



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 28 października 2013 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Kasica (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Marek Muszyński
	<i>Członek GKO:</i>	Marcin Krzywoszyński
Protokolant:		<i>Hanna Kąkol</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Roberta Wydry,**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2013 r. odwołania Obwinionego (X), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy, od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z dnia 8 kwietnia 2013 r., sygn. akt: RKO.5011.3.2013, którym uznano Obwinionego (X) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w 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, polegającego na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych poprzez zawarcie w dniu 2 sierpnia 2011 r. aneksu Nr 1, zmieniającego umowę Nr UG/9/2011 z dnia 20 maja 2011 r. z dostawcą – Przedsiębiorstwem Wielobranżowym - Sp. j., której przedmiotem jest „*dostawa nowego lekkiego samochodu ratowniczo – gaśniczego dla OSP*”, która to zmiana dotyczyła terminu realizacji przedmiotu tejże umowy – w umowie termin ten określono do 15 sierpnia 2011 r. (§ 2 ust. 2) a w aneksie – do 20 października 2011 r. (§ 1), czym naruszył 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.)

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążono 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 Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z dnia 8 kwietnia 2013 r. Pan (X) – pełniący w czasie popełnienia czynu funkcję Wójta Gminy - został uznany winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na zawarciu w dniu 2 sierpnia 2011 r. aneksu nr.1, zmieniającego umowę Nr UG/9/2011 z dnia 20 maja 2011 r. z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym - Sp. j., której przedmiotem była „dostawa nowego lekkiego samochodu ratowniczo - gaśniczego dla OSP”. Zmiana dotyczyła terminu realizacji przedmiotu tejże umowy, to znaczy przesunięto go z dnia 15 sierpnia 2011 r. na 20 października 2011 r. Czynem tym Obwiniony naruszył art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oraz dyscyplinę finansów publicznych w rozumieniu obowiązującego w czasie popełnienia czynu i obecnie art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Za powyższe na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 ustawy wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania w kwocie 291,71 zł.

Uzasadniając uznanie Pana (X) odpowiedzialnym popełnienia zarzuczanych mu czynów, Regionalna Komisja Orzekająca ustaliła bezspornie, że w Urzędzie Gminy naruszono dyscyplinę finansów publicznych poprzez zmianę umowy w sprawie zamówienia

publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, zawierając w dniu 2 sierpnia 2011 r. aneks Nr 1 do umowy Nr UG/9/2011 z dnia 20 maja 2011 r. zmieniając termin jej realizacji. Podpisując przedmiotowy aneks, Obwiniony naruszył art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle którego zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna tylko i wyłącznie w przypadku, gdy jest ona nieistotna oraz gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także określił warunki takiej zmiany. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny istotna zmiana umowy, to taka, która gdyby istniała w ramach procedury udzielenia zamówienia, mogłaby wpłynąć na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie. W piśmiennictwie wskazuje się wprost, że zmianą istotną jest zmiana terminu wykonania umowy, jej zakresu rzeczowego oraz wynagrodzenia wykonawcy. RKO uznała zatem, że analizowana w niniejszym postępowaniu zmiana byłaby dopuszczalna w sytuacji, gdyby w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczone zostały klauzule dotyczące zmian umowy, w szczególności przewidujące zmianę terminu jej wykonania, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, a pozwoliłoby na uniknięcie przypisanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ustosunkowując się do wyjaśnień złożonych przez Obwinionego, Komisja Orzekająca I instancji uznała, iż nie mogą one stanowić okoliczności zwalniających od odpowiedzialności za podejmowanie działań niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, do których stosowania Obwiniony, jako kierownik jednostki, był zobowiązany. Zadaniem jednostek sektora finansów publicznych jest bowiem realizacja przypisanych tym jednostkom zadań zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Naganna jest realizacja zadań w sprzeczności z przepisami prawa, nawet wówczas, gdyby takie działania, jak twierdził Obwiniony, prowadziły do uzyskania oszczędności w przetargach.

Wymierzając karę, RKO, jako okoliczności łagodzące, przyjęła bardzo dobrą opinię o wykonywaniu obowiązków służbowych oraz fakt, że przed popełnieniem zarzucanego czynu Obwiniony nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Natomiast za okoliczności obciążające przy wymiarze kary, Komisja I instancji uznała rangę naruszonych przepisów prawa regulujących gospodarkę finansami publicznymi, jak i świadomość działania Obwinionego.

Pismem z dnia 13 maja 2013 r. Obwiniony (X) złożył do Głównej Komisji Orzekającej odwołanie od orzeczenia z dnia 8 kwietnia 2013 r., zaskarżając je w całości i

wnosząc o uniewinnienie lub ewentualnie o uznanie Go za winnego i odstąpienie od wymierzenia kary. W uzasadnieniu odwołania Obwiniony stwierdził, że nie kwestionuje faktu zmiany umowy, ale - w Jego ocenie - podpisanie aneksu nie powinno skutkować uznaniem go za winnego czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, albowiem w wyniku tego działania nie wystąpiła szkoda w mieniu Gminy.

Ponadto, Obwiniony zarzucił Komisji I instancji, że ta nie wzięła pod uwagę złożonych przez Niego wyjaśnień, „ani żadnych innych okoliczności towarzyszących tej sprawie”. Przede wszystkim, w § 9 umowy (której projekt był integralną częścią siwz) zamieszczono zapis o stosowaniu przepisów kodeksu cywilnego w sprawach nieuregulowanych umową. Zdaniem Obwinionego, ten zapis stanowił podstawę dla dokonania zmiany umowy, choć jak przyznał nie wskazywał bezpośrednio, w jakim zakresie będzie można wprowadzić zmianę i czego ona może dotyczyć. Zdaniem Obwinionego, ustawa Pzp nie precyzuje wprost, co jest istotną zmianą umowy. Komisja I instancji - powołując się na stanowisko doktryny - za istotną przyjęła taką zmianę, która gdyby została ujęta w ramach procedury udzielenia zamówienia, mogłaby wpłynąć na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie. Komisja nie wskazała jednak takich okoliczności sprawy, które potwierdzałyby wyrażoną w orzeczeniu tezę. W związku z tym, za nieuprawnione uznał Obwiniony twierdzenie Komisji I instancji, że możliwość wydłużenia terminu realizacji dostawy samochodu zwiększyłaby konkurencję, a tym samym obniżyła cenę dostawy.

Obwiniony podniósł, że podstawowym problemem, który pojawił się przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, była interpretacja przepisów ustawy o podatku VAT. Był to główny powód, dla którego przedłużono realizację zamówienia i w ten sposób zaoszczędzono 19.430,56 zł. Zdaniem skarżącego, wskazane okoliczności spełniały przesłanki do zastosowania przez Komisję I instancji art. 36 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czego Komisja I instancji nie uczyniła.

Główna Komisja Orzekająca, na rozprawie w dniu 28 października 2013 r. po rozpatrzeniu sprawy, stwierdziła, że odwołanie Obwinionego nie zasługuje na uwzględnienie. Nie budzi wątpliwości Głównej Komisji Orzekającej, ustalony przez RKO stan faktyczny, a ustaleń tych nie kwestionuje również Obwiniony.

Analizując stan faktyczny sprawy oraz naruszone przepisy prawa, Główna Komisja Orzekająca podziela argumentację RKO wynikającą z uzasadnienia do wydanego orzeczenia,

że zmianą umowy wprowadzoną Aneksiem z dnia 2 sierpnia 2011 r. bezsprzecznie naruszono art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W niniejszym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie przewidział ani w ofercie, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości dokonania późniejszej zmiany terminu realizacji zamówienia.

Odpowiadając na zarzuty zawarte w odwołaniu, GKO stwierdza, co następuje.

Zarzut pierwszy, w którym skarżący jako podstawę prawną dokonania zmiany umowy wskazuje § 9 umowy, w brzmieniu „w sprawach nieuregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego” – jest zarzutem bezzasadnym. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zatem swoboda zawierania umów wynikająca z prawa cywilnego, jeśli chodzi o umowy o udzielenie zamówienia publicznego, jest ograniczona przepisami ustawy Pzp, które to przepisy – co do zasady – zakazują dokonywania istotnych zmian w zawartych umowach. Słusznie zatem Komisja I instancji uznała, że zawarta w umowie ogólna klauzula o stosowaniu przepisów Kodeksu cywilnego nie mogła stanowić podstawy do zmiany umowy w zakresie przedłużenia terminu jej realizacji.

GKO zauważa, że w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 6 listopada 2012 r. (ICa813/12) Sąd stwierdził, że „art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych kępuje w pewnym zakresie kontrahentów w zakresie modyfikacji stosunku zobowiązaniowego w sposób odmienny od SIWZ i dopuszcza taką możliwość tylko w sytuacjach wymienionych wyczerpująco w tym przepisie”. Istnieje zatem ustawowy zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której wybrano wykonawcę. Zakaz wprowadzania zmian ma na celu zagwarantowanie transparentności oraz równego traktowania oferentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma więc możliwości modyfikacji umowy zarówno co do przedmiotu zamówienia, jak również co do jej poszczególnych elementów, po wyborze oferty przez zamawiającego. Zmiany dopuszczalne są jedynie wtedy, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej

zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz, określając przy tym, jakie elementy umowy mogą ulec zmianie i w jakim zakresie. W rozpatrywanej sprawie Obwiniony nie przewidywał możliwości zmiany umowy w zakresie terminu jej realizacji.

Następnie Obwiniony zarzuca Komisji I instancji, że ta nie uzasadniła, dlaczego uznała, że zmiana terminu realizacji umowy jest zmianą istotną, o której mowa w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. GKO uznała, że Komisja I instancji w sposób wystarczający uzasadniła swoje stanowisko w tej kwestii. Zgodzić się należy, że z ustawy Pzp nie wynika wprost definicja „istotnej zmiany umowy”. Jednakże Komisja I instancji dokonała analizy tego pojęcia wyciągając wnioski z samego brzmienia przepisu oraz powołując się na doktrynę.

GKO podziela opinię zamieszczoną na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych, według której zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Z przedstawionej opinii wynika, że za istotne należałoby uznać zmiany co do ceny przedmiotu zamówienia, podmiotu wykonawcy zamówienia i czasu realizacji zamówienia. Z tą ostatnią przesłanką mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Przedmiotowym aneksem dokonano zmiany terminu realizacji zamówienia wynikającego z zawartej umowy, naruszając bezsprzecznie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Za nieuzasadniony GKO uznała także trzeci z zarzutów skarżącego, wg którego prawdziwym powodem zmiany umowy były problemy z interpretacją przepisów ustawy o VAT. Trudno podzielić pogląd skarżącego, że interpretacja przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w tym konkretnym zamówieniu należała do wyjątkowo skomplikowanych i trudnych. Niezrozumiały także jest powód, dla którego nie rozwiązano tego problemu przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem GKO, brak logicznego uzasadnienia dla zachowań Obwinionego, który nie wyjaśnił problemu opodatkowania przed wszczęciem postępowania, a do jego wyjaśnienia po podpisaniu umowy potrzebował pięciu miesięcy.

Odnosząc się do zarzutu wobec RKO, że ta nie uwzględniła argumentu najważniejszego w niniejszej sprawie, a mianowicie faktu oszczędności w wydatkach na

zakup samochodu w kwocie 19.430,56 zł, będącej konsekwencją zastosowania stawki 8 % podatku VAT w miejsce 23 % określonej w umowie i niezastosowania w związku z tym wobec skarżącego art. 36 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – GKO w pełni popiera stanowisko Komisji I instancji. Warunkiem stwierdzenia, iż naruszono dyscyplinę finansów publicznych nie jest wymierna szkoda dla budżetu. Dobrem chronionym w przepisach regulujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest także ład prawny systemu finansów publicznych, a wybrane jego naruszenia zostały przez ustawodawcę uznane za szkodliwe dla finansów publicznych. Dodać należy, że obowiązkiem Obwinionego było ustalenie i zapłacenie stawki podatku zgodnej z przepisami, a zatem nieuprawnione są Jego twierdzenia o dokonaniu rzekomych oszczędności.

Zdaniem GKO, nie ulega wątpliwości, że Obwiniony mógł ustalić prawidłową stawkę podatku VAT przed zawarciem umowy, gdyby tylko zachował należytą staranność w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie byłoby wówczas – wskazywanego przez Obwinionego - powodu do zmiany – określonego w umowie - terminu dostawy przedmiotu zamówienia, a Obwiniony nie popełniłby czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych.

GKO popiera stanowisko Komisji I instancji, która wymierzając karę w oparciu o art. 31 ustawy po wnikliwej ocenie zachowania skarżącego, uwzględniła okoliczności działające zarówno na Jego korzyść, do których zaliczyła bardzo dobrą opinię o Obwinionym oraz dotychczasową niekaralność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak i obciążające, do których zaliczyła rangę naruszonych przepisów prawa oraz świadomość działania Obwinionego.

Właśnie w tym zakresie - biorąc pod uwagę rodzaj i okoliczności naruszenia, jak i brak świadomości Obwinionego, że pomimo braku finansowego wymiaru czynu, swoim działaniem naruszył dyscyplinę finansów publicznych w sposób określony w art. 17 ust. 6 ustawy - ograniczył możliwość zastosowania wobec niego przepisu z art. 36 tejże ustawy.

Zmieniając umowę w sposób naruszający przepisy art. 144 ust. 2 ustawy Pzp, nie przestrzegając nadrzędnej zasady postępowania w sprawach zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp, która zobowiązuje do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Dodatkowo tylko, GKO wskazuje, że także art. 28 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w sposób szczególnie wnikliwy nakazuje traktowanie naruszeń wymienionych w art. 17 i 17a ustawy, a przy ocenie stopnia ich szkodliwości dla finansów publicznych, zobowiązuje do uwzględnienia sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, GKO uznała, że odwołanie Obwinionego nie zasługuje na uwzględnienie i orzekła jak w sentencji.