



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 6 marca 2017 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Gryśka</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jacek Najfeld</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Teresa Warszawska (spr.)</i>
Protokolant:		<i>Paweł Matusiak</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 6 marca 2017 r., odwołania złożonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z dnia 19 września 2016 r. sygn. akt: ZDB-4100-27/2016, którym Komisja, wymierzyła karę upomnienia uznając (...) – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Kierownika Gminnego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone 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 i z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.) - zwanej dalej uondfp, polegające na dokonaniu w dniu 6 grudnia 2013 r. aneksem do umowy (...) r. istotnej zmiany postanowień zawartej umowy na realizację zadania „*Remont dachu z wymianą pokrycia dachowego obróbek i przewodów kominowych na budynku (...)*” w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie o 21 dni terminu wykonania umowy, co narusza art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji na podstawie art. 167 ust. 1 uondfp obciążyła obwinionego obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł.

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 uondfp, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

Pouczenie:

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

Uzasadnienie

Orzeczeniem z dnia 19 września 2016 r. Nr ZDB-4100-27/2016 Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu - zwana dalej także RKO, uznała (...), zatrudnionego w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych na stanowisku kierownika w Gminnym Zespole (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 uondfp polegające na dokonaniu w dniu 6 grudnia 2013 r. aneksem do umowy (...) istotnej zmiany postanowień zawartej umowy na realizację zadania „*Remont dachu z wymianą pokrycia dachowego obróbek i przewodów kominowych na budynku (...)*” w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie o 21 dni terminu wykonania umowy, co narusza art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 i art. 35 uondfp Komisja wymierzyła karę upomnienia.

Natomiast od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na zaniechaniu rozliczenia inwentaryzacji środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym nr (...) wg stanu na dzień 31 grudnia 2013 r., tj. czynu określonego w art. 18 pkt 1 uodnfp Komisja uniewinniła Pana (...) oraz Panią (...) Główną Księgową Gminnego (...).

W uzasadnieniu orzeczenia RKO przedstawiła stan faktyczny w sprawie, który został ustalony przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Opolu w czasie przeprowadzonej kontroli problemowej w Gminnym (...). W czasie kontroli ustalono, że w(...) udzielono w 2013 r. zamówienia publicznego na „Remont dachu z wymianą pokrycia dachowego, obróbek i przewodów kominowych na budynku (...)” o wartości szacunkowej zamówienia netto 142 847,38 zł co stanowiło równowartość 35 538 euro z terminem realizacji zamówienia do 10 grudnia 2013 r. W dniu 5 grudnia 2013 r. wykonawca zwrócił się do(...) o przesunięcie terminu zakończenia robót do dnia 31 grudnia 2013 r. wskazując, że jedną przyczyną ewentualnego opóźnienia zakończenia robót jest utrata 14 dni pracy, ponieważ umowa na wykonanie prac została podpisana w dniu 4 listopada 2011 r., natomiast przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 18 listopada 2013 r. oraz drugą przyczyną jest ostrzeżenie meteorologów o gwałtownym pogorszeniu pogody od dnia następnego. Pismem z dnia 6 grudnia 2013 r. (...) podpisanym przez Kierownika (...) oraz Dyrektora (...) poinformowano wykonawcę o przedłużeniu terminu zakończenia robót do dnia 31 grudnia 2013 r. a następnie zawarto z wykonawcą w tym samym dniu aneks do umowy nr (...), w którym przesunięto termin realizacji umowy zgodny z wnioskiem wykonawcy.

Z wyjaśnień Pana (...) złożonych inspektorowi kontroli gospodarki finansowej Regionalnej Izby Obrachunkowej w Opolu wynika m.in., że błędem wykonawcy było zbyt późne wystąpienie o przedłużenie terminu zakończenia prac, zaś błędem Pana (...) było określenie zbyt krótkiego terminu wykonania prac. Zamawiający przewidział jednak możliwość dokonania zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty oraz określił warunki takiej zmiany. W § 17 ust. 1 pkt 4 ppkt c, f umowy nr (...), a także pkt (...) ppkt c, f ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz pkt 17 ust. 1 pkt 4 ppkt c, f specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający dopuszczał możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy, w przypadku: *„wystąpienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy – utrzymujących się co najmniej 7 dni. W takim przypadku termin wykonania umowy może ulec przedłużeniu odpowiednio o ilość dni, w których wystąpiły warunki atmosferyczne uniemożliwiające prawidłowe wykonanie*

przedmiotu umowy – ppkt c, wystąpienia innych przyczyn zewnętrznych niezależnych od zamawiającego oraz wykonawcy, skutkujących czasową niemożliwością prowadzenia prac. W takim przypadku termin wykonania umowy może ulec przedłużeniu odpowiednio o ilość dni, w których wystąpiły przyczyny zewnętrzne, o których mowa w zdaniu poprzednim – ppkt f”.

RKO przywołała w swoim orzeczeniu wystąpienie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych do Instytutu (...) o ustalenie warunków meteorologicznych w okresie od 15 listopada do 15 grudnia 2013 r., z którego wynikało, że brak było przesłanek do dokonania przedłużenia terminu wykonania podpisanej umowy.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji rozpatrując przedmiotową sprawę postanowiła stosować przepisy aktualnie obowiązujące uznając, że stan prawny obowiązujący w chwili popełnienia czynów nie był względniejszy dla Obwinionego. Przywołane zostały przepisy art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - zwanej dalej Pzp zakazujący istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówienie lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podając szereg orzeczeń w podobnych sprawach Komisja Orzekająca przywołała wielokrotnie formułowaną tezę, iż zmiana umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia należy do kategorii istotnych zmian warunków umowy bowiem na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalenie terminu wykonania przedmiotu umowy ma istotny wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie, może stanowić o konkurencji, a to w konsekwencji ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

RKO dokonując oceny stopnia szkodliwości czynu wzięła pod uwagę art. 28 ust. 3 uondfp, który w sposób szczególnie wnikliwy nakazuje traktowanie naruszeń wymienionych w art. 17 i 17a uondfp, a przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, zobowiązuje do uwzględnienia stopnia naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Komisja uwzględniła wagę naruszonych obowiązków przez Obwinionego i uznała, że stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest większy niż znikomy. Tym samym Komisja nie znalazła podstaw do zastosowania art. 28 uondfp. Wymierzając Panu (...) karę upomnienia, RKO uwzględniła podnoszone przez Obwinionego okoliczności związane z intencją zakończenia zadania w roku budżetowym, a także fakt, że

analizowane naruszenie miało charakter jednostkowy. RKO stanęła na stanowisku, że kara upomnienia będzie adekwatna do popełnionego czynu.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie uwzględniła stanowiska Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych odnośnie ewentualnych konsekwencji bezprawności podjętego działania przez Obwinionego niosących za sobą uszczerbek w postaci braku możliwości dochodzenia od wykonawcy kary umownej na zasadach określonych postanowieniami § 14 ust. 1 lit. A umowy (...), gdyż one są bezprzedmiotowe w kontekście konkretnego zarzucanego czynu.

Od orzeczenia RKO Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych złożył odwołanie na niekorzyść Obwinionego, pismem z dnia 2 listopada 2013 r., w którym wniósł o:

1. uchylenie orzeczenia w części dotyczącej wymierzonej na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 i art. 35 uondfp kary upomnienia z powodu naruszenia art. 35 uondfp poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż w ustalonym stanie faktycznym i prawnym stopień szkodliwości popełnionego czynu nie jest znaczny,
2. rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez przyjęcie, iż w ustalonym stanie faktycznym i prawnym stopień szkodliwości czynu jest znaczny i wymierzenie Obwinionemu kary nagany, na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 34a uondfp.

W uzasadnieniu odwołania Rzecznik podniósł, że powoływana przez Obwinionego intencja zakończenia zadania w roku budżetowym pozostaje w oderwaniu od zakresu stwierdzonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, nawiązującego do niezgodnego z prawem dokonania istotnej zmiany postanowień zawartej umowy. Działanie to sama RKO oceniła na tle kryteriów sposobu naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców, co znalazło potwierdzenie w wywodzie negującym możliwość zastosowania, jako podstawy orzeczenia, regulacji art. 28 uondfp. W ocenie Rzecznika błędne jest także stanowisko RKO nieuwzględniające ewentualnych konsekwencji bezprawności podjętego działania przez Obwinionego. Przywołując orzeczenie GKO z 30 czerwca 2007 r. DF/GKO/Odw.-4900-35/39/07/1535 Rzecznik wskazał, że szkodliwość czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych jest pojęciem szerszym niż szkoda rozumiana jako konsekwencja działania lub zaniechania wymierzonego w przedmiot ochrony finansów publicznych.

Rzecznik zanegował także ustalenie RKO, że analizowane naruszenie miało charakter jednostkowy, gdyż kryterium to nie znajduje jakiegokolwiek podstawy prawnej i należy je uznać – zdaniem Rzecznika – za bezprzedmiotowe.

Rzecznik podniósł również, że brak jest podstaw do umocowania orzeczenia w części dotyczącej wymierzonej Obwinionemu kary upomnienia, bowiem ustalony stopień szkodliwości czynu jest znaczny, co eliminuje możliwość zastosowania art. 35 ustawy. Powinno to skutkować zastosowaniem art. 34a uondfp i wymierzeniem - zgodnie z dyrektywami - kary nagany, bowiem przedmiot wskazanego przez Komisję naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp dotyczy sfery naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców, co również odnotowała w płaszczyźnie poczynionych ustaleń RKO.

Na rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych poparł odwołanie Rzecznika.

Główna Komisja Orzekająca po zapoznaniu się z całością akt sprawy zauważa, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca postanowiła zwrócić uwagę, że ustalony w sprawie stan faktyczny i prawny, będący podstawą przypisania Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest bezsporny i nie jest kwestionowany przez strony postępowania. Odwołanie Rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji sprowadza się do zakwestionowania kary wymierzonej Obwinionemu orzeczeniem pierwszej instancji i w tym zakresie GKO postanowiła rozpoznać niniejszą sprawę, w związku z tym, uzasadnienie niniejszego orzeczenia dotyczyć będzie tylko tej części rozstrzygnięcia.

Jak słusznie w odwołaniu zauważył Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych pierwszej instancji, ramy odwołania determinuje odmienna ocena stopnia szkodliwości popełnionego przez Obwinionego czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. Według Rzecznika stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest znaczny, zaś RKO oceniła go jako nieznaczny, co ma bezpośredni wpływ na wymiar kary.

Rzecznik kwestionuje ocenę stopnia naruszenia szkodliwości dokonaną przez RKO, negując wskazane przez nią przesłanki wymiaru jako sprzeczne z zasadami wymiaru kary określonymi regulacjami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych. W szczególności podważa uwzględnienie intencji Obwinionego zakończenia zadania w roku budżetowym oraz stwierdzenie, że analizowane naruszenie miało charakter jednostkowy wskazując, iż kryteria te nie znajdują jakiegokolwiek podstawy prawnej.

Skarżący orzeczenie Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych pierwszej instancji wskazując zarzuty, w odwołaniu nie wyjaśnia w sposób wyczerpujący z czego wywodzi znaczny stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych. Wskazać należy, że ustawodawca w art. 34a uondfp określił kierunkowo przesłanki, które powinny skutkować uznaniem, że stopień danego naruszenia ma znaczny stopień szkodliwości dla finansów publicznych. Uwzględnić należy, że przypisany Obwinionemu czyn nie miał wymiernych skutków finansowych, a Rzecznik nie podjął nawet próby uzasadnienia podnoszonej tezy, że wydłużenie terminu realizacji zamówienia mogło mieć wpływ na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie.

W rozpatrywanej sprawie istota zamówienia sprowadzała się do wykonania remontu dachu z wymianą pokrycia dachowego, obróbek i przewodów kominowych na budynku Szkoły (...). Szczegółowy zakres robót określał projekt budowlany, przedmiar robót oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, posiadanie stosownych uprawnień oraz odpowiedniego potencjału technicznego i ludzkiego. Zawarta przez Obwinionego w dniu (...) 2013 r. umowa na wykonanie prac remontowych szczegółowo opisała przedmiot zamówienia, który był istotą toczącego się postępowania o zamówienie publiczne. Umowa ta zawierała także inne ważne elementy, jak termin wykonania umowy, którego zmiana stała się potem przedmiotem niniejszego postępowania. Termin ten został określony na dzień (...) grudnia 2013 r. Główna Komisja Orzekająca analizując treść umowy zwróciła uwagę na brzmienie par. 10, zgodnie z którym w tym terminie wykonawca winien także uporządkować na własny koszt teren robót.

Na gruncie przywołanych przepisów oraz stwierdzonego stanu faktycznego Skład Orzekający GKO stwierdził, że istotą zamówienia, a następnie przedmiotu umowy był bez wątpienia remont dachu. Ważnym elementem tego zamówienia był termin realizacji, ale nie stanowił on istoty rozstrzygającej o przedmiocie zamówienia. Na potwierdzenie tego świadczy choćby przywołany wyżej przepis par. 10 umowy, który zobowiązywał wykonawcę do sprzątnięcia terenu remontu a zatem do wykonania w tym samym terminie prac porządkowych, które

stanowią jedynie dodatkowe prace nie będące istotą zawarcia umowy. Takie rozróżnienie elementów zawartej umowy prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zmiana terminu realizacji umowy nie może w sposób automatyczny skutkować uznaniem o zasadniczym znaczeniu terminu wykonania jako kluczowego elementu oferty, a tym samym bezpośrednim wpływie na krąg potencjalnych oferentów. Nie ma także automatycznego uznania, że czyn taki jest szkodliwy w stopniu znacznym.

Główna Komisja Orzekająca nie podziela twierdzenia Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych pierwszej instancji, że wskazane przez Komisję Orzekającą pierwszej instancji przesłanki wymiaru kary (uwzględnienie intencji Obwinionego zakończenia zadania w roku budżetowym oraz stwierdzenie, że analizowane naruszenie miało charakter jednostkowy) nie znajdują jakiegokolwiek podstawy prawnej, w związku z czym należy je potraktować jako bezprzedmiotowe. Wskazać należy, że przesłanki wymiaru kary w przepisach ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych mają charakter przykładowy, a ich celem jest jedynie wskazanie kierunkowe okoliczności, jakie komisja powinna uwzględniać wymierzając karę. W żaden sposób nie można ich traktować jako zamkniętego katalogu. Zgodnie z art. 37 uondfp, sprawcy, który dopuścił się kilku czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a sprawa o te czyny jest objęta jednym postępowaniem, wymierza się jedną karę za wszystkie czyny. Według GKO przepis ten jednoznacznie pozwala uwzględniać przy wymiarze kary ilość przypisanych naruszeń jako element wymierzania kary. Skoro, jako okoliczność uniemożliwiająca odstępianie od wymierzenia kary traktowany jest fakt uprzedniego karania (art. 36 ust. 3 pkt 1) to nie jest uchybieniem uwzględnienie jednostkowości naruszenia przy wymiarze kary. Również motywy działania obwinionego powinny być uwzględniane przy orzekaniu o karze, bowiem np. działanie lub zaniechanie ze szczególnych pobudek lub w szczególnych warunkach zasługujących na uwzględnienie może być uwzględniane jako okoliczność łagodząca zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 1 uondfp.

W ocenie GKO wskazane wyżej okoliczności sprawy pozwalają uznać, że wymierzenie przez Komisję Orzekającą pierwszej instancji Obwinionemu kary upomnienia było uzasadnione, stąd Główna Komisja Orzekająca postanowiła o utrzymaniu w mocy orzeczenia. W ocenie GKO skarżący orzeczenie pierwszej instancji Rzecznik nie wykazał, że w niniejszej sprawie stopień szkodliwości przypisanego czynu dla finansów publicznych był znaczny.

Sygn. akt BDF1.4800.85.2016

Stwierdzając powyższe Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji.