



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 23 maja 2013 r.

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

Przewodniczący:	<i>Zastępca Przewodniczącego</i>	Wojciech Robaczyński (spr.)
	<i>GKO:</i>	
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Maria Karlikowska
	<i>Członek GKO:</i>	Artur Walasik
Protokolant:		<i>Hanna Kąkol</i>

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 21 lutego i 23 maja 2013 r. odwołania Obwinionego (X) zam. ..., pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (K), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt: KO.0022-45-1-37/12, którym uznano Obwinionego (X) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168) - zwanej dalej także ustawą, polegającego na udzieleniu w dniu 26 czerwca 2009 r. zamówienia publicznego poprzez podpisanie Aneksu nr 22 do umowy nr 1/12/94 z dnia 30 grudnia 1994 r. zawartej z Przedsiębiorstwem (AA) na wykonanie etapu IVa kanalizacji sanitarnej w m. (R) o wartości netto 1.287.793,70 zł, co naruszyło art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778) w zw. z art. 220 ust. 2 i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) oraz

wymierzono Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 12.100 zł i obciążono kosztami postępowania,

- 1. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 2 ustawy uchyla zaskarżone orzeczenie w zakresie dotyczącym wysokości wymierzonej kary pieniężnej i na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 3 ustawy wymierza Obwinionemu karę pieniężną w wysokości 6.050 zł;**
- 2. na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie w pozostałym zakresie.**

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 12 września 2012 r. w sprawie sygn. akt: KO.0022-45-1-37/12 Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej uznała Pana (X) - Wójta Gminy (K) za odpowiedzialnego popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na udzieleniu w dniu 26 czerwca 2009 r. zamówienia publicznego poprzez podpisanie aneksu nr 22 do umowy nr 1/12/94 z dnia 30 grudnia 1994 r. zawartej z Przedsiębiorstwem (AA) na wykonanie etapu IVa kanalizacji sanitarnej w m. (R) o wartości netto 1.287.793,70 zł, co naruszyło art. 4 ustawy o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych w zw. z art. 220 ust. 2 i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz wyczerpało znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i za to na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierzyła obwinionemu karę pieniężną w wysokości 12.100 zł oraz obciążyła go kosztami postępowania.

W toku postępowania przed Regionalną Komisją Orzekającą ustalono, że w dniu 30 grudnia 1994 r. Gmina (K) zawarła z Przedsiębiorstwem (AA) Kontrakt nr 1/12/94 na kompleksową

Sygn. akt BDF1/4900/107/106/12/3182

realizację systemu kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy (K). Zgodnie z art. 3 pkt 3.1 wskazanej umowy, przedmiot Kontraktu obejmował w szczególności:

- usługi związane z pracami budowlano-montażowymi, uruchomieniem systemu kanalizacji sanitarnej i inne zobowiązania Wykonawcy wynikające z Kontraktu oraz
- dostawę maszyn, urządzeń i wyposażenia niezbędnych do wykonania przedmiotu Kontraktu.

W artykule 3 pkt 3.3 Kontraktu określono, iż szczegółowe zakresy rzeczowe robót dla poszczególnych odcinków (etapów) wraz z terminami ich realizacji oraz cenami kontraktowymi usług oraz wartościami dostaw z importu, będą określane umowami szczegółowymi stanowiącymi integralną część Kontraktu.

W artykule 7 pkt 7.1 postanowiono, iż cena Kontraktu wynosi odpowiednio za wykonanie Usług, tj. robót budowlano-montażowych 64.837.100,00 (przed denominacją). Wartość ta odpowiada zakresowi rzeczowemu Usług określonymu w kosztorysie stanowiącym załącznik do oferty przetargowej przedłożonej przez Wykonawcę.

Przedmiotowy Kontrakt zawarto na podstawie oferty Przedsiębiorstwa (AA) na „Opracowanie dokumentacji technicznej i kompleksową realizację systemu kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy (K)” z 30 września 1994r. Oferta obejmowała projekt techniczny oraz wykonanie robót w podziale na elementy (zadania): I – D..., II – P..., DI – M..., IV - (R), V -

W okresie od 8 marca 1999 r. do 26 czerwca 2009 r. do przedmiotowego Kontraktu zawarto 22 aneksy. Komisja I instancji stwierdziła, że z treści przedmiotowych aneksów wynika, iż poszerzony został zakres rzeczowy Kontraktu, dodając do wykonania nowe elementy systemu kanalizacji, zwiększając jednocześnie wartość wynagrodzenia wykonawcy. Wartość robót określona w Kontrakcie w dniu podpisania określona została w art. 7 na kwotę 6,5 mln zł (po denominacji), natomiast po zawarciu 22 aneksów kwota ta wzrosła do ok. 54 mln zł.

Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że wniosek o ukaranie dotyczy ostatniego aneksu nr 22 z dnia 26 czerwca 2009 r., zawartego przez p. (X), który funkcję Wójta Gminy (K) pełni od dnia 18 listopada 2002 r. Z treści przedmiotowego aneksu wynika, iż został on podpisany „z uwagi na zwiększenie zakresu rzeczowego” inwestycji. W dokumencie tym również ujęta została kwota netto wartości wynagrodzenia wykonawcy, która wynosi

1.287.793,70zł. Niepodważalnym faktem jest zatem to, iż budowa kanalizacji w (R) jako nowopowstały, odrębny przedmiot zamówienia winna być zlecona po przeprowadzeniu jednego z konkurencyjnych trybów określonych w Prawie zamówień publicznych. W tym przypadku Obwiniony nie zastosował przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych uzasadniając, iż etap IVa zadania nr 5, który jest treścią aneksu Nr 22, jest tylko kolejnym uszczegółowieniem postanowień zawartych w Kontrakcie nr 1/12/1994 z 30 grudnia 1994r.

Komisja I instancji nie podzieliła stanowiska obwinionego, że nie doszło do rozszerzenia rzeczowego Kontraktu, którego przedmiotem jest realizacja kompleksowego systemu kanalizacji sanitarnej na terenie gminy (K). Aneksy do tego Kontraktu, według obwinionego, były umowami szczegółowymi stanowiącymi integralną część Kontraktu, które określały szczegółowy zakres robót dla poszczególnych odcinków oraz terminy realizacji i ceny kontraktowe usług oraz wartości dostaw. Komisja I instancji zauważyła, że w trakcie rozprawy Obwiniony zeznał, iż po objęciu stanowiska Wójta Gminy, chciał zerwać Kontrakt, aby zastosować przepisy o zamówieniach publicznych, jednak według opinii radców prawnych, Kontrakt nie mógł być zerwany.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że nie budzi wątpliwości fakt, iż doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja uznała odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Pana (X). Obwiniony naruszył art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych w związku z art. 220 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Ustawa o zamówieniach publicznych obowiązująca od dnia 1 stycznia 1995 r., w art. 95 określiła, iż do zamówień ze środków publicznych rozpoczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Taki stan prawny utrzymany został do dnia 9 listopada 1997 r., tj. do wejścia w życie ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778), w której w art. 4 wskazano, iż umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy pozostają w mocy, z tym, że rozszerzenie ich zakresu przedmiotowego lub zmiana stron umowy nie są możliwe.

Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że według obecnie obowiązujących przepisów powyższy zakaz rozszerzania zakresu umów obowiązuje nadal. Zgodnie z art. 220 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2010 r. Nr 113,

poz. 759 ze zm.), do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Mając powyższe przepisy na uwadze należało, zdaniem Komisji I instancji, stwierdzić, iż podpisanie w dniu 26 czerwca 2009 r. aneksu Nr 22 do Kontraktu nr 1/12/1994, którym „zwiększono zakres rzeczowy” i rozszerzono zakres przedmiotowy robót, zostało dokonane z naruszeniem przepisów prawa. Podpisany aneks Nr 22 stanowił udzielenie zamówienia publicznego jednemu wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Powyższe działanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Regionalna Komisja Orzekająca uznała, iż Pan (X) jest odpowiedzialny za popełnienie zarzucanego mu czynu. Rażąco naruszenie polegające na udzieleniu zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji o znacznym stopniu szkodliwości dla finansów publicznych oraz fakt ukarania Obwinionego w 2011 r. przez Regionalną Komisję Orzekającą, uzasadniają orzeczoną karę pieniężną.

Ponadto, Regionalna Komisja Orzekająca działając, zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania.

Od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej odwołanie wniósł obrońca Obwinionego pismem z dnia 15 października 2012 r.

Obrońca Obwinionego orzeczeniu Komisji I instancji zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania - art. 74 ust. 1 i 2 w związku z art. 76 ust. 3 i w zbiegu z art. 86 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych — w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, poprzez nieuwzględnienie wniosku Obwinionego o przeprowadzenie dowodu z opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w sprawie wykładni przepisów o zamówieniach publicznych;
2. obrazę przepisów prawa materialnego - art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, w związku z art. 220 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych i art. 3 ust. 1 tej ustawy, poprzez błędną ich wykładnię i zastosowanie.

Sygn. akt BDF1/4900/107/106/12/3182

W związku z powyższym, Obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie Obwinionego od zarzucanego mu czynu.

Zdaniem wnoszącego odwołanie, bezsporne było, że zamawiający, tj. Gmina (K) w dniu 30 grudnia 1994 r. zawarła Kontrakt nr 1/12/94 z Przedsiębiorstwem (AA), na kompleksową realizację systemu kanalizacji sanitarnej na terenie gminy (K). W imieniu zamawiającego umowę podpisali: inż. LD - Wójt Gminy, inż. AF - Zastępca Wójta Gminy oraz TS - Skarbnik Gminy, zaś w imieniu wykonawcy współwłaściciele firmy: SG — dyrektor i KO - dyrektor.

Wykonawcę wybrano po przeprowadzeniu przetargu, na co – zdaniem wnoszącego odwołanie - wskazują następujące postanowienia Kontraktu:

a) art. 7 pkt 7.1.1: „Wartość ta odpowiada zakresowi rzeczowemu Usług określonymi w kosztorysie stanowiącym załącznik do oferty przetargowej przedłożonej przez Wykonawcę”,

b) art. 7 pkt 7.1.2: „W przypadku zmiany zakresu rzeczowego, o którym mowa w postanowieniu 7.1.1. niniejszego artykułu, a także dla ustalenia ceny kontraktowej poszczególnych odcinków (etapów), określonych umowami szczegółowymi, bada sporządzane kosztorysy w oparciu o średniokrajowe stawki robocizny, wskaźniki narzutów, ceny sprzętu i materiałów (dostaw za wyjątkiem dostaw z importu rozliczanych według odrębnych zasad) określone przez ORGBUD aktualne dla kwartału poprzedzającego termin wykonania robót. Dla zachowania osiągniętej w drodze przetargu konkurencyjności oferty, ww. stawki robocizny oraz wskaźniki narzutów będą weryfikowane współczynnikami ustalonymi, jako stosunek odpowiedniej ich wartości określonych w ofercie przetargowej względem wartości średniokrajowych publikowanych przez ORGBUD aktualnych w III kwartale 1994 r. ”.

Wnoszący odwołanie wskazuje, że przedmiotem umowy była kompleksowa realizacja systemu kanalizacji sanitarnej na terenie gminy (K). Nie powinno być więc przedmiotem sporu, że zwrot „kompleksowy” oznacza całościowy, zupełny. Według słownika języka polskiego zwrot „kompleksowy” oznacza „obejmujący całość elementów lub zagadnień, a nie tylko ich fragment”.

W uzasadnieniu odwołania stwierdzono ponadto, że:

1. zarząd Gminy powołał komisję przetargową do wyboru wykonawcy na budowę systemu kanalizacji na terenie Gminy (K),

2. przetarg przeprowadzony został z zachowaniem konkurencji - do przetargu zgłosiło się kilkunastu wykonawców,

3. przetarg nie był prowadzony w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, w związku z czym w dokumentacji brak jest informacji na temat formy i podstawy prawnej przetargu,

4. przedmiot zamówienia obejmował wykonanie obiektów wraz z wyposażeniem, wykonanie kanałów rurowych oraz całej infrastruktury technicznej kanalizacji sanitarnej odprowadzającej ścieki bytowo — gospodarcze z terenu gm. (K) do oczyszczalni ścieków „De” wg wykonanej przez wykonawcę dokumentacji. W szczególności obejmował:

a) usługi związane z pracami budowlano - montażowymi, uruchomieniem systemu kanalizacji sanitarnej i inne zobowiązania wykonawcy wynikające z kontraktu,

b) dostawę maszyn, urządzeń i wyposażenia niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniami, że zamawiający będzie pełnoprawnym uczestnikiem w doborze oferentów w komisjach przetargowych, w negocjacjach techniczno - handlowych organizowanych przez wykonawcę na dostawę poszczególnych maszyn, urządzeń i wyposażenia,

c) przekazanie dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR) maszyn i urządzeń, instrukcji obsługi obiektów na sieć kanalizacyjną (np. przepompowni),

5. w artykule 3 ust. 3 pkt 3 kontraktu strony określiły, że szczegółowe zakresy rzeczowe robót dla poszczególnych odcinków (etapów) wraz z terminami ich realizacji oraz cenami kontraktowymi usług oraz wartościami dostaw z importu, będą określone umowami szczegółowymi stanowiącymi integralną część zawartego kontraktu; z kolei w art. 3 ust. 4 postanowiono, że „umowy szczegółowe będą zawierane stosownie do możliwości finansowych zamawiającego”,

6. termin wykonania zamówienia: zgodnie z art. 4 kontraktu zakończenie prac budowlano -montażowych potwierdzone pozytywnymi kompleksowymi próbami rozruchowymi nastąpi w terminie 24 miesięcy od daty ich rozpoczęcia, pod warunkiem zabezpieczenia przez zamawiającego pełnego pokrycia finansowego na wykonanie przedmiotu umowy. (Strony określiły termin rozpoczęcia prac budowlano-montażowych w ciągu 2 tygodni od otrzymania od zamawiającego kompletnej i uzgodnionej dokumentacji

technicznej wraz z pozwoleniem na budowę na pierwszy odcinek (etap) robót. Wykonawca zobowiązał się przekazać zamawiającemu kompleksowy system kanalizacji sanitarnej na terenie gm. (K) z dniem podpisania ostatniego protokołu odbioru.),

7. Wykonawca, na podstawie art. 5 ust. 12 Kontraktu, zobowiązał się do przygotowania dokumentacji, której celem jest pozyskanie środków finansowych pochodzących spoza budżetu gminy oraz pomocy w pozyskaniu takich środków,

8. cenę Kontraktu (art. 7 ust. 7.1. Kontraktu) ustalono na 64.837.000.000,00 zł przed denominacją, tj. 6.483.710,00 zł za wykonanie usług, tj. robót budowlano - montażowych. Artykuł 7 zawiera postanowienia odnoszące się do możliwości zmiany ceny kontraktowej. Określa także sposób ustalenia wartości dostaw z importu. Postanowienia o dopuszczalności zmiany ceny kontraktowej były konieczne i uzasadnione - kontrakt zawierano w okresie kiedy inflacja wynosiła kilkadziesiąt procent rocznie, a realizacja kontraktu, głównie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (brak stałego finansowania) przewidziana była na wiele lat,

9. z dokumentacji wynika, że Zamawiający otrzymywał dofinansowanie na realizację przedmiotu zamówienia w ramach umów m.in. z WFOSiGW i Fundacją Eko-Fundusz,

10. wykonawca na podstawie art. 14 ust. 3 Kontraktu zobowiązany został do prowadzenia Dziennika Budowy.

Wnoszący odwołanie stwierdził, że Kontrakt stanowił umowę ramową, której przedmiotem była kompleksowa budowa kanalizacji na terenie niemal całej Gminy (K) (bez miejscowości P). Szczegółowe postanowienia umowy ramowej podlegały wypełnieniu poprzez zawieranie aneksów, które nie zmieniały zakresu przedmiotu zamówienia. Po zawarciu kontraktu weszła w życie ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.). Według jej art. 95, umowy zawarte przed dniem jej wejścia w życie podlegały wykonaniu. Po dniu wejścia w życie (tj. po dniu 9 listopada 1997 r.) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, póź. 778) stan prawny w tym zakresie nie uległ zmianie, gdyż art. 4 ustawy stanowił, iż umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy pozostawały w mocy (bez możliwości rozszerzenia ich zakresu przedmiotowego lub zmiany stron umowy), a art. 220 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 113, póź. 759 z późn. zm.), która weszła w życie z dniem 2 marca 2004 roku,

pozwalał na dalsze stosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem jej wejścia w życie przepisów dotychczasowych.

Zdaniem obrońcy Obwinionego, stosownie do treści art. 220 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy, czyli przed dniem 2 marca 2004 r. należy stosować przepisy dotychczasowe. Ogólna zasada wynikająca z art. 220 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazuje, iż umowy o zamówienie publiczne zawarte przed dniem wejścia w życie prawa zamówień publicznych są nadal ważne i obowiązujące. Umowa taka może być realizowana do czasu upływu ważności tej umowy lub wyczerpania jej przedmiotu na zasadach dotychczasowych - to znaczy zasadach ogólnych kodeksu cywilnego oraz postanowień treści umowy.

Wnoszący odwołanie wywodzi następnie, że obowiązek stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych pojawiał się w chwili, gdy zamawiający chciał wykroczyć z zakresem prac poza przedmiot zamówienia określony w uprzednio zawartej umowie np. poprzez zwiększenie ilości realizacji prac. Wtedy mielibyśmy do czynienia z nowym zamówieniem publicznym. Jego udzielenie mogło być dokonane zgodnie z procedurami ustawy - Prawo zamówień publicznych. Co do zasady, samo przedłużenie terminu wykonania zamówienia publicznego, którego przedmiotem nie są zamówienia o charakterze ciągłym lub okresowym, było dopuszczalne. Jedynie w przypadku, gdy wraz z przedłużeniem terminu wykonania zamówienia zamawiający zwiększał zakres przedmiotowy zamówienia, a więc wykroczał poza przedmiot określony pierwotną umową, wówczas czynność ta stanowiła nowe zamówienie. W takim przypadku, wobec braku przesłanki umożliwiającej odstąpienie od przepisów ustawy (art. 4 ustawy) jego udzielenie powinno było nastąpić w trybie określonym ustawą - Prawo zamówień publicznych.

Według wnoszącego odwołanie, Obwiniony wykazał, że wykonując przedmiotowy Kontrakt, nie dopuścił do rozszerzenia zakresu przedmiotowego i zmiany stron umowy. Jego zdaniem, stanowisko Regionalnej Komisji Orzekającej jest błędne. Z brzmienia przywołanych wyżej przepisów jednoznacznie wynika bowiem, że skoro nie nastąpiło rozszerzenie zakresu przedmiotowego Kontraktu lub zmiana stron tejże umowy, Kontrakt podlegał dalszemu wykonaniu.

Obrońca Obwinionego zwrócił także uwagę, że kluczowa w sprawie byłaby opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uzyskana w trybie art. 86 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czy Obwiniony poprzez zawarcie aneksu nr 22 do Kontraktu z dnia 30 grudnia 1994 r. dopuścił się naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji, czy dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Regionalna Komisja Orzekająca nie uwzględniła wniosku Obwinionego w tej sprawie, naruszając tym samym – zdaniem obrońcy - prawo Obwinionego do obrony.

W odwołaniu stwierdzono także, że Obwiniony, w toku przesłuchania przed Komisją wskazywał również, że legalność wykonania Kontraktu była przedmiotem wielu kontroli (w tym NIK, RIO, UKS), z których żadna nie zarzuciła naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych (a w konsekwencji dyscypliny finansów publicznych) poprzez zawieranie kolejnych aneksów do Kontraktu. Wyniki tych kontroli utwierdziły jedynie Obwinionego w przekonaniu o zgodności jego postępowania z prawem w zakresie wykonania postanowień Kontraktu.

Obrońca zwraca też uwagę na fakt, że już z dniem objęcia mandatu Wójta Gminy (K), do czego doszło w wyniku wyborów bezpośrednich w 2002 roku, usiłował doprowadzić do rozwiązania Kontraktu i ogłoszenia przetargu na poszczególne etapy realizacji budowy kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy (K). Z analiz prawnych wynikało jednak, że czynność taka narazi Gminę na odpowiedzialność odszkodowawczą wobec Wykonawcy, na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. Czyn taki byłby więc uznany za działanie na szkodę finansów Gminy.

Wnoszący odwołanie stwierdził, że wprawdzie czyn, jaki jest przedmiotem zaskarżonego orzeczenia obejmuje jedynie aneks nr 22 z dnia 26 czerwca 2009 roku, to dla jasności procesowej konieczne jest przedstawienie - po raz kolejny - sposobu i zakresu wykonywania opisanego na wstępie Kontraktu z dnia 30 grudnia 1994 r., gdyż objęty zaskarżonym orzeczeniem aneks Nr 22 jest bezpośrednią konsekwencją zawartych wcześniej aneksów. Oznacza to, że zarzucanego Obwinionemu czynu nie można rozpatrywać w oderwaniu od poprzedzających go czynności w tej sprawie.

Obrońca przedstawił treść poszczególnych aneksów zawartych do omawianego Kontraktu, w tym także aneksu nr 22, który jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Sygn. akt BDF1/4900/107/106/12/3182

W odniesieniu do aneksu nr 22 Obrońca stwierdził, co następuje.

„Zamawiający: Gmina (K), w dniu 26.06.2009 r. zawarł Aneks nr 22 do kontraktu nr 1/12/94 z dnia 30.12.1994 r. z Przedsiębiorstwem (AA). Podstawę zawarcia aneksu stanowił art. 3 ust. 3 kontraktu pierwotnego 2.

Zaktualizowano szczegółowy zakres rzeczowy oraz terminy realizacji zadań objętych fazą A, a także ich wartość, który przedstawiono w załączniku nr 1. Zmieniono tym samym treść załącznika nr 1 do aneksu nr 21, w następujący sposób:

- a) D wieś (zadanie 1) - do 30.06.2003 r., cena ogółem 6.087.824,00 zł (bez zmian w porównaniu do aneksu nr 21),
- b) D Wybudowanie (zadanie 4) - do 28.03.2003r., cena ogółem 1.034.812,00 zł (bez zmian w porównaniu do aneksu nr 21),
- c) (K) (zadanie 2) - do 31.03.2007 r., cena ogółem 5.978.450,00 zł (bez zmian w porównaniu do aneksu nr 21),
- d) M (zadanie 3) - do 31.12.2007 r., cena ogółem 8.569.556,00 zł (bez zmian w porównaniu do aneksu nr 21),
- e) M (zadanie 6) - zlewnia P9 do 31.12.2008 r. (bez zmian w porównaniu do aneksu nr 21), etap Ha do 9.10.2009 r. i etap IIb do 15.09.2010 r. (przedłużono termin w porównaniu do aneksu nr 21), cena ogółem 2.496.078,00 zł (obniżono cenę w porównaniu do aneksu nr 21),
- f) (R) (zadanie 5) - zlewnia P11, P12 i P13 do 31.12.2007 r., zadanie (R) IV do 9.10.2009 r., (R) IVa do 15.09.2010r.. (wydłużono termin zadań (R) IV i IVa), cena ogółem zadania 5.127.106,92 zł (zwiększono w porównaniu do aneksu nr 21),
- g) P... (zadanie 7) - do 9.10.2009 r., (wydłużono termin w porównaniu do aneksu nr 21) cena ogółem zadania 7.635.460,10 zł (bez zmian w porównaniu do aneksu nr 21),
- h) Dokumentacja projektowa na etap I i etap II - cena ogółem netto - 127.902,00 zł.”

Obrońca Obwinionego zauważa, że zwiększono w oparciu o załączony kosztorys wartość zadania 5 kompleksowej kanalizacji sanitarnej Gminy (K) - miejscowość (R) o etap IVa, którego ryczałtową wartość netto ustalono na kwoty 1.287.793,70 zł (do aneksu załączono

Sygn. akt BDF1/4900/107/106/12/3182

kopię kosztorysu). Aneksem nr 21 (podobnie jak poprzednich nr 20 i 21) wprowadzono cenę ryczałtową netto.

Na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 6 Kontraktu zaktualizowano wartość wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie dokumentacji projektowej wskazanej w załączniku nr 2 do aneksu, na kwotę 127.902,47 zł.

Postanowieniem zawartym w § 2 aneksu strony odstąpiły od zasad płatności określonych w art. 7 ust. 2 Kontraktu, wprowadzając harmonogram płatności stanowiący załącznik nr 3. Z treści załącznika wynika, że zamawiający w terminie do 30.09.2010 r. zobowiązany był dokonać zapłaty za wykonanie: etapu IIB M... w kwocie 304.603,00 zł, (R) IV w kwocie 159.500,00 zł, (R) IVa w kwocie 1.571.108,00 zł, zadanie 2 P... w kwocie-1.235.941,00 zł, dokumentacji projektowej w kwocie 101.353,00 zł.

Dodatkowo obrońca podał, że w dniu 29 grudnia 2010 roku Komenda Wojewódzka Policji - Wydział dw. z Korupcją wydała postanowienie o umorzeniu śledztwa w sprawie RSD-16/09 prowadzonego na podstawie zawiadomienia o przestępstwie wniesionego przez grupę radnych Rady Gminy (K). Przedmiotem postępowania w tej sprawie było rzekome dopuszczenie się przez Obwinionego przekroczenia uprawnień. Żaden z zarzucanych przez zawiadamiających czynów nie wyczerpywał ustawowych znamion przestępstwa. Wprawdzie przedmiotem wymienionego postanowienia nie były wprost zagadnienia dotyczące budowy kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy (K), to w uzasadnieniu postanowienia wskazano, że postępowanie karne w sprawie budowy kanalizacji (a więc co do czynu objętego zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych) także toczyło się postępowanie, lecz pod inną sygnaturą. Według posiadanych przez Obwinionego informacji, postępowanie to również zostało prawomocnie zakończone umorzeniem ze względu na brak znamion przestępstwa, tj. ustalenie, że Obwiniony jako funkcjonariusz publiczny nie przekroczył uprawnień, tj. nie zaistniał czyn karalny. Prokurator Rejonowy, postanowieniem z dnia 31 grudnia 2010 roku sygn. akt Ds. 1496/10, zatwierdził przedmiotowe postanowienie o umorzeniu śledztwa i stało się ono prawomocne.

Gdyby, zdaniem obrońcy, w ocenie organów ścigania Obwiniony naruszył przepisy prawa w sprawie udzielania zamówień publicznych, czyn ten zostałby oceniony przez organy ścigania jako wyczerpujący ustawowe znamiona przestępstwa z art. 231 kk.

Obwiniony nie jest w posiadaniu postanowienia Prokuratury Rejonowej w tych sprawach, gdyż nie był stroną postępowań. Nie ma więc możliwości ich powołania, jako dowodów w niniejszej sprawie. Stąd też w tym zakresie Obwiniony nie składał wniosków dowodowych.

Wnoszący odwołanie stwierdził, iż Obwiniony ponownie podkreśla, że skoro przedmiotem zamówienia i zawartego Kontraktu było wykonanie obiektów wraz z wyposażeniem, wykonanie kanałów rurowych oraz całej infrastruktury technicznej kanalizacji sanitarnej, odprowadzającej ścieki bytowo-gospodarcze z terenu całej Gminy (K) do oczyszczalni ścieków „D”, a w art. 3 ust. 3 pkt 3 i ust. 4 Kontraktu strony określiły, że szczegółowe zakresy rzeczowe robót dla poszczególnych odcinków (etapów) wraz z terminami ich realizacji oraz cenami kontraktowymi usług oraz wartościami dostaw z importu, będą określone umowami szczegółowymi stanowiącymi integralną część zawartego kontrakt i że umowy szczegółowe będą zawierane stosownie do możliwości finansowych zamawiającego, to bezspornym winno być, że strony musiały szczegółowo wypełnić jego treść aneksami. Wykonawca zobowiązał się przekazać zamawiającemu kompleksowy system kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy (K) z dniem podpisania ostatniego protokołu odbioru.

W konkluzji obrońca stwierdził, że Obwiniony nie dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych, w związku z czym odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, co następuje.

Odwołanie może być uwzględnione wyłącznie w zakresie wysokości orzeczonej kary pieniężnej.

Na wstępie należy zauważyć, że – zgodnie z wnioskiem o ukaranie – orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej dotyczy czynu polegającego na zawarciu dnia 26 czerwca 2009 r. opisanego wyżej aneksu nr 22 do Kontraktu nr 1/12/94, zawartego dnia 30 grudnia 1994 r. na „Kompleksową realizację systemu kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy (K)”. Jak stwierdzono w tytule tego aneksu, miał on być „umową szczegółową” w rozumieniu art. 3.3 Kontraktu. Granice orzeczenia Komisji I instancji wyznaczają zakres rozważań Głównej Komisji Orzekającej, która mogła się odnieść wyłącznie do faktu zawarcia wspomnianego aneksu nr 22. Przytoczenie w odwołaniu przez obrońcę obszernej historii dokonywania kolejnych zmian wspomnianego kontraktu poprzez zawieranie kolejnych aneksów (od nr 1 do nr 21) może być potraktowane wyłącznie jako naświetlenie tła realizacji systemu kanalizacji sanitarnej w gminie (K). Główna Komisja Orzekająca, podobnie, jak Komisja I instancji, nie

może się w związku z tym odnieść do prawidłowości zawarcia aneksów poprzedzających aneks nr 22.

Z ustaleń dokonanych w sprawie można wyprowadzić wniosek, że całość systemu kanalizacji sanitarnej realizowanej od połowy lat dziewięćdziesiątych w gminie (K) została wykonana poza systemem zamówień publicznych. Jak wynika już jednak z zawiadomienia o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, złożonego pismem z dnia 16 lutego 2012 r. przez Centralne Biuro Antykorupcyjne – Delegaturę w ..., ze względu na upływ terminu, postępowanie w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie mogło dotyczyć zawarcia wcześniejszych aneksów, a tylko aneksu nr 22. W tym zakresie Rzecznik Dyscypliny złożył wniosek o ukaranie i w tym zakresie orzekła Regionalna Komisja Orzekająca.

Dla wyjaśnienia kwestii wstępnych należy także zaznaczyć, że przedmiotem rozstrzygnięć podejmowanych w toku postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych są wyłącznie zagadnienia dotyczące tych naruszeń. Główna Komisja Orzekająca nie może zatem odnieść się do podniesionych w części końcowej uzasadnienia kwestii decyzji procesowych organów ścigania, związanych z realizacją inwestycji w gminie (K). Główna Komisja Orzekająca nie mogła także odnieść się do przytoczonych faktów wcześniejszego przeprowadzania kontroli przez różne organy kontrolne. Gdyby nawet przyjąć, że organy te nie podnosiły opisanych okoliczności jako naruszenia prawa (co zresztą nie zostało wykazane w toku postępowania), to ustalenie takie nie wiąże organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W świetle art. 45 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - dalej uondfp, członkowie komisji orzekających i Głównej Komisji Orzekającej nie są związani rozstrzygnięciami innych organów, z wyjątkiem prawomocnego wyroku sądu.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że prawidłowe jest ustalenie Komisji I instancji, iż w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp. Zasadnicze znaczenie ma w tym przypadku uznanie, czy poprzez zawarcie aneksu nr 22 doszło do rozszerzenia zakresu przedmiotowego umowy określonego w Kontrakcie 1/12/94 wraz z kolejnymi aneksami. Okoliczność ta ma znaczenie podstawowe ze względu na brzmienie art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, zgodnie z którym umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy pozostają w mocy, z tym, że rozszerzenie ich zakresu przedmiotowego lub zmiana stron umowy nie są możliwe. Aby

zweryfikować argumenty podniesione w odwołaniu przez obrońcę, Główna Komisja Orzekająca zażądała, w ramach prowadzonego postępowania dowodowego, doręczenia przez Gminę (K) dokumentów stanowiących załączniki do zawieranych aneksów do Kontraktu 1/12/94. Analiza załączników pn. „Zbiorcza tabela zadań faza A budowy systemu kanalizacji sanitarnej gminy (K)” do aneksów nr 21 i 22 wskazuje, że poprzez zawarcie aneksu nr 22 doszło do rozszerzenia zakresu przedmiotowego w ramach zadania nr 5 „(R)”. W porównaniu ze stanem ujętym w zbiorczej tabeli zadań stanowiącej załącznik do aneksu nr 21 z dnia 20 października 2008 r., dodano zadanie „(R) IVa” o wartości netto ogółem 1.267.794 zł. Pozostałe pozycje zadania nr 5, tj. „Zlewnie P11, P-12, P-13” oraz „(R) IV” nie uległy zmianom. Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, nie da się obronić tezy podnoszonej przez obrońcę, że nie doszło do zmiany zakresu przedmiotowego, a tylko do sytuacji, w której „szczegółowe postanowienia umowy ramowej podlegały wypełnieniu poprzez zawieranie aneksów, które nie zmieniały zakresu przedmiotu zamówienia”. Teza taka nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym. Przeciwnie, analiza wspomnianych wyżej załączników do aneksów nr 21 i 22 prowadzi do wniosku, że część zadania nr 5, tj. „(R) IVa” ujęta została dopiero w aneksie nr 22. Świadczy o tym także porównanie wartości pozostałych elementów zadania nr 5, tj. „Zlewnie P11, P-12, P-13” (7.341.558 zł) oraz „(R) IV” (4.090.340 zł), które pozostały niezmienione. Oczywiście, samo porównanie wartości poszczególnych elementów nie musi przesądzać o zakresie przedmiotowym zadania, jednak w tym przypadku wyraźnie widać, że – przy niezmiennym określeniu dotychczasowych etapów zadania nr 5 – dodano pozycję „(R) IVa”, z odrębną określoną wartością. Konstatacji tego faktu nie podważył ani Obwiniony, ani jego Obrońca w toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą, po okazaniu im wspomnianych wyżej załączników do aneksów nr 21 i 22. Samo bowiem twierdzenie, że mimo wszystko nie doszło do rozszerzenia przedmiotu zamówienia stoi w oczywistej sprzeczności z treścią wspomnianych dokumentów. Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, o zakresie realizowanych zadań rozstrzyga właśnie treść załącznika pn. „Zbiorcza tabela zadań faza A budowy systemu kanalizacji sanitarnej gminy (K)”. Oceny tej nie może zmienić fakt powoływania się przez Obwinionego i obrońcę w toku całego postępowania, w tym także we wniesionym odwołaniu, na okoliczność, że Kontrakt 1/12/94 stanowił „umowę ramową”, której przedmiotem była kompleksowa budowa kanalizacji na terenie gminy, a której postanowienia były następnie wypełniane przez zawieranie kolejnych aneksów. Idąc tokiem takiego rozumowania, można by nawet zastanawiać się, czy w takim razie wspomniany Kontrakt w ogóle zawierał składniki przedmiotowo istotne (essentialia negotii) umowy, skoro

nie określał zakresu realizowanych zadań. Jak już wyżej wspomniano, zawarcie samego Kontraktu 1/12/94 pozostaje poza zakresem rozważań Głównej Komisji Orzekającej. Należy jednak przyjąć – bo tylko wtedy można ustalić treść stosunku prawnego łączącego Gminę (K) z wykonawcą – że zakres przedmiotowy Kontraktu 1/12/94 jest wyznaczony przez jego treść łącznie z aneksami i załącznikami do nich. Skoro tak, to aneks kolejny – tj. analizowany aneks nr 22 – wprowadzający nowy etap zadania nr 5 pn. „(R) IVa” o wartości 1.287.794 zł, stanowił rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy. Dodatkowo należy zauważyć, że w samej treści aneksu podano, iż jest on dokonany „z uwagi na zwiększenie zakresu rzeczowego oraz konieczność dostosowania realizacji inwestycji do możliwości ich finansowania”. Podniesione okoliczności przesądzają o naruszeniu art. 4 powołanej wyżej ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. Z tego względu jako nieuzasadniony Główna Komisja Orzekająca uznaje sformułowany we wniesionym odwołaniu (pkt 2 sentencji odwołania) zarzut obrazy przepisów prawa materialnego, tj. art. 4 ustawy o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych w związku z art. 220 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Na marginesie należy dodać, że sformułowany także w punkcie 2 sentencji odwołania zarzut obrazy art. 3 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych jest całkowicie niezasadny, zaś skarżący w żaden sposób nie uzasadnia w odwołaniu, dlaczego, jego zdaniem, miałyby dojść do nieprawidłowej wykładni tego przepisu, skoro z powołanego w sentencji orzeczenia Komisji I instancji art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych wynika po prostu zakres podmiotowy ustawy, obejmujący jednostki sektora finansów publicznych.

Wobec powyższego, Główna Komisja Orzekająca stoi na stanowisku, że spełnione zostały znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp. Doszło bowiem do udzielenia zamówienia publicznego – w zakresie części zadania pn. „(R) IVa” – wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Na taką ocenę nie mają wpływu zmiany w zakresie stanu prawnego. Zgodnie bowiem z art. 220 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przez dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Stosuje się zatem także wspomniany art. 4 ustawy nowelizującej z 29 sierpnia 1997 r. Przyjęciu kwalifikacji czynu z art. 17 ust. 1b pkt 1 uoondfp nie stoi na przeszkodzie także zmiana ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W dacie zawarcia aneksu nr 22 zachowanie to wypełniało dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 1 uoondfp. Jednak w tym zakresie aktualnie

obowiązujący art. 17 ust. 1b pkt 1 uondfp, dokładnie odpowiada treścią art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp w wersji sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1429). Przepis ustawy obowiązującej poprzednio nie jest zatem względniejszy dla sprawcy, w związku z czym znajduje zastosowanie zasada stosowania ustawy nowej, określona w art. 24 ust. 1 uondfp.

Odnosząc się do okoliczności dotyczących postępowania dowodowego, objętych zarzutem sformułowanym w punkcie 1 sentencji odwołania, Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że oprócz wystąpienia do gminy (K) o dostarczenie załączników do zawieranych aneksów, zwróciła się także do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o udzielenie informacji na temat czynności kontrolnych podejmowanych w stosunku do przedmiotowego zamówienia publicznego gminy (K). Pismem z dnia 11 marca 2013 r. zastępca dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej UZP stwierdziła, że „postępowanie wyjaśniające w sprawie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się obecnie na etapie analizy i oceny nadesłanej do UZP dokumentacji, mającej na celu ustalenie stanu faktycznego przeprowadzonego postępowania”. Dodała, że nie jest możliwe wskazanie terminu zakończenia postępowania wyjaśniającego.

Obrońca we wniesionym odwołaniu uznał, że opinia Prezesa UZP byłaby w tej sprawie kluczowa i – w punkcie 1 sentencji odwołania - zarzucił w związku z tym orzeczeniu Komisji I instancji naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 w związku z art. 76 ust. 3 i w zbiegu z art. 86 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 uondfp - w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, poprzez nieuwzględnienie wniosku Obwinionego o przeprowadzenie dowodu z opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie wykładni przepisów o zamówieniach publicznych.

Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że zarzut ten nie jest zasadny. Ustawowe kompetencje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie kontroli prawidłowości udzielanych zamówień nie wyłączają możliwości dokonywania oceny stwierdzonych stanów faktycznych z punktu widzenia przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych także przez inne organy państwowe, w granicach ich właściwości. Dotyczy to w szczególności organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przyjęcie odmiennego stanowiska doprowadziłoby do niezasadnego wniosku, że tylko w razie stwierdzenia naruszenia przez Prezesa UZP można byłoby prowadzić postępowanie w sprawach o czyny wskazane w art. 17 uondfp. Biorąc jednak pod uwagę, że z materiałów

zebranych w sprawie wynikało, iż służby kontrolne Urzędu Zamówień Publicznych prowadzą czynności wyjaśniające dotyczące przedmiotowego zamówienia oraz to, że na okoliczność tę powoływał się obrońca Obwinionego, Główna Komisja Orzekająca zwróciła się do Prezesa UZP o informację w tej sprawie. Gdyby możliwe było udzielenie informacji merytorycznej przez Urząd Zamówień Publicznych, materiał ten, jako część całego materiału dowodowego, byłby wzięty pod uwagę przy ocenie przez Główną Komisję Orzekającą stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu. Skoro jednak postępowanie UZP nie zostało zakończone (o czym w czasie postępowania przed Komisją I instancji Urząd Zamówień Publicznych informował zastępcę wójta gminy (K) pismem z dnia 17 sierpnia 2012 r.), to jego wyniku nie mogła uwzględnić Regionalna Komisja Orzekająca, podobnie, jak nie może uczynić tego obecnie Główna Komisja Orzekająca. W tej sytuacji Komisja I instancji miała nie tylko prawo, ale obowiązek dokonania samodzielnej oceny na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Nie można przyznać racji obrońcy, który w piśmie procesowym z dnia 17 maja 2013 r. stwierdził: „Jedynym wiarygodnym dowodem, na którym można było oprzeć oskarżenie, i to już na etapie postępowania wyjaśniającego, winna być opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tymczasem, opinia ta została zastąpiona nieprofesjonalną opinią organu zawiadamiającego o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W ten sposób doszło do obrazy dwóch naczelnych zasad postępowania: zasady prawdy obiektywnej i zasady domniemania niewinności”. Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że z powyższej argumentacji obrońcy może wynikać, że nie zauważył on, iż okoliczności podniesione w zawiadomieniu złożonym przez Centralne Biuro Antykorupcyjne były poddane ocenie zarówno przez rzecznika dyscypliny, jak i przez Regionalną Komisję Orzekającą. Uprawnienia tych organów do dokonywania własnych ocen w tym zakresie wynikają wprost z przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i nie mogą być kwestionowane. Co więcej, w toku postępowania okazało się, że okoliczności wskazane przez zamawiającego rzeczywiście uzasadniają tezę o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, stąd uwagę obrońcy o zastąpieniu przez Komisję I instancji opinii Prezesa UZP „nieprofesjonalną opinią organu zawiadamiającego” należy całkowicie odrzucić.

Podsumowując tę część uzasadnienia, która dotyczy ustaleń faktycznych w sprawie, w tym prowadzonego przez Komisję I instancji postępowania dowodowego, Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że nie można zgodzić się z oceną zawartą w powołanym piśmie procesowym obrońcy, że w toku prowadzonego postępowania nie zebrano żadnych dowodów na to, że Obwiniony dopuścił się naruszenia art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie

ustawy o zamówieniach publicznych. Przeciwnie, zebrane dowody i podniesiona argumentacja wykazały, że do takiego naruszania doszło i że wypełnia ono znamiona czynu określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 uodfp.

Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, Komisja I instancji w sposób prawidłowy przypisała dokonanie czynu Obwinionemu. Odpowiedzialność za wyżej opisane naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi Pan (X) – wójt Gminy (K), jako osoba, która – reprezentując Gminę zgodnie z przepisami regulującymi ustrój samorządu terytorialnego - podpisała dnia 26 czerwca 2009 r. aneks nr 22 do Kontraktu nr 1/12/94. Główna Komisja Orzekająca zauważa przy tym, że Obwiniony nie zmierzał bezpośrednio do skutku w postaci naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Już w toku postępowania przed Komisją I instancji Obwiniony stwierdził, że chciał „zerwać” Kontrakt z wykonawcą, jednak zrezygnował z tego zamiaru ze względu na opinie służb prawnych o możliwych roszczeniach odszkodowawczych. Opinie te wynikały – jak stwierdził Obwiniony na rozprawie przed Komisją I instancji – z rozmów prowadzonych z radcą prawnym. Okoliczność ta wskazuje, że Obwiniony zdawał sobie sprawę z możliwości dokonania naruszenia przepisów prawa, i choć wprawdzie nie chciał takiego skutku, to jednak godził się na to pod wpływem – jak twierdzi - opinii prawnych (nieudokumentowanych w toku postępowania). W ocenie Głównej Komisji Orzekającej należało w związku z tym, jak orzekła Komisja I instancji przypisać Obwinionemu winę w tym zakresie. Wójt gminy, wiedząc, że może naruszyć przepisy o zamówieniach publicznych, nie powinien poprzestać na bliżej nieokreślonych ustaleniach ze służbami prawnymi urzędu gminy, ale powinien zmierzać do rzetelnego wyjaśnienia sytuacji prawnej. Takie rzetelne wyjaśnienie sytuacji prawnej musiałyby doprowadzić do niezawarcia przedmiotowego aneksu nr 22. Nie można zatem uznać, aby obwiniony dołożył w tym przypadku należytej staranności, w rozumieniu art. 19 ust. 2 uodfp, jakiej w tej sytuacji można wymagać od osoby działającej w opisanych wyżej okolicznościach. Poza oceną Głównej Komisji Orzekającej jest natomiast to, czy niezawarcie aneksu z dotychczasowym wykonawcą musiałyby oznaczać „zerwanie” Kontraktu. Nie można zasadnie argumentować, że niekorzystne dla gminy skutki cywilne miałyby nastąpić tylko ze względu na przestrzeganie przez organ gminy zasad wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów o zamówieniach publicznych.

Czyn przypisany Obwinionemu stanowi zatem zawinione naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przypisanie winy Obwinionemu zostało prawidłowo dokonane przez Regionalną

Komisję Orzekającą w świetle art. 19 uodfp. Ze względu na wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia oraz skutki naruszenia nie można przyjąć, aby stopień szkodliwości dla finansów publicznych był w tym przypadku znikomy. Obwiniony zdawał sobie sprawę z możliwości naruszenia przepisów prawa, a mimo to zdecydował o podpisaniu aneksu. Doszło w ten sposób do zasadniczego naruszenia zakazu rozszerzania zakresu przedmiotowego umowy, wynikającego z art. 4 powołanej wyżej ustawy o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. Należy zauważyć, że podstawowa reguła rządząca systemem zamówień publicznych – zarówno pod rządami obecnie obowiązującego Prawa zamówień publicznych, jak i w czasie obowiązywania ustawy o zamówieniach publicznych – jest zasada wyłączności, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych). W świetle tej zasady jako szczególnie poważne przedstawiają się te naruszenia obowiązujących przepisów, których skutkiem jest udzielenie zamówienia publicznego poza systemem zamówień publicznych. Możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu poza trybami określonymi w przepisach o zamówieniach publicznych jest dopuszczana przez ustawodawcę wyjątkowo, w ściśle określonych przypadkach. Zezwalając w art. 4 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych na kontynuację realizacji umów zawartych przed dniem jej wejścia w życie, ustawodawca zakazał rozszerzania zakresu przedmiotowego oraz zmian stron umowy. Naruszenie tego zakazu trzeba traktować jako naruszenie o bardzo dużej wadze w kontekście udzielania zamówień publicznych. W konsekwencji, w przedmiotowej sprawie naruszenie będące przedmiotem rozstrzygnięcia należy ocenić, zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych o znaczącym stopniu szkodliwości dla finansów publicznych.

Z uzasadnienia orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej nie wynika wprost, czy rozważyła ona zastosowanie przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w kontekście reguł intertemporalnych zawartych w art. 24 uodfp. Mimo niewyjaśnienia tej kwestii, orzeczenie to może być utrzymane w mocy, w szczególności w zakresie rodzaju wymierzonej kary. Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, należy w tym zakresie zastosować ustawę nową (po nowelizacji), gdyż poprzednio obowiązująca (w dacie podpisania aneksu nr 22) nie jest względniejsza dla sprawcy, ponieważ na podstawie obu ustaw stwierdzone okoliczności uzasadniają orzeczenie kary pieniężnej. Zastosowanie ustawy nowej umożliwia jednak Głównej Komisji Orzekającej zmianę zaskarżonego orzeczenia w zakresie wysokości orzeczonej kary pieniężnej. Od dnia

11 lutego 2012 r. kara pieniężna może być bowiem, zgodnie z art. 31 ust. 2 uondfp, orzeczona w wysokości od 0,25 do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wcześniej minimalny próg stanowiła jednokrotność tego wynagrodzenia. Stosując ustawę nową, Główna Komisja Orzekająca, stwierdzając zasadność utrzymania orzeczenia w zakresie rodzaju kary, dostrzegła jednak uzasadnienie dla obniżenia wysokości orzeczonej kary pieniężnej. Należy bowiem zauważyć, że Obwiniony, choć dostrzegał możliwość naruszenia dyscypliny finansów publicznych, kierował się także dotychczasową, niezakwestionowaną wcześniej w sposób formalny, praktyką w tym zakresie - realizowaną przez jego poprzedników na stanowisku wójta gminy. Jednak jako zasadniczą okoliczność wpływającą na wysokość kary należy podnieść, że Regionalna Komisja Orzekająca, uzasadniając orzeczenie w kwestii kary (uzasadnienie to jest w tym zakresie, zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, stanowczo zbyt lakoniczne), powołała się także na fakt ukarania obwinionego w 2011 r. za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Główna Komisja Orzekająca zwraca uwagę na okoliczność, że skoro do popełnienia zarzucanego Obwinionemu czynu doszło w 2009 r., to nie ma podstaw, aby wziąć pod uwagę na jego niekorzyść fakt ukarania go w 2011 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca postanowiła o uchyleniu orzeczenia Komisji I instancji w zakresie kary i wymierzeniu kary pieniężnej w wysokości 0,5 wynagrodzenia Obwinionego, obliczonego w sposób określony w art. 31 ust. 2 uondfp, tj. w wysokości 6.050 zł.

W pozostałej części orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej należało utrzymać w mocy z podanych wyżej przyczyn. Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.