedzialność stron za niedotrzymanie warunków umowy oraz okres obowiązywania umowy i warunki jej rozwiązania.

Komisja Orzekająca I Instancji uznała, że skoro zawarte 21 kwietnia 2016 r. porozumienie nieodnosi się do podstawowych elementów, które powinna zawierać umowa na dostarczanie energii, a mianowicie ilości energii w podziale na okresy umowne, mocy umownej oraz warunków wprowadzania jej zmian, to tym samym porozumienie to nie może zostać uznane za umowę na dostarczanie energii elektrycznej, stanowi natomiast o zmianie umów zawartych w okresach wcześniejszych.

Regionalna Komisja Orzekająca podkreśliła, że odnosząc się do zmian umów zawartych na dostawę energii elektrycznej, należy przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r. (sygn. akt IV CSK 153/06). Sąd Najwyższy stwierdził, iż zawarcie umowy o dostawę (sprzedaż) energii cieplnej w trybie zamówień publicznych nie wyłącza możliwości jej zmiany w zakresie ceny i stawek opłat w razie późniejszego zatwierdzenia taryfy zawierającej wyższe stawki od umówionych. Nie zawsze bowiem modyfikacja umowy o zamówienie publiczne wywołana zmianą taryfy (wzorca) koliduje z zakazem, określonym w art. 76 nieobowiązującej już ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344, ze zm.), którego odpowiednikiem jest art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku stwierdził, iż dopuszczalne jest stosowanie zatwierdzonej taryfy do rozliczeń między stronami umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Komisja Orzekająca I instancji stwierdziła, że – przy zastosowaniu wyżej opisanej interpretacji – w rozpoznawanej sprawie nie naruszono art. 44 ust. 4 i art. 254 pkt 4 ustawy o finansach publicznych oraz przepisy art 7 ust. 3 i art. 10 w związku z art. 4 pkt 8 ustawy PZP i tym samym w zarzucanym czynie brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł odwołanie na podstawie art. 137 ust. 5 uondfp, na niekorzyść Obwinionego, od orzeczenia wydanego w dniu 14 lutego 2019 r., przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie, w którym Komisja Orzekająca uniewinniła p. (...) - byłego Wójta Gminy od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w przepisach art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp. Odwołujący wniósł o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania ze względu na bezzasadne przyjęcie, że porozumienie z dnia 21 kwietnia 2016 r. zawarte przez ówczesnego Wójta Gminy z PGE

Obrót na dostawę energii elektrycznej w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2018 r. o wartości co najmniej 573.273,68 zł netto - nie było udzieleniem nowego zamówienia.

Rzecznik w pierwszej kolejności zaznaczył, że do końca 2016 r. w Gminie obowiązywały bezterminowe umowy na dostawę energii elektrycznej, zawarte na czas nieoznaczony w latach 2003-2012.

Porozumieniem zawartym z PGE dnia 21 kwietnia 2016 r. ustalono nowe indywidualne warunki umów w zakresie terminów ich obowiązywania oraz stawek cen dla poszczególnych grup taryfowych. Rzecznik odnosząc się do rozstrzygnięcia Komisji I instancji stwierdził, że bezzasadnie uznano, że porozumieniem z dnia 21 kwietnia 2016 r. nie udzielono nowego zamówienia na dostawę energii elektrycznej w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2018 r., lecz dokonano zmian umów zawartych w latach 2003-2012. Rzecznik podkreślił, że podstawowym aktem prawnym, regulującym zasady udzielania zamówień publicznych jest ustawa Prawo zamówień publicznych. Art. 144 ust. 1 tej ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia porozumienia (a także obowiązującym obecnie) zakazywał istotnych zmian postanowień zawartej umowy, chyba że zamawiający przewidział możliwość takich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

W ocenie Rzecznika, brak jest dowodów potwierdzających, aby spełniony został wymieniony warunek. Ponadto Odwołujący podkreślił, że argumentu tego nie podnosił były Wójt Gminy w czasie kontroli prowadzonej przez Regionalną Izbę Obrachunkową, jak również na rozprawie dnia 14 lutego 2019 r.

Zgodnie z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a, dodanym nowelizacją z 22 czerwca 2016 r., obowiązującą od 28 lipca 2016 r. - zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy i między innymi wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy, lub przyjęto by oferty innej treści. Zdaniem Odwołującego, nie można wykluczyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę energii elektrycznej w latach 2017-2018 dla Gminy mogliby wziąć udział inni dostawcy, oferujący korzystniejsze warunki cenowe.

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych nie podzielił stanowiska Komisji Orzekającej, która stwierdziła, że „w analizowanym przypadku nie doszło do zawarcia nowej umowy na

dostawę energii elektrycznej”, gdyż porozumienie z dnia 21 kwietnia 2016 r. nie zawierało postanowień wymaganych dla umów ustawą z dnia 10 kwietnia 2010 r. Prawo energetyczne, w tym ilości energii w podziale na okresy umowne, mocy energii oraz warunków wprowadzenia jej zmian. W ocenie Rzecznika są to wymogi formalne dla zawieranych umów. Nie zmienia to jednak faktu, że porozumieniem z dnia 21 kwietnia 2016 r. udzielono nowego zamówienia na dostawę energii elektrycznej w latach 2017-2018, mimo niezamieszczenia w tym Porozumieniu wszystkich elementów wymaganych ustawą Prawo energetyczne.

Po przeprowadzeniu w dniu 15 lipca 2019 r. rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca stwierdza, co następuje.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 uodnfp Główna Komisja Orzekająca rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez Komisję Orzekającą I instancji oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

W latach 2015-2016 usługi obrotu energii elektrycznej i świadczenia usług jej dystrybucji dla Urzędu Gminy (...) odbywały się na podstawie 25 umów kompleksowych, na poszczególne punkty poboru energii elektrycznej zawartych pomiędzy PGE. a Gminą (...). Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że zarówno z dokumentacji dołączonej do akt sprawy, jak również ustalonego stanu faktycznego przed Komisją I instancji oraz podczas rozprawy przed GKO, nie dało się ustalić na jakiej podstawie udzielono zamówień, na które były zawarte umowy obowiązujące do grudnia 2016 r. Czy na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też z wyłączeniem stosowania ustawy. Ustalono wyłącznie, że wszystkie umowy zostały zawarte na czas nieoznaczony, przy czym 14 z 18 umów przedłożonych w trakcie kontroli zostało zawartych w okresie od 1.07.2003 r. do 1.09.2009 r., zgodnie z przepisami art. 143 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 29.01.2010 r.), natomiast pozostałe 4 umowy kompleksowe zostały zawarte w okresie od 20.10.2010 r. do 27.12.2012 r. tj. po zmianie przepisów art. 143 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym od dnia 29.01.2010 r.), które w nowym brzmieniu nie dopuszczały możliwości zawarcia umów na czas nieoznaczony, w zakresie dostaw energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej.

Porozumieniem z 21.04.2016 r., dotyczącym indywidualnych warunków umów określonych w załączniku nr 1, ustalono wysokość cen energii elektrycznej od 1.01.2017 r. do 31.12.2018

r. Porozumieniem zawartym z PGE (...) ustalono nowe indywidualne warunki umów w zakresie terminów ich obowiązywania oraz stawek cen dla poszczególnych grup taryfowych.

Biorąc pod uwagę wysokość wydatków na zakup energii elektrycznej poniesionych w okresie od 1.04.2015 r. do 31.03.2016 r., tj. w terminie poprzednich 12 miesięcy (286.636,84 zł netto), wartość zamówienia na lata 2017-2018 udzielonego porozumieniem z dnia 21.04.2016 r., oszacowana zgodnie z cytowanymi przepisami, nawet bez uwzględnienia wskaźnika cen towarów i usług, powinna wynosić co najmniej dwukrotnie tyle, tj. 573.273,68 zł netto, co odpowiadało równowartości 137.314,35 euro według obowiązującego wówczas kursu złotego (4,1749 zł/euro), w tym ok. 267.436,20 zł netto (64.058,11 euro) na dystrybucję energii i ok. 305.837,48 zł netto (73.256,24 euro) na obrót energii.

Podstawą sporu w niniejszym sprawie jest kwestia ustalenia czy w przedmiotowym przypadku została zawarta nowa umowa o udzielenie zamówienia publicznego, czy też zawarte porozumienie stanowi wyłącznie zmianę umowy.

Główna Komisja Orzekająca wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 1 uodnfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. W przedmiotowej sprawie zastosowano przepisy uodnfp oraz przepisy ustawy PZP w wersji obowiązującej na dzień orzekania, ponieważ odpowiednie przepisy obowiązujące w czasie popełnienia naruszenia nie są względniejsze dla Obwinionego.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że na podstawie stanu faktycznego ustalonego przez Komisję Orzekającą I instancji, nie ma podstaw do uznania, że orzeczenie uniewinniającego Obwinionego od zarzucanego mu czynu jest prawidłowe. Nie sposób zweryfikować na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego czy powyższe zamówienie stanowi dopuszczalną zmianę umowy czy jest to nowe zamówienie.

Rzecznik w odwołaniu odnosił się w znacznej mierze do art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a, dodanego nowelizacją z 22 czerwca 2016 r., obowiązującą od 28 lipca 2016 r., –a mianowicie, że zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy i m.in. 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.

Główna Komisja Orzekająca biorąc pod uwagę wymóg wynikający z art 144 ustawy PZP, który wskazuje, że zakazuje się zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy stwierdza, że stanowisko Rzecznika bez ustalenia czy umowy te zostały zawarte w jednym z trybów udzielenia zamówienia zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, nie koresponduje z tym przepisem. Główna Komisja Orzekająca nie posiada informacji, czy umowy, co do kontynuacji których zawarto przedmiotowe porozumienie były zawarte po wcześniejszym złożeniu oferty.

Komisja Orzekająca I instancji winna zweryfikować na jakiej podstawie udzielono zamówień pierwotnych (zmienianych porozumieniem). W przypadku umów zawartych na podstawie ustawy PZP należy ustalić czy dokonanie zmiany umowy w przedmiotowym zakresie było dopuszczalne. W pierwszej kolejności, Komisja Orzekająca I instancji powinna ustalić jaki tryb zamówienia zastosowano w danym przypadku, w celu weryfikacji, czy zmiana taka jest dopuszczalna, a następnie na tej podstawie zweryfikować czy zmiana taka nie ma wpływu na przesłanki do zastosowania wskazanego trybu, o ile takie występują. Ponadto wyjaśnienia wymaga czy w ogóle przy zawarciu omawianych 25 umów (z czego kontrolowanych było 18), w celu wyłonienia wykonawcy stosowano przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż tylko na tej podstawie można zweryfikować czy ma zastosowanie w tym przypadku art. 144 ustawy PZP.

Komisja Orzekająca I Instancji w głównej mierze oparła swoje argumenty na tym, że skoro zawarte 21 kwietnia 2016 r. porozumienie nie odnosi się do podstawowych elementów, które powinna zawierać umowa na dostarczanie energii, a mianowicie ilości energii w podziale na okresy umowne, mocy umownej oraz warunków wprowadzania jej zmian, to tym samym porozumienie to nie może zostać uznane za umowę na dostarczanie energii elektrycznej, stanowi natomiast o zmianie umów zawartych w okresach wcześniejszych. Główna Komisja Orzekająca podnosi w tym momencie istotę zrozumienia czym jest zamówienie publiczne. Zamówieniem publicznym są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z punktu widzenia systemu finansów publicznych istotą jest kwestia wydatkowania środków publicznych, a dojście do ich wydatkowania przez jednostki sektora finansów publicznych następuje na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne

przepisy nie stanowią inaczej. Tym samym Główna Komisja Orzekająca stoi na stanowisku, że należy jeszcze raz na bazie całości zabranego i uzupełnionego materiału dowodowego ocenić wpływ elementów jakie powinna zawierać umowa na dostarczenie energii na rozstrzygnięcie czy mamy do czynienia z ewentualnie dopuszczalną zmianą umowy czy z udzieleniem nowego zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego Główna Komisja Orzekająca podnosi, że skoro ustawa PZP zakazuje zawierania umów na czas nieoznaczony, poza przypadkami jednoznacznie określonymi w ustawie, w art. 143 ustawy PZP, to zawieranie porozumienia zmieniającego umowę i przedłużającego na kolejny okres, bez wyznaczenia daty końcowej obowiązywania umowy, jest swoistego rodzaju obejściem przepisów prawa w zakresie wyboru wykonawcy i dopuszczalnego czasu, na który jest zawierana umowa.

W myśl art. 17 ust. 1b pkt 1 uodnf naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Wskazać należy także, że przepis art. 7 ust. 3 ustawy PZP nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami tej ustawy. Umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed 2010 rokiem, tj. dniem wejście w życie przepisów rozszerzających rynek dostaw energii elektrycznej, zawarte na czas nieokreślony, z uwagi na brak przepisów przejściowych mogą być kontynuowane o ile nie zmieniają się warunki umowy. Rozszerzenie natomiast takiej umowy, jej zakresu przedmiotowego lub zmiana stron umowy czy istotnych warunków umowy, nie jest dopuszczalne. W takiej sytuacji tj. w przypadku konieczności wprowadzenia takiej zmiany do obowiązującej umowy, zamawiający musi zawrzeć ją na nowo, już przy uwzględnieniu obowiązujących wymogów dotyczących czasu trwania umowy zgodnie z przepisami ustawy PZP. W ocenie Głównej Komisji Orzekającej niedopuszczalne jest przedłużanie umów zawartych na czas nieokreślony w okresie, w którym było to ustawą dopuszczone, w nieskończoność, bez odesłania zarówno do obecnego obowiązku wynikającego z art. 142 ust. 1 ustawy PZP, czy zasad wyboru wykonawcy w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza równowartość 30 tys. euro, przy jednoczesnej zmianie warunków umowy, w kluczowym zakresie jakim jest

cena usługi.

W przypadku gdyby pierwotne umowy na dostarczenie energii elektrycznej zawarte zostały bez stosowania przepisów ustawy PZP, zawarcie porozumienia zmieniającego umowę na dostawę energii należałoby traktować jako nowe zamówienie, dla którego należy stosować reżim wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy PZP, jeżeli wartość jest równa lub przekracza kwotę 30 tys. euro. W takim przypadku niedopuszczalne byłoby, pod pozorem zawierania porozumienia – udzielania zamówienia bez stosowania przepisów ustawy PZP.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej, abstrahując od stanu faktycznego sprawy, uznanie za dopuszczalne zawarcia umów przez zamawiającego, bez stosowania przepisów ustawy na czas nieokreślony, a następnie swobodne przedłużanie tych umów, mimo zmiany ich istotnych warunków i wbrew obowiązkowi udzielania zamówień publicznych na postawie przepisów ustawy PZP, poprzez zawieranie porozumień, doprowadziłoby do absurdalnych skutków; wbrew założeniom ustawodawcy umowy o dostawę energii elektrycznej pomimo wprowadzania do nich istotnych zmian, byłyby przedłużane w nieskończoność..

Ponadto Główna Komisja Orzekająca zauważa, że Komisja Orzekająca I instancji nie zweryfikowała czy przepisy ustawy sankcjonującej, jak i ustawy sankcjonowanej pomiędzy datą popełnienia naruszenia, a datą orzekania przez Główną Komisją Orzekającą nie uległy zmianie.

Z uwagi na wskazane powyżej okoliczności Główna Komisja Orzekająca uznała że orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie nie może ostać się w obrocie prawnym i na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, uchyla w całości zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania.