



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 16 listopada 2017 r.

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

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2017 r. odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionego (...) pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Zarządu Zieleni Miejskiej w (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 22 marca 2017 r., sygn. akt: RKO/7100/12/17, którym Komisja Orzekająca uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienia czynu wypełniającego dyspozycję **art. 17 ust 6** ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez to, że w (...) miał się dopuścić naruszenia art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) poprzez zmianę umowy nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn. „Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy (...)” (zadanie nr 3 w postępowaniu nr sprawy DTM-MP.26.11.2015) w zakresie przesunięcia terminu wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Wartością naruszenia dyscypliny finansów publicznych miała być kwota 525.797,84 zł netto stanowiąca wartość szacunkową zamówienia; czas popełnienia czynu miał być tożsamy z dniem dokonania zmian powyższej umowy tj. 2 października 2015 roku, w którym wprowadzono aneks nr 1/2015 do ww. umowy.

Komisja Orzekająca I instancji orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarbu Państwa.

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311) 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 22 marca 2017 r. o sygn. akt: RKO/7100/12/17 Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach (zwana dalej także „Komisją Orzekającą” lub „RKO”), działając na podstawie art. 42 ust. 1, art. 46 pkt 4, art. 51 pkt 4 i art. 135 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, dalej zwanej „uondfp”, po rozpoznaniu sprawy z wniosku o ukaranie z dnia 27 stycznia 2017 r., sygn. akt: Rdfp. 7010/99/16/2 złożonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, Pana Tomasza Szotę, dalej zwanego „Rzecznikiem”, biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uondfp, uniewinniła, ze względu na brak w zarzucanym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, Pana (...), dalej zwanego także „Obwinionym”, pełniącego w momencie zarzucanego czynu funkcję Dyrektora Zarządu Zieleni Miejskiej w (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 6 uondfp poprzez to, że w (...) miał się dopuścić naruszenia art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp” poprzez zmianę umowy nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn. „Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy ZZM (...)” (zadanie nr 3 w postępowaniu nr sprawy DTM-MP.26.11.2015) w zakresie przesunięcia terminu wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Wartością naruszenia dyscypliny finansów publicznych miała być kwota 525.797,84 zł netto stanowiąca wartość szacunkową zamówienia. Czas popełnienia czynu miał być tożsamy z dniem dokonania zmian powyższej umowy tj. 2 października 2015 roku, w którym wprowadzono aneks nr 1/2015 do ww. umowy.

Rozprawa przed RKO odbyła się w dniu 17 marca 2017 roku, z udziałem Obwinionego oraz Rzecznika.

Regionalna Komisja Orzekająca po przeanalizowaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, zważyła i ustaliła co następuje.

Przystępując do rozpatrywania sprawy, RKO dokonała porównania stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia zarzucanego czynu ze stanem obowiązującym w momencie orzekania – mając na uwadze obowiązek wynikający z art. 24 ust. 1 uondfp. Zgodnie z tym przepisem, 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. Oceniając wskazany przez Rzecznika przepis uondfp, tj. art. 17 ust. 6, RKO stwierdziła, że na dzień orzekania brzmiał on następująco: *Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych* zaś na dzień wskazany przez Rzecznika jako data popełnienia czynu, tj. 2 października 2015 r. brzmiał: *Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych*. Wprowadzona zmiana nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy, gdyż w czasie wskazanym jako dzień popełnienia czynu, brzmienie przepisu nie było względniejsze dla Obwinionego, wobec czego należy stosować ustawę w brzmieniu obowiązującym na dzień orzekania.

Kwalifikację prawną według art. 24 ust. 1 uondfp RKO odniosła zarówno do przepisów uondfp jak i do przepisów ustawy Pzp. W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie nowelizacja Prawa zamówień publicznych, wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Wskutek wprowadzonych zmian zmodyfikowano brzmienie przepisu art. 144 ustawy Pzp, który reguluje materię zmiany treści umowy o zamówienie publiczne. Na dzień, który Rzecznik wskazał jako datę popełnienia czynu przepis art. 144 ustawy Pzp brzmiał:

1. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.

Od dnia 28 lipca 2016 roku art. 144 ustawy Pzp przyjął brzmienie następujące:

1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;

2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:

a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,

b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;

6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

1a. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz pkt 4 lit. b, zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

1b. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

1c. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy.

1d. Jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 lit. b i pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień.

1e. Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;

2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

a) 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,

b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,

c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,

d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

2. Postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1-1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu. Na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu.

3. Jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy lub umowy ramowej dopuszczalne zgodnie z ust. 1-1b, 1d i 1e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Komisja Orzekająca uznała, że zmiana przepisu art. 144 ustawy Pzp nie spowodowała, iż brzmienie przepisu na dzień popełnienia czynu było względniejsze dla Obwinionego, a więc zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 uodnfp, zastosowała przepis w brzmieniu obowiązującym w czasie orzekania.

W piśmie z dnia 28 grudnia 2016 r., skierowanym do Rzecznika, Obwiniony podniósł argument, że istotną przyczyną zmiany umowy Nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. była konieczność wykonania prac dodatkowych, które nie były objęte treścią projektu technicznego i kosztorysu inwestorskiego. Dotyczyło to ręcznego odkopania i zabezpieczenia wszystkich istniejących mediów na remontowanym odcinku drogi oraz regulacji ich wysokości. Obwiniony wskazał m.in., że Baza Zarządu Zieleni Miejskiej jest obiektem wybudowanym ponad 45 lat temu. Przez ten okres Zakład przechodził kilkakrotnie zmiany właścicielskie, które spowodowały, że brak było dokumentacji technicznej (powykonawczej) bazy ZZM, którą mógłby wykorzystać projektant modernizacji drogi wewnętrznej bazy. Teren, na którym istnieje baza ZZM, to teren na którym występowały szkody górnicze, a awarie mediów naprawiane były metodą gospodarczą, bez żadnej dokumentacji. Stąd też, w ocenie Obwinionego, dodatkowe prace, o które wnosił wykonawca musiałyby być wykonane z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a nie wykonawcy.

Wyjaśnił ponadto, że dodatkowe prace nie spowodowały żadnych dodatkowych kosztów zadania, a prace te wynikały z potrzeby zlecającego. Wykonawca nie spóźnił się z wykonywaniem prac.

Na rozprawie przed Komisją Orzekającą w dniu 17 marca 2017 r. Obwiniony ponadto wyjaśnił, że przetarg nieograniczony na cztery zadania zastosował dobrowolnie, ponieważ w tym zadaniu były zawarte cztery odrębne umowy na każde z zadań. Dotyczyły one odrębnego miejsca realizacji na terenie (...). Przedmiotem postępowania przed RKO było zadanie trzecie, o wartości 93.516 zł brutto czyli poniżej 30.000 euro. Ponadto Obwiniony podniósł, że wskazana we wniosku o ukaranie wartość 525.797,84 zł nie jest właściwa odnośnie postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Podstawą zawarcia aneksu było rozszerzenie zakresu robót. Wykonawca dodatkowo wykonał trzy prace, nie będące przedmiotem robót ujętych w umowie. Obwiniony podkreślił, iż na drodze wewnętrznej istniało zagrożenie bezpieczeństwa pracowników poprzez istniejący ruch pojazdów dojeżdżających do kompostowni, co skutkowało potrzebą zrobienia dodatkowego chodnika.

Komisja Orzekająca oceniając zgromadzony materiał dowodowy jak i argumenty podniesione przez Obwinionego nie miała wątpliwości, co do stanu faktycznego sprawy. Jak wskazał

Rzecznik we wniosku o ukaranie, w toku realizacji umowy nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn.: „Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy ZZM (...)”, zawarto aneks nr 1/2015 z dnia 2 października 2015 roku, w wyniku którego przesunięto termin realizacji zadania, pomimo braku przewidzenia możliwości takiej zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o przetargu. Na podstawie ww. aneksu przesunięto termin realizacji zadania z 55 dni od daty zawarcia umowy, na dzień: do 26 października 2015 roku. Ponieważ w umowie nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. wskazano termin do 55 dni od zawarcia umowy, to zadanie należało wykonać do dnia 6 października 2015 r. Na podstawie zawartego aneksu wydłużono zatem termin realizacji umowy o 20 dni.

Umowa nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn.: „Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy ZZM przy(...)” została zawarta po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia były 4 zadania:

1. Modernizacja ścieżek w parku (...),
2. Modernizacja drogi wewnętrznej i ścieżek na cmentarzu komunalnym przy (...),
3. Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy ZZM przy (...),
4. Remont kamiennych schodów terenowych na terenie (...).

Wartość szacunkowa zamówienia (na wszystkie ww. 4 zadania) określona została na podstawie kosztorysów inwestorskich na kwotę 525.797,84 zł, co stanowiło równowartość 124.452,14 euro. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

Umowę nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. na zadanie nr 3, tj. na kwotę 93.516 zł brutto, jak i aneks nr 1/2015 z 2 października 2015 r. podpisał Obwiniony.

Komisja Orzekająca nie podzieliła poglądu przedstawionego przez Rzecznika, co do uznania Obwinionego za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W pierwszej kolejności RKO stwierdziła, że Rzecznik nie wskazał przepisu prawa materialnego, którego naruszenia miał się dopuścić Obwiniony. We wniosku o ukaranie Rzecznik wskazał bowiem w sposób ogólny na art. 144 ustawy Pzp. RKO stwierdziła, że w czasie wskazanym przez Rzecznika jako dzień popełnienia czynu art. 144 składał się z dwóch ustępów, zaś na moment orzekania, wskutek dokonanej nowelizacji ustawy Pzp artykuł ten zawiera osiem ustępów (tj. ust. 1, 1a, 1b, 1c, 1d, 1e, 2 i 3). W ocenie Komisji nie było więc wystarczające ogólne wskazanie art. 144 ustawy Pzp bez skonkretyzowania, który ustęp i ewentualnie punkt tej jednostki redakcyjnej naruszył Obwiniony. RKO stwierdziła, że nie można uznać, iż przepis prawa materialnego został poprawnie przytoczony w aspekcie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych i ponadto zaznacza, iż art. 144 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zupełnie nie odnosi się do sytuacji związanej ze zmianą umowy (nie można zatem ich naruszenia przypisywać Obwinionemu). RKO nie miała też uprawnień do rozpatrywania sytuacji określonych w art. 144 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

RKO jest związana wnioskiem o ukaranie popieranym przez Rzecznika i nie może modyfikować treści tego wniosku lub rozszerzać o brakujące elementy. Nie posiada również uprawnień do zwrotu wniosku do uzupełnienia.

Zaznaczyć należy, że zadaniem RKO było rozpatrzenie zarzutu sformułowanego we wniosku i stwierdzenie, czy doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinionego w sposób wskazany we wniosku o ukaranie.

Odnosząc się do warstwy merytorycznej przedstawionego wniosku, Komisja Orzekająca uznała, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, w myśl którego

ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 30.000 euro. RKO wskazała, że Obwiniony podpisał aneks Nr 1/2015 z dnia 2 października 2015 roku do umowy Nr 81/2015 zawartej w dniu 12 sierpnia 2015 roku, a wartość tej umowy wynosiła 93.516 zł brutto, tj. poniżej 30.000 euro. Według Komisji do tej kwoty należy odnieść ocenę przedmiotowej sprawy a nie do wartości szacunkowej całego zamówienia, która wynosiła 525.797,84 zł.

Ustalanie bowiem wartości zamówienia o której mowa w art. 32 ust. 4 ustawy Pzp (w brzmieniu: jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia) zawarte jest w Dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia” (w Rozdziale 2 – Przygotowanie postępowania) ww. ustawy, natomiast zarzucane Obwinionemu dopuszczenie się naruszenia art. 144 ustawy Pzp – ujęte jest w dziale IV „Umowy w sprawie zamówień publicznych”. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje czynności od przygotowania postępowania poprzez jego przeprowadzenie aż do zakończenia w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Poza sporem jest fakt, iż na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy stosować przepisy ujęte w Dziale II ustawy Pzp (czyli od art. 14 do art. 98) w tym art. 32 ust. 1, który stanowi, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. We wniosku o ukaranie zawarte jest stwierdzenie: „Wartością naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest kwota 525.797,84 zł netto stanowiąca wartość szacunkową zamówienia”. Zdaniem Komisji Orzekającej po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i podpisaniu z wykonawcą robót umowy nr 81/2015 w dniu 12 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn. „Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy ZZM (...)” (zadanie nr 3 w postępowaniu o numerze sprawy DTM-MP.26.11.2015) należy uwzględnić fakt, że aneks nr 1/2015 z dnia 2 października 2015 roku dotyczył wynagrodzenia umownego o wartości 93.516 zł – czyli poniżej równowartości 30.000 euro. Zatem według Komisji Orzekającej w rozpatrywanej sprawie, na etapie podpisywania ww. aneksu, uprawnione było zastosowanie art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzucany Obwinionemu czyn podpisania aneksu dotyczył bowiem jedynie jednej konkretnej zmiany umowy: nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. i dlatego wartość jednego z czterech zadań nie może być łączona z wartością szacunkową wszystkich czterech zadań o łącznej wartości 525.797,84 zł.

Dodatkowo Komisja Orzekająca podkreśliła, iż zgodnie z art. 144 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (w brzmieniu: jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy lub umowy ramowej dopuszczalne zgodnie z ust. 1-1b, 1d i 1e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia) przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – na część prac dodatkowych, które nie były objęte treścią projektu technicznego i kosztorysu inwestorskiego, a które wykonawca robót wykonał bez żadnego dodatkowego wynagrodzenia – w tych okolicznościach oznaczałoby, iż bardzo formalna ocena przesłanek zawarcia aneksu przeważałaby aspekt ekonomiczny i gospodarczy niniejszej sprawy, co nie byłoby spójne z aktualnym orzecznictwem Komisji Orzekających odnośnie przypisywania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w tego rodzaju sprawach (por. orzeczenie GKO o sygn. akt: BDF1/4900/102/101/12/2972 z dnia 26 listopada 2012 roku, orzeczenie RKO w Katowicach o sygn. akt: RKO/7100/60/15 z dnia 29 stycznia 2016 r.). Trudno bowiem realistycznie przyjąć, iż w wyniku nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dodatkowe prace (nie objęte treścią projektu technicznego oraz kosztorysu

inwestorskiego – nieobjęte umową nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r.) jakikolwiek oferent zaproponowałby wykonać bez wynagrodzenia.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, RKO na mocy przekonania opartego na ocenie stanu prawnego oraz materiału dowodowego, orzekła o uniewinnieniu Pana (...) od zarzucanego czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ponieważ RKO uniewinniła Obwinionego ze względu na brak w zarzucanym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w uzasadnieniu orzeczenia nie zawarto ustaleń w zakresie, czy odpowiedzialność za ten czyn ponosi Obwiniony, ze szczególnym uwzględnieniem pełnionej funkcji i powierzonych zadań oraz zawinienia. Z tych samych względów RKO nie ustalała także jaki jest stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych.

O kosztach postępowania Komisja rozstrzygnęła w myśl art. 167 ust. 2 uoondfp, zgodnie z którym w przypadku uniewinnienia obwinionego albo umorzenia postępowania, koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Na podstawie art. 134 ust. 2 uoondfp członek składu orzekającego RKO, Pani Anna Baran, złożyła zdanie odrębne do orzeczenia z dnia 22 marca 2017 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: RKO/7100/12/17.

Zgodnie z art. 134 ust. 2 zdanie drugie uoondfp uzasadnienie zdania odrębnego dołącza się do akt sprawy. Treść uzasadnienia powinna obejmować wszystkie te okoliczności, odnośnie do których zgłaszający zdanie odrębne miał pogląd odmienny niż reszta składu orzekającego. Uzasadnienie zdania odrębnego dołączone do uzasadnienia zapadłego orzeczenia jest dokumentem dostępnym dla stron, a argumenty w nim zawarte mogą zostać wykorzystane w przygotowaniu odwołania od orzeczenia. Na zdanie odrębne i jego uzasadnienie strona może powoływać się podczas rozprawy odwoławczej, a także w pismach sporządzanych podczas postępowania.

Składająca zdanie odrębne nie podzieliła argumentacji podniesionej przez RKO w uzasadnieniu orzeczenia z następujących względów.

Składająca zdanie odrębne uważa, że Komisja Orzekająca nietrafnie oceniła, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Zamawiający prowadził w 2015 r. przetarg nieograniczony, którego przedmiotem było:

- 1) Zadanie 1 Modernizacja ścieżek w (...)
- 2) Zadanie 2 Modernizacja drogi wewnętrznej i ścieżek na cmentarzu komunalnym przy (...)
- 3) Zadanie nr 3 Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy ZZM przy (...)
- 4) Zadanie nr 4 Remont kamiennych schodów terenowych na terenie (...).

Zamawiający określił, że jest to zamówienie udzielane w częściach, a jego wartość ustalona na podstawie kosztorysów inwestorskich wynosiła 525.797,84 zł, co stanowiło równowartość 124.452,14 euro. Wartość szacunkowa poszczególnych części zadania wynosiła odpowiednio:

Zadanie 1 – 197.249,45 zł

Zadanie 2 - 102.549,89 zł

Zadanie 3 - 84.960,36 zł

Zadanie 4 – 141.038,14 zł.

Nie ulega wątpliwości, że w tym postępowaniu Zamawiający mógł udzielić tych zamówień w częściach, i słusznie zastosował w tym przypadku przepis art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w świetle którego, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części *zamówienia*.

Dla oceny niniejszej sprawy, zdaniem składającej zdanie odrębne, nie ma znaczenia argument podniesiony przez Obwinionego, iż mógł przeprowadzić odrębne postępowanie dla każdego z tych zadań stosując przepisy właściwe dla wartości każdej części. Niewątpliwym jest bowiem, że tego nie uczynił i prowadził jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający przeprowadził całe postępowanie stosując przepisy właściwe dla tego trybu: zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (numer ogłoszenia w BZP: 159300-2015 z dnia 30.06.2015 r.) oraz na stronie internetowej zamawiającego (od dnia 30.06.2015 r. do dnia 14.07.2015 r.), wyłonił Komisję przetargową, której członkowie złożyli oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, dokonał oceny ofert (w tym odrzucił jednego z oferentów, który złożył ofertę na zadanie nr 1), sporządził informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamieścił ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.08.2015, sporządził i zatwierdził protokół postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Wszystkie te czynności Zamawiający dokonał mając świadomość, że wartość szacunkowa dwóch z 4 części zamówienia stanowi kwotę poniżej 30.000 euro, prowadząc jednak jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego miał świadomość konieczności stosowania przepisów właściwych dla trybu przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 30.000 euro.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu o przetargu Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zadania.

W załączniku nr 5 do s.i.w.z, który stanowił wzór umowy, w § 17 zawarto zapis, zgodnie z którym „Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy”.

Po przeprowadzeniu postępowania Zamawiający zawarł 4 umowy, odrębnie na każde zadanie. Na zadanie nr 3 zawarł w dniu 12 sierpnia 2015 r. umowę Nr 81/2015, określając termin realizacji zadania na: „do 55 dni od daty zawarcia umowy” oraz wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 93.516 zł brutto.

W dniu 2 października 2015 roku Zamawiający zawarł aneks Nr 1/2015 do umowy Nr 81/2015 zawartej w dniu 12 sierpnia 2015 roku, w którym zmienił treść § 5 ust. 1 umowy dotyczący terminu realizacji przedmiotu umowy, określając go: do 26 października 2015 roku. Ponieważ w umowie nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. wskazano termin do 55 dni od zawarcia umowy, to zadanie należało wykonać do dnia 6 października 2015 r. Na podstawie zawartego aneksu wydłużono termin realizacji umowy o 20 dni.

Regionalna Komisja Orzekająca oceniła, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Ponieważ w umowie nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. wartość wynagrodzenia określono na 93.516 zł brutto, to - zdaniem RKO - przy zawieraniu aneksu Zamawiający nie był związany przepisem art. 144 ustawy Pzp regulującym kwestię dopuszczalności zmiany zawartej umowy a tym samym nie doszło do jego naruszenia.

Składająca zdanie odrębne nie podzieliła oceny dokonanej przez Regionalną Komisję Orzekającą. Trudno, jej zdaniem, podzielić pogląd, zgodnie z którym nieistotny jest fakt prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o ile wartość umowy zawartej na 1 z części zadania nie przekracza kwoty 30.000 euro. Przyjęcie koncepcji przedstawionej przez RKO oznaczałoby, że w każdej umowie o wartości poniżej 30.000 euro, zawartej po przeprowadzeniu postępowania przetargowego, nie znajdowałyby zastosowania przepisy ustawy Pzp. Podzielając pogląd przedstawiony przez Komisję Orzekającą należałoby uznać, że Zamawiający dwukrotnie ocenia czy jest obowiązany stosować ustawę Pzp: pierwszy raz ustalając wartość szacunkową zamówienia i drugi raz po podpisaniu umowy na realizację zadania. Składająca zdanie odrębne zwróciła też uwagę, że ustawa Pzp zawiera wiele regulacji, związanych z obowiązkami i prawami zamawiającego jak i wykonawcy po zawarciu umowy. W koncepcji przyjętej przez RKO regulacje ustawy Pzp, które odnoszą się do praw i obowiązków stron po zawarciu umowy, przestawałyby obowiązywać, o ile wartość umowy nie przekraczałyby kwoty 30.000 euro.

Tak przyjęta argumentacja, mogłaby prowadzić do sytuacji, w których dla zamawiającego prowadzącego przetarg nieograniczony o wartości szacunkowej powyżej 30.000 euro, korzystne byłoby zawarcie umowy poniżej tej wartości, bez względu na ocenę możliwości terminowego wykonania zadania, a następnie dowolne kształtowanie treści tej umowy aneksami, nie tylko w zakresie terminu ale i innych jej warunków. Zgodnie bowiem z koncepcją przedstawioną przez RKO strony nie byłyby już związane przepisami ustawy Pzp.

Zdaniem składającej zdanie odrębne w sytuacji, którą oceniała RKO, wartość całego zamówienia miała decydujące znaczenie dla zastosowania przepisów ustawy nie tylko do momentu zawarcia umowy ale również w czynnościach dokonywanych po jej zawarciu. Ponieważ łączna wartość zamówienia przewyższała określone w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp kwoty obligujące do stosowania przepisów ustawy, to zamawiający zobowiązany był do ich przestrzegania również przy zawieraniu aneksu do umowy. Było to bowiem jedno zamówienie publiczne, w ramach którego zawarto 4 umowy.

Istotne w niniejszej sprawie, zdaniem składającej zdanie odrębne, są również zapisy zawartej umowy. § 15 zawartej umowy zawierał zapis: „*Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy*”. Z kolei w § 17 umowy zapisano: „*W sprawach nie uregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego i ustawy Prawo Zamówień Publicznych*”. Jasno więc z zapisu samej umowy wynika, że mimo iż jej wartość wynosiła poniżej 30.000 euro strony umowy miały świadomość obowiązku stosowania przepisów Prawo zamówień publicznych w kwestiach tą umową nieuregulowanych (a więc i w kwestii możliwości jej zmiany).

Należy również zwrócić uwagę, że w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert dla każdego z zadań określono następująco: cena- 80%, termin realizacji – 20%. Termin realizacji zadania miał więc istotny wpływ na wybór wykonawcy, a jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca z którym zawarto umowę uzyskał w trakcie oceny 289,08 punktów, podczas gdy kolejny z oferentów 288,78 punktów. Gdyby więc wykonawca z którym zawarto umowę przedłożył ofertę z dłuższym terminem realizacji zadania (który uzyskał zawierając aneks), nie zostałby wybrany w niniejszym postępowaniu.

Za szczególnie nietrafne składająca zdanie odrębne uważa przywołanie w kontekście rozpatrywanej sprawy orzeczenia GKO o sygn. akt: BDF1/4900/102/101/12/2972 z dnia 26 listopada 2012 roku oraz orzeczenia RKO w Katowicach o sygn. akt: RKO/7100/60/15

z dnia 29 stycznia 2016 r. i podnoszenie argumentacji o ewentualnej niespójności z aktualnym orzecznictwem komisji orzekających odnośnie przypisywania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w tego rodzaju sprawach.

Składająca zdanie odrębne zwróciła uwagę że zarówno orzeczenie GKO o sygn. akt: BDF1/4900/102/101/12/2972 z dnia 26 listopada 2012 roku jak i orzeczenie RKO w Katowicach o sygn. akt: RKO/7100/60/15 z dnia 29 stycznia 2016 r. dotyczyły spraw o zupełnie innym charakterze. W obu z nich komisje orzekające oceniały zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych określony w art. 17b ust. 1 pkt 2 uońdftp poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pomimo braku przesłanek do zastosowania tego trybu (w pierwszej ze spraw zarzut naruszenia art. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy Pzp w drugiej zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Nie można więc tutaj mówić o „tego rodzaju sprawach”, wręcz odwrotnie – są to sprawy różnego rodzaju. Na marginesie zaznaczono, że w obu z nich komisje orzekające umorzyły postępowanie na podstawie art. 78 ust.1 pkt 7 uońdftp mając na uwadze znikomą szkodliwość czynu dla finansów publicznych. Obie komisje uznały więc, że czyn miał miejsce (a więc przepisy ustawy Pzp zostały naruszone) a tylko ocena jego szkodliwości dla finansów publicznych pozwoliła na umorzenie prowadzonego postępowania. W niniejszej sprawie Komisja Orzekająca oceniła zaś, że Obwiniony działał zgodnie z przepisami prawa.

Komisja Orzekająca oceniła również, że w rozpoznawanej sytuacji zawarcie aneksu było uzasadnione z uwagi na fakt iż wykonawca wykonał roboty dodatkowe (nie objęte treścią projektu technicznego oraz kosztorysu inwestorskiego – nieobjęte umową nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r.), które nie zmieniały kwoty wynagrodzenia umownego. W tym kontekście RKO przytoczyła argument, iż: „ (...) *przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – na część prac dodatkowych, które nie były objęte treścią projektu technicznego i kosztorysu inwestorskiego, a które wykonawca robót wykonał bez żadnego dodatkowego wynagrodzenia – w tych okolicznościach oznaczałoby, iż bardzo formalna ocena przesłanek zawarcia aneksu przeważałaby aspekt ekonomiczny i gospodarczy niniejszej sprawy (...)*”. Z tak postawionego argumentu wywnioskować można, że RKO oceniając zgodność z przepisami prawa postępowania Obwinionego nie była do końca przekonana o jego słuszności ale wzięła również pod uwagę okoliczności, w których działał. To zaś, zdaniem składającej zdanie odrębne, mogłoby stanowić przesłankę do złagodzenia kary lub umorzenia postępowania, nie zaś do uznania iż Obwiniony postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odnosząc się do faktu podniesionego przez Komisję Orzekającą dotyczącego nieprawidłowego wskazania przez Rzecznika przepisu prawa materialnego, który miał zostać naruszony przez Obwinionego, składająca zdanie odrębne uważa, że na podstawie przedłożonego przez Rzecznika wniosku Komisja Orzekająca bez wątpliwości mogła rozpoznać zarzut stawiany Obwinionemu w kontekście naruszonego przepisu ustawy Pzp. Rzecznik zarzucił Obwinionemu naruszenie art. 144 ustawy Pzp poprzez zmianę umowy Nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn. „Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy ZZM (...)”, w zakresie przesunięcia terminu wykonania zamówienia. Niewątpliwie to art. 144 ustawy Pzp, wskazany przez Rzecznika, reguluje dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a mówiąc dokładniej, określa sytuacje, w których zamawiający może dokonać czynności prawnej polegającej na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Składająca zdanie odrębne zauważyła, że również w literaturze odnoszącej się do kwestii odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych autorzy często wskazują ogólnie art. 144 ustawy Pzp w kontekście naruszenia określonego w art. 17 ust. 6 uońdftp. I tak np. w pozycji: „Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz” Katarzyna Borowska, Anna Kościńska –

Paszkowska, Tomasz Bolek, Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2012, na str. 142 wskazano: „*Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów p.z.p. stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymienione w art. 17. ust. 6 u.o.n.d.f.p. Przepisem ustawy określającym dopuszczalne działania zamawiającego jest art. 144 p.z.p., zawierający zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany (...)*”.

W pozycji: *Dyscyplina finansów publicznych – stan obecny i kierunki zmian. Materiały i orzecznictwo.* Redaktorzy: Marcin Smaga, Mateusz Winiarz Wydawca: Grupa Ergo Sp. z o.o., Kraków 2011, na str.154 wskazano: „, (...) 14) *naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Wskazany czyn jest ustalony tak jak dotychczas w art. 17 ust. 6 Udfp. Przepis artykuł 144 Pzp określa sytuacje, w których zamawiający może dokonać czynności prawnej polegającej na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego (...)*”.

W pozycji: *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzie prawidłowej gospodarki sektora publicznego.* Wydawnictwo Publicus, Kraków 2013, na str. 251 wskazano: „(...) 8. *Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 6 u.d.f.p.) Z wykładni gramatycznej powołanego przepisu wynika jednoznacznie, że ustawodawca nie zakazuje dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wprowadza natomiast nakaz, aby zmiany były dokonywane wyłącznie w warunkach przewidzianych w przepisach Pzp. Dopuszczalność dokonywania takich zmian przewidziana jest w treści art. 144 Pzp. Przepis ten zakazuje dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu lub specyfikacji oraz określił jej warunki. (...)*”

Komisja Orzekająca trafnie wskazała, że w czasie wskazanym przez Rzecznika jako czas popełnienia naruszenia artykuł ten zawierał dwa ustępy, natomiast na moment orzekania na skutek dokonanej nowelizacji ustawy Pzp zawierał osiem ustępów. Do dokonanej nowelizacji ustawy w zakresie artykułu 144, Rzecznik odniósł się obszernie w uzasadnieniu wniosku, komentując kolejno wszystkie modyfikacje dokonane przez ustawodawcę w zakresie ust. 1 tego przepisu. W złożonym wniosku Rzecznik zarzucił Obwinionemu iż dokonał zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo iż taka możliwość nie wynikała z przepisów ustawy Pzp, czyli żaden z przypadków opisanych w art. 144 ustawy Pzp (dopuszczających taką zmianę) w niniejszym przypadku nie zaistniał. Komisja Orzekająca wprawdzie trafnie wskazała, że zarówno na dzień dokonania czynu jak i na dzień naruszenia wskazany art. 144 zawierał, poza ust. 1, jeszcze inne ustępy, dotyczą one jednak sytuacji, których nie można powiązać z czynem zarzucanym Obwinionemu. RKO oceniła, że nie miała uprawnień do rozpatrywania sytuacji określonych w art. 144 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, ale przecież Rzecznik żadnej z takiej sytuacji we wniosku nie wskazał. Ponadto Komisja Orzekająca odniosła się obszernie do warstwy merytorycznej zarzucanego naruszenia, nie wydaje się zatem zasadne twierdzenie, że mogła mieć wątpliwości w ocenie, który przepis został naruszony.

Reasumując, składająca zdanie odrębne stwierdziła, że wskazany przez Rzecznika przepis w niniejszej sytuacji był wystarczający do rozpatrzenia zarzutu a podstawą do oceny czy doszło w niniejszej sytuacji do naruszenia dyscypliny finansów publicznych powinna być jedynie

ocena czy Obwiniony mógł w zaistniałym stanie faktycznym zawrzeć aneks, w którym zmieniono termin realizacji umowy.

Odwołanie od orzeczenia RKO - na niekorzyść Obwinionego – złożył, na podstawie art. 137 ust. 5 uondfp, pismem z dnia 21 kwietnia 2017 r., Rzecznik.

Wniósł o uchylenie orzeczenia Komisji I instancji oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach.

Zgodnie z art. 138 ust. 5 uondfp w treści środka zaskarżenia należy określić, jakiego rozstrzygnięcia domaga się skarżący. Środek zaskarżenia wnoszony przez rzecznika dyscypliny lub obrońcę powinien zawierać także zarzuty stawiane zaskarżanemu rozstrzygnięciu.

Rzecznik nie wskazał wprost w treści odwołania, które przepisy i w jaki sposób naruszyła RKO poprzez wydanie zaskarżonego orzeczenia. W treści uzasadnienia odwołania Rzecznik wskazał m.in. na art. 24 ust. 1, art. 26, art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uondfp, nie formułując jednak wprost w odniesieniu do zastosowania przez RKO tych przepisów zarzutów odwoławczych i wniosków. Nowa argumentacja prawna Rzecznika, wykraczająca poza zakres wskazany we wniosku o ukaranie, dotyczy w pewnym stopniu przepisów art. 4 pkt 8, art. 32 ust. 4 ustawy Pzp oraz częściowo art. 144 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w wyniku nowelizacji ustawy, która weszła w życie 28 lipca 2016 r.).

W uzasadnieniu odwołania Rzecznik powielił w znacznej części treść uzasadnienia wniosku o ukaranie z dnia 27 stycznia 2017 r., sygn. akt: Rdfp. 7010/99/16/2. Uzasadnienie odwołania od zdania „(...) *Do Rzecznika dyscypliny finansów publicznych wpłynęło zawiadomienie AK W.3251.2.2016 z dnia 28 września 2016 r. o okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych w Zarządzie Zieleni Miejskiej w (...), złożone przez Prezydenta Miasta (...). (...)*” do zdania „(...) *W ocenie rzecznika, w przedmiotowej sprawie powinien mieć miejsce zastosowanie przepisu nowego, zgodnie z ogólną regułą. Zarówno nowy, jak i stary stan prawny został naruszony opisanym stanem faktycznym. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że przepis w starym brzmieniu jest względniejszy dla sprawcy czynu. (...)*” stanowi dokładne powtórzenie uzasadnienia wniosku o ukaranie.

Reasumując najważniejsze stwierdzenia wynikające z treści wskazanego powyżej fragmentu uzasadnienia odwołania (stanowiącego uprzednio uzasadnienie wniosku o ukaranie), wskazać należy, że Rzecznik dokonując analizy stanu faktycznego, a następnie dokonując kwalifikacji prawnej czynu uwzględnił dyspozycję art. 24 ust. 1 uondfp. Zgodnie z przytoczonym przepisem 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 ocenie Rzecznika obowiązek analizy stanu faktycznego kwalifikacją prawną według art. 24 ust. 1 uondfp dotyczy nie tylko przepisów uondfp, ale również przepisów merytorycznych, w tym przypadku ustawy Pzp.

Rzecznik podkreślił, że w dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie nowelizacja ustawy Pzp wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Wskutek wprowadzonych zmian zmodyfikowano brzmienie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, który reguluje materię zmiany treści umowy o zamówienie.

Zdaniem Rzecznika żadna z zawartych w tym przepisie przesłanek warunkujących zmianę umowy nie została spełniona. Warunki zmiany umowy określone w pkt 1 są powtórzeniem przepisu art. 144 ust. 1 sprzed zmiany ustawy Pzp. Punkty 2,3,6 dotyczą zmiany zakresu przedmiotowego umowy i są konsekwencją uchylecia z dniem 28 lipca 2016 r. konstrukcji zamówienia dodatkowego, i wprowadzenia możliwości zmiany zakresu przedmiotu zamówienia w ramach zmiany umowy, zatem z istoty rzeczy nie mogą dotyczyć zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia. Punkt 4 dotyczy zmiany osoby wykonawcy i nie ma zastosowania do przedmiotowego czynu. Nie jest też spełniona przesłanka określona w pkt 5, gdyż zmiana terminu wykonania umowy (tym bardziej w sytuacji gdy skrócenie terminu realizacji zamówienia było jednym z kryteriów oceny ofert) jest zmianą istotną umowy, mając na uwadze przepis art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zgodnie z którym : *Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, a 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.* W ocenie Rzecznika jest prawdopodobnym, że gdyby wykonawcy przystępujący do postępowania o zamówienie wiedzieli o faktycznym terminie zakończenia robót, wprowadzonym aneksem do umowy, skonstruwaliby oferty innej treści, lub stan ten mógłby mieć wpływ na udział w postępowaniu innych wykonawców.

Finalnie, w ocenie Rzecznika, w przedmiotowej sprawie powinien mieć miejsce zastosowanie przepisu nowego, zgodnie z ogólną regułą. Zarówno nowy, jak i stary stan prawny został naruszony opisanym stanem faktycznym. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że przepis w starym brzmieniu jest względniejszy dla sprawcy czynu.

Poza tym Rzecznik podniósł w uzasadnieniu odwołania, że na podstawie art 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 uoondfp RKO uniewinniła Obwinionego od powyższego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 uoondfp. Rzecznik stwierdził, że w uzasadnieniu orzeczenia podniesiono dwa zarzuty, dotyczące wniosku o ukaranie:

I. Zarzut niewskazania przepisu materialnego.

Rzecznik nie zgodził się z zarzutem zaniechania wskazania przepisu prawa materialnego, jaki został naruszony zarzucanym czynem. Argumentował, że art. 144 ustawy Pzp w wyniku nowelizacji ustawy, która weszła w życie 28 lipca 2016 r., zmienił zasadniczo swoje dotychczasowe brzmienie. Obecnie obowiązujący przepis w ust. 1 wprowadza generalną zasadę zakazu zmian treści umowy o zamówienie, jednocześnie wyliczając wyjątki - okoliczności uprawniające do legalnej zmiany umowy o zamówienie publiczne. Kolejne ustępy powyższego przepisu zawierają szereg postanowień dodatkowych, o charakterze uzupełniającym, które doprecyzowują postanowienia ustępu pierwszego, precyzując przesłanki oraz wymagania formalne, których spełnienie warunkuje wystąpienie okoliczności uzasadniających prawidłową zmianę umowy. W ocenie Rzecznika art. 144 ustawy Pzp, jako cała jednostka redakcyjna w sposób kompleksowy i wyłączny w całej ustawie regulują tematykę zmiany umowy o zamówienie. Skomplikowana budowa tego przepisu uzasadnia postrzeganie go jako całości, nie zaś jako poszczególnych, niezależnych ustępów, stąd wskazanie w sentencji wniosku art. 144 ustawy Pzp, Rzecznik uznał za zasadne.

II. Zarzut niedopełnienia czynu na gruncie zamówień publicznych.

Rzecznik nie zgodził się ze stwierdzeniem RKO, że skoro wartość udzielonego zamówienia tj. kwota wynagrodzenia określonego w umowie nr 81/2015 wynosiła 93.516 zł, to przedmiotowe zamówienie nie może być postrzegane przez pryzmat ustawy Pzp.

Zdaniem Rzecznika o tym, czy zamówienie powinno być postrzegane na gruncie Prawa zamówień publicznych decyduje nie wartość umowy lecz wartość szacunkowa zamówienia. Art. 32 ustawy Pzp i następne rozstrzygają tę kwestię w sposób nie budzący wątpliwości. Mając na uwadze, że w opisywanym przypadku mamy do czynienia z 4 zamówieniami częściowymi, zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Ten sposób ustalania wartości zamówienia został właśnie zastosowany przez zamawiającego. Wartość szacunkowa zamówienia ustalona zgodnie z ww. przepisami wynosiła 525.797,84 zł netto, zatem przekraczała wartość progową stosowania przepisów ustawy pzp, która wynosiła zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp równowartość 30.000 euro tj. 126.747 zł netto (kurs 4,2249). Co do kwestii przywołanej przez Komisję kwoty wynagrodzenia umownego - 93.516 zł, Rzecznik zauważył, że nawet gdyby tę wartość uznać jako wartość naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 26 uoondfp, to zgodnie z tym przepisem, w zakresie naruszeń dyscypliny finansów publicznych na gruncie zamówień publicznych nie bada się wartości naruszenia, jako warunku prowadzenia postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Uwzględniając powyższe Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także „GKO”) ustaliła i zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu w dniu 16 listopada 2017 r. rozprawy przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Pana Pawła Laudańskiego, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, postanowiła utrzymać w mocy orzeczenie RKO.

Stosownie do brzmienia art. 145 ust. 1 uoondfp GKO rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania.

Zgodnie z art. 146 ust. 2 uoondfp w przypadku wniesienia odwołania na niekorzyść obwinionego, który został uniewinniony przez komisję orzekającą lub co do którego postępowanie umorzono, Główna Komisja Orzekająca nie może wydać orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jeżeli jednak uzna, że przypisanie tej odpowiedzialności jest uzasadnione, przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania.

GKO dokonując, w związku z wniesionym odwołaniem, kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia nie stwierdziła okoliczności uzasadniających, w oparciu o kompetencję wynikającą z art. 147 ust. 1 uoondfp, uchylenie rozstrzygnięcia RKO.

W pierwszej kolejności GKO wskazuje, iż rozstrzygnięcie Komisji jest prawidłowe pod względem formalnym. Zawiera elementy przedmiotowo istotne, wskazane w art. 135 ust. 2 uoondfp.

Ponadto, weryfikacja zaskarżonego rozstrzygnięcia RKO doprowadziła GKO do wniosku, iż Komisja prawidłowo ustaliła stan faktyczny w oparciu o zgromadzone dowody. GKO nie ma wątpliwości, co do ustalonych w uzasadnieniu orzeczenia RKO okoliczności faktycznych sprawy.

GKO dokonała własnej oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 uoondfp nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie

obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla sprawcy.

GKO, w ślad za RKO, uznała, że zmiana przepisu art. 144 ustawy Pzp nie spowodowała, iż brzmienie przepisu na dzień popełnienia czynu było względniejsze dla Obwinionego, a więc zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 uodnfp, w czasie orzekania zastosowała przepis w brzmieniu obecnie obowiązującym. Pomimo braków w zakresie wskazania we wniosku o ukaranie w sposób ścisły i precyzyjny przepisu prawa materialnego, z którego można by wyinterpretować treść normy sankcjonowanej, w ocenie GKO, treść przepisu art. 144 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym w wyniku nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie 28 lipca 2016 r., nie jest mniej korzystna niż przepis art. 144 ustawy Pzp obowiązujący w chwili popełnienia czynu. Nowelizacja art. 144 jest postrzegana jako liberalizacja warunków w zakresie dopuszczalnej, w świetle przepisów ustawy Pzp, zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W dotychczasowym stanie prawnym zmiana istotnych postanowień umowy była możliwa jedynie wówczas, gdy zamawiający przewidział taką ewentualność w dokumentach zamówienia oraz określił jej warunki. Art. 144 ustawy Pzp określa także inne sytuacje, w których możliwa jest zmiana umowy.

W konsekwencji do oceny popełnienia przedmiotowego czynu, GKO postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, uznając, iż przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego czynu nie są względniejsze dla Obwinionego.

GKO utrzymała w mocy orzeczenie RKO, pomimo, że podziela w pełni ocenę prawną w zakresie dotyczącym wykładni przepisów art. 4 pkt 8 oraz art. 32 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do ustalonego w orzeczeniu RKO stanu faktycznego, dokonaną przez Rzecznika oraz członka składu orzekającego RKO, Panią Annę Baran, która złożyła zdanie odrębne do orzeczenia z dnia 22 marca 2017 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: RKO/7100/12/17. Wadliwość uzasadnienia orzeczenia RKO w przedstawionym powyżej zakresie nie przesądza jednak, w ocenie GKO, o wadliwości zaskarżonego orzeczenia RKO.

RKO, w ocenie GKO, w sposób nieprawidłowy zinterpretowała treść przepisów art. 4 pkt 8 oraz art. 32 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do ustalonego w orzeczeniu RKO stanu faktycznego. GKO przyjmuje jako prawidłową wykładnię tych przepisów dokonaną przez Rzecznika oraz członka składu orzekającego RKO, Panią Annę Baran, która złożyła zdanie odrębne do orzeczenia z dnia 22 marca 2017 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: RKO/7100/12/17. W konsekwencji GKO w pełni podziela pogląd, że to wartość całego zamówienia miała decydujące znaczenie dla zastosowania przepisów ustawy nie tylko do momentu zawarcia umowy, ale również w czynnościach dokonywanych po jej zawarciu. Ponieważ łączna wartość zamówienia przewyższała określone w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp kwoty obligujące do stosowania przepisów ustawy Pzp, to zamawiający zobowiązany był do ich przestrzegania również przy zawieraniu aneksu do umowy. Było to bowiem jedno zamówienie publiczne, w ramach którego zawarto 4 umowy.

Jako prymarną i uniemożliwiającą GKO podjęcie odmiennego rozstrzygnięcia niż utrzymanie w mocy zaskarżonego przez Rzecznika orzeczenia RKO, GKO przyjęła argumentację prawną RKO zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia w zakresie dotyczącym zbyt ogólnego wskazania przez Rzecznika we wniosku o ukaranie przepisu prawa materialnego art. 144 ustawy Pzp, zawierającego większą liczbę norm sankcjonowanych, niż tylko normy sankcjonowane odnoszące się do treści normy sankcjonującej określonej w przepisie art. 17 ust. 6 uodnfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

GKO podziela stanowisko RKO, która stwierdziła, że Rzecznik nie wskazał przepisu prawa materialnego, którego naruszenia miał się dopuścić Obwiniony. We wniosku o ukaranie Rzecznik wskazał bowiem w sposób ogólny na art. 144 ustawy Pzp. RKO wskazała, że w czasie wskazanym przez Rzecznika jako dzień popełnienia czynu art. 144 składał się z dwóch ustępów, zaś na moment orzekania, wskutek dokonanej nowelizacji ustawy Pzp artykuł ten zawiera osiem ustępów (tj. ust. 1, 1a, 1b, 1c, 1d, 1e, 2 i 3). W ocenie RKO nie jest więc wystarczające ogólne wskazanie art. 144 ustawy Pzp bez skonkretyzowania, który ustęp i ewentualnie punkt tej jednostki redakcyjnej naruszył Obwiniony. GKO podziela pogląd RKO, że nie można uznać, iż przepis prawa materialnego został poprawnie przytoczony w aspekcie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz twierdzenie RKO, że art. 144 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zupełnie nie odnosi się do sytuacji związanej ze zmianą umowy (nie można zatem ich naruszenia przypisywać Obwinionemu). RKO nie miała też uprawnień do rozpatrywania sytuacji określonych w art. 144 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do twierdzeń RKO, że:

1. RKO jest związana wnioskiem Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o ukaranie i nie może modyfikować treści tego wniosku lub rozszerzać o brakujące elementy. Nie posiada również uprawnień do zwrotu wniosku do uzupełnienia;
2. zadaniem RKO jest rozpatrzenie zarzutu sformułowanego we wniosku i stwierdzenie, czy doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez Obwinionego w sposób wskazany we wniosku o ukaranie;

GKO wskazuje na następujące przepisy uondfp i poglądy doktryny w analizowanym zakresie.

Wniosek o ukaranie jest aktem warunkującym postępowanie przed komisją orzekającą w przedmiocie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Stanowi on żądanie skierowane do komisji orzekającej o stwierdzenie zawinonego popełnienia przez obwinionego naruszenia dyscypliny finansowej i wyciągnięcia odpowiednich konsekwencji prawnych. Wniesienie wniosku o ukaranie rozpoczyna nowy etap postępowania, tj. postępowanie przed komisją orzekającą. Szczególna funkcja wniosku o ukaranie polega na tym, że wyznacza on granice podmiotowe oskarżenia, poprzez wskazanie osób obwinionych, oraz przedmiotowe, określając czyn lub czyny zarzucane obwinionemu lub obwinionym. Istotna jest również funkcja obligująca wniosku o ukaranie, zobowiązująca komisję orzekającą do rozpoznania sprawy w określonych w nim granicach podmiotowo-przedmiotowych (Ludmiła Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II).

Art. 110 uondfp precyzuje wymogi formalne wniosku o ukaranie. Zgodnie z art. 110 ust. 1 pkt 4) uondfp określenie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz ze wskazaniem sposobu i czasu jego popełnienia, naruszonego przepisu prawa oraz przepisu ustawy określającego to naruszenie.

Podkreślenia wymaga, że uondfp jest zbiorem norm sankcjonujących zachowania sprzeczne z zachowaniami nakazanymi przepisami ustaw szczególnych, które regulują gospodarkę finansową jednostek sektora finansów publicznych. Precyzyjne wskazanie we wniosku o ukaranie przepisu prawa materialnego jest elementem koniecznym, aby mówić o prawidłowym pod względem formalnym na gruncie przepisów uondfp wniosku o ukaranie.

Braki formalne wniosku mogą być sanowane w trybie określonym w art. 112 ust. 2 uondfp, zgodnie z którym jeżeli wniosek o ukaranie nie odpowiada warunkom wymienionym w art. 110 ust. 1 i 2, przewodniczący komisji orzekającej, w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania, zarządza zwrot wniosku do uzupełnienia organowi, który z nim wystąpił.

Przedmiotem kontroli są warunki formalne wniosku o ukaranie, kontrola obejmuje wyłącznie sprawdzenie, czy skarga oskarżyciela zawiera wszystkie elementy, jakich wymagają przepisy postępowania. Na tym etapie nie jest możliwe ustalenie, czy dane te odpowiadają materiałom sprawy. Przewodniczący komisji orzekającej nie jest uprawniony do ingerowania w meritum sprawy, w szczególności nie może oceniać zasadności zarzutów postawionych przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych. W orzeczeniu z dnia 9 czerwca 2011 r., BDF1/4900/32/37/11/1349, Biul. NDFP 2011, nr 3, poz. 6, GKO, podkreślając znaczenie kompetencji wynikających z art. 112, zaznaczyła, że pomimo wykonywania przez przewodniczącego komisji orzekającej wstępnej kontroli wniosku o ukaranie nie można wykluczyć hipotetycznej sytuacji, w której przewodniczący nadałby bieg sprawie z naruszeniem przepisów, co z kolei uprawniałoby - w określonych sytuacjach - orzekającą w sprawie komisję nawet do umorzenia postępowania, jeżeli wad wniosku o ukaranie nie można byłoby konwalidować poprzez późniejsze czynności procesowe (Ludmiła Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II).

W świetle powyższego, w ocenie GKO, w analizowanej sprawie brak było formalnej możliwości zarządzenia zwrotu wniosku Rzecznikowi do uzupełnienia na podstawie art. 112 ust. 2 uondfp w zakresie wynikającym z art. 110 ust. 1 pkt 4 uondfp, ponieważ we wniosku został wskazany w sposób ogólny art. 144 ustawy Pzp (potencjalna norma sankcjonowana). Dociekanie przez Przewodniczącego RKO na etapie weryfikacji formalnej wniosku o ukaranie, czy wskazany przez Rzecznika we wniosku o ukaranie przepis art. 144 ustawy Pzp został wskazany wystarczająco precyzyjnie, wykracza poza ramy normatywne określone przepisem art. 112 ust. 2 uondfp i prowadziłoby w istocie do przestąpienia przez Przewodniczącego RKO do przedwczesnego, merytorycznego rozpoznania sprawy. W tym tylko kontekście GKO interpretuje stwierdzenie zawarte w orzeczeniu RKO, że RKO „(...) nie posiada również uprawnień do zwrotu wniosku do uzupełnienia (...)”.

Rzecznik we wniosku o ukaranie dokonuje wstępnej kwalifikacji prawnej zarzutu, wskazując przepis, pod który zarzucany czyn podpada. Komisja orzekająca nie jest tym wskazaniem związana. Stosownie do art. 131 uondfp skład orzekający może dokonać zmiany kwalifikacji prawnej (pod warunkiem, że przewodniczący składu poinformuje o tym obecne na rozprawie strony), jednakże nie może przekroczyć granic wniosku (orzeczenie GKO z dnia 12 listopada 2009 r., BDF1/4900/64/64/09/2231).

Kwalifikacja prawna obejmuje ustalenie (w drodze subsumcji) normy prawnej odnoszącej się do danego stanu faktycznego. Inaczej jest to przyporządkowanie czynu określonemu przepisowi prawa. Kwalifikacja prawna jest podstawą do określenia sankcji – prawnych następstw danego czynu (sytuacji).

Zmiana kwalifikacji prawnej to jednak zmiana prawnego obrazu tego samego zdarzenia faktycznego. Zmiana kwalifikacji nie może oznaczać zmiany przedmiotowego (i podmiotowego) zakresu postępowania - musi istnieć tożsamość czynu (orzeczenie GKO z dnia 12 listopada 2009 r., BDF1/4900/64/64/09/2231).

Zmiana kwalifikacji może wynikać z błędnej subsumcji dokonanej przez rzecznika dyscypliny bądź inny organ, który wystąpił z wnioskiem o ukaranie, lub też ze wzbogacenia materiału dowodowego na rozprawie (Ludmiła Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II).

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z art. 138 ust. 5 uondfp 5 w treści środka zaskarżenia należy określić, jakiego rozstrzygnięcia domaga się skarżący. Środek zaskarżenia wnoszony przez rzecznika dyscypliny lub obrońcę powinien zawierać także zarzuty stawiane zaskarżanemu rozstrzygnięciu.

W odwołaniu Rzecznik nie podniósł zarzutu niezastosowania przez RKO art. 131 ust. 1 uoondfp i niedokonania zmiany kwalifikacji prawnej zarzucanego czynu. Rzecznik nie sformułował w tym zakresie jednoznacznego zarzutu bądź wniosku.

Rzecznik konsekwentnie twierdzi w uzasadnieniu odwołania, podobnie jak w uzasadnieniu wniosku o ukaranie, że wskazanie przez Rzecznika we wniosku o ukaranie w sposób ogólny przepisu art. 144 ustawy Pzp czyni zadość wymaganiom wynikającym z przepisów uoondfp.

Rzecznik w treści odwołania uzupełniając dotychczasową argumentację zawartą we wniosku o ukaranie wskazał, że obecnie obowiązujący przepis w ust. 1 wprowadza generalną zasadę zakazu zmian treści umowy o zamówienie, jednocześnie wyliczając wyjątki - okoliczności uprawniające do legalnej zmiany umowy o zamówienie publiczne. Kolejne ustępy powyższego przepisu zawierają szereg postanowień dodatkowych, o charakterze uzupełniającym, które doprecyzowują postanowienia ustępu pierwszego, precyzując przesłanki oraz wymagania formalne, których spełnienie warunkuje wystąpienie okoliczności uzasadniających prawidłową zmianę umowy. W ocenie Rzecznika art. 144 ustawy Pzp jako cała jednostka redakcyjna w sposób kompleksowy i wyłączny w całej ustawie regulują tematykę zmiany umowy o zamówienie. Skomplikowana budowa tego przepisu uzasadnia postrzeganie go jako całości, nie zaś jako poszczególnych, niezależnych ustępów, stąd wskazanie w sentencji wniosku art. 144 ustawy Pzp, Rzecznik uznał za zasadne.

GKO, odnosząc się do powyższych twierdzeń Rzecznika zawartych w odwołaniu, wskazuje, że Rzecznik konsekwentnie pomija okoliczność, że art. 144 ustawy Pzp po nowelizacji nie dotyczy wyłącznie i ściśle norm regulujących kwestie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co więcej sam Rzecznik w uzasadnieniu wniosku o ukaranie, a potem w uzasadnieniu odwołania, dokonał wstępnej analizy jedynie niektórych fragmentów art. 144 ustawy Pzp tj. art. 144 ust. 1 pkt1)-5) oraz art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do argumentów podnoszonych w uzasadnieniu zdania odrębnego do orzeczenia z dnia 22 marca 2017 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: RKO/7100/12/17, że również w literaturze odnoszącej się do kwestii odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych autorzy często wskazują ogólnie art. 144 ustawy Pzp w kontekście naruszenia określonego w art. 17 ust.6 uoondfp, GKO wskazuje, że wszystkie publikacje przywołane w uzasadnieniu zdania odrębnego jako przemawiające za możliwością ogólnego wskazania art. 144 odnoszą się do stanu prawnego sprzed nowelizacji ustawy Pzp wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Ponadto niezasadne, w ocenie GKO, wydaje się porównywanie niesformalizowanego sposobu prowadzenia wywodów prawnych w literaturze przedmiotu do ściśle określonej procedury i wymogów formalnych wynikających z przepisów uoondfp w zakresie dotyczącym postępowania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W konsekwencji GKO nie podzieliła także stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika, który opierając się na argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania poparł odwołanie.

Ze względu na ogólne wskazanie przez Rzecznika art. 144 ustawy Pzp jako przepisu, którego naruszenia miał się dopuścić Obwiniony GKO uznaje za odpowiadające przepisom prawa orzeczenie RKO uniewinniające Obwinionego, że względu na brak w zarzucanym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 6 uoondfp poprzez to, że w (...) miał się dopuścić naruszenia art. 144 ustawy Pzp poprzez zmianę umowy nr 81/2015 z dnia 12 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn. „Modernizacja drogi wewnętrznej na terenie bazy

ZZM (...)” (zadanie nr 3 w postępowaniu nr sprawy DTM-MP.26.11.2015) w zakresie przesunięcia terminu wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zarzucanym czynie (art. 78 ust. 1 pkt 2 uodfp) ma miejsce wówczas, gdy czyn miał miejsce, jednakże nie zawiera on wszystkich ustawowych znamion określonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Przesłanka ta, również o charakterze materialnoprawnym, odnosi się nie tyle do faktycznej podstawy prowadzenia postępowania, ile do prawnej oceny czynu. Czyn, który nie wypełnia wszystkich ustawowych znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jest w ocenie prawa czynem legalnym. Znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych podlegają ścisłej wykładni językowej, natomiast pozostałe sposoby interpretacji, uwzględniające kontekst społeczny, ekonomiczny oraz aksjologiczny (wykładnia funkcjonalna) pełnią rolę subsydiarną w stosunku do wykładni językowej. Szczególnie zaakcentowane zostało to w orzeczeniu z dnia 31 stycznia 2011 r., BDF1/4900/112/122-123/10/3258, w którym GKO stwierdziła, że postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych nosi cechy procedury karnej, a tym samym ustalanie znamion czynów wymaga gramatycznej, zawężonej wykładni prawa. (Ludmiła Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II).

Finalnie GKO zwraca uwagę, że zgodnie z art. 76 ust. 3 uodfp niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść obwinionego. Zasada *in dubio pro reo* jest dyrektywą nakazującą wszystkie niedające się usunąć wątpliwości rozstrzygać na korzyść obwinionego. Artykuł 76 ust. 3 formułuje zasadę *in dubio pro reo* w ujęciu pozytywnym, jako nakaz rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść obwinionego. Reguła *in dubio pro reo* nie tylko dotyczy sposobu dokonywania ustaleń faktycznych w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale także odnosi się do niejasności natury prawnej (Por. odpowiednio M. Lipczyńska, Znaczenie i funkcje zasady „*in dubio pro reo*” w procesie karnym, PiP 1967, z. 10, s. 552 i n.). Zasada ta dotyczy wątpliwości niedających się usunąć, a zatem takich, których nie rozstrzygnęło rzetelnie i dokładnie przeprowadzone postępowanie dowodowe, wykorzystujące wszystkie dostępne źródła i środki dowodowe dla dokonania jednoznacznych ustaleń faktycznych bądź niekwestionowanej interpretacji przepisów prawa (Ludmiła Lipiec-Warzecha, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, wyd. II).

Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.