



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 25 lipca 2019 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Sylwester Kuchnio (<i>spr.</i>)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Paweł Adam Trojan
	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
Protokolant:		Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Damiana Grzelki**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2019 r. odwołania wniesionego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Obwinionej (...) zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach z dnia 30 października 2018 r., sygn. akt: KDF-53/30/2018, którym (...) - pełniącą w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...), uniewinniła od naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1458 z późn. zm.), zwanej uondfp, polegającego na dokonaniu istotnej zmiany zawartej umowy z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych w związku z zawarciem:

- w dniu (...) lipca 2017 roku, Aneksu Nr (...) /2017 do umowy Nr (...) /2017 z dnia (...) marca 2017 roku, na okoliczność wykonania projektu scalenia gruntów wsi (...), powiat (...), zawartej pomiędzy Województwem (...) – (...) Biurem Geodezji, a (...) Biurem Geodezji i Terenów Rolnych, Sp. z o.o. w (...), który to aneks zmieniał istotne postanowienia umowy pierwotnej w zakresie realizacji I etapu zadania poprzez podział tegoż etapu na trzy podetapy odpowiednio na dzień (...).08.2017

roku, (...).09.2017 roku, i (...).11.2017 roku, co w konsekwencji umożliwiło dokonywanie w tych terminach płatności częściowych wykonawcy przez zamawiającego, czego nie przewidywała ani SIWZ, ani zawarta umowa pierwotna z wykonawcą,

- w dniu (...)listopada 2017 roku Aneksu Nr (...)/2017 do powołanej wyżej umowy Nr (...)/2017 z dnia (...) marca 2017 roku, który to aneks zmieniał istotne postanowienia umowy pierwotnej w zakresie określenia nowych terminów realizacji I etapu wykonania zadania z dnia (...).11.2017 roku na dzień (...).12.2017 roku, II etapu z dnia (...).05.2018 roku na dzień (...).09.2018 roku, a jednocześnie dokonał podziału II etapu na dwa podetapy z terminem ich wykonania odpowiednio na dzień (...).03.2018 r. i (...).09.2018 roku, co również konsekwentnie umożliwiło dokonywanie w tych terminach płatności częściowych na rzecz wykonawcy,

oraz kosztami postępowania obciążyła Skarb Państwa,

orzeka

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

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach (zwana dalej „RKO”), orzeczeniem z dnia 30 października 2018 r., sygn. akt: KDF-53/30/2018, uniewinniła (...)– Dyrektora (...)– od stawianego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienia czynu, o którym mowa w art. 17 ust. 6 uodnfp, polegające na dokonaniu istotnej zmiany zawartej umowy z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, w rozumieniu art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w związku z zawarciem:

- w dniu (...) lipca 2017 roku Aneksu Nr (...)/2017, (k. 12-13) do umowy Nr (...)2017 z dnia (...) marca 2017 roku, (k.8-9) na okoliczność wykonania projektu scalenia gruntów wsi (...), powiat (...) zawartej pomiędzy Województwem (...) - (...) Biurem Geodezji, a

(...)Biurem Geodezji i Terenów Rolnych, Sp. z o. o. (...), który to aneks zmieniał istotne postanowienia umowy pierwotnej w zakresie realizacji I etapu zadania poprzez podział tegoż etapu na trzy podetapy odpowiednio na dzień (...).08.2017 roku, (...).09.2017 roku, i (...).11.2017 roku, co w konsekwencji umożliwiało dokonywanie w tych terminach płatności częściowych wykonawcy przez zamawiającego, czego nie przewidywała ani SIWZ, ani zawarta umowa pierwotna z wykonawcą,

- w dniu (...) listopada 2017 roku Aneksu Nr (...)/2017, (k.14-15) do powołanej wyżej umowy Nr (...)/2017 z dnia (...) marca 2017 roku, który to aneks zmieniał istotne postanowienia umowy pierwotnej w zakresie określenia nowych terminów realizacji I etapu wykonania zadania z dnia (...).11.2017 roku na dzień (...).12.2017 roku, II etapu z dnia (...).05.2018 roku na dzień (...).09.2018 roku, a jednocześnie dokonał podziału II etapu na dwa podetapy z terminem ich wykonania odpowiednio na dzień (...).03.2018 r. i (...).09.2018 roku, co również konsekwentnie umożliwiało dokonywanie w tych terminach płatności częściowych na rzecz wykonawcy.

Jako formalną podstawę uniewinnienia wskazano art. 78 ust. 3 w zw. z art. 78 ust. 1 pkt 2 uoondfp, natomiast materialne powody i podstawy zapadłego orzeczenia oraz stan faktyczny sprawy opisano następująco w uzasadnieniu orzeczenia:

„[...] Zastępca Rzecznika dyscypliny finansów publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, w dniu 2 października 2018 r. skierował do Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach, wniosek o ukaranie Obwinionej - p. (...), pełniącej w okresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora (...).

We wniosku o ukaranie Zastępca Rzecznika postawił Obwinionej zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wskazany w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1458). Za powyższe obwinienie Oskarżyciel wniósł o wymierzenie Obwinionej kary upomnienia, (k. 29-32) [...]

W toku postępowania dowodowego Komisja Orzekająca ustaliła, udowodniła następujące okoliczności i fakty:

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

W dniu 24 listopada 2016 r. pomiędzy Powiatem (...) a Województwem (...) - (...)Biurem Geodezji w (...)zawarte zostało Porozumienie nr (...) /2016 (k.17-18), którego przedmiotem było opracowanie projektu scalenia gruntów wsi (...), gmina (...), powiat (...) o powierzchni 1390 ha. W § 3 Porozumienia określono terminy i sposób realizacji prac.

W dniu (...) marca 2017 r. pomiędzy Województwem (...) - (...) Biurem Geodezji w (...) a (...) Biurem Geodezji i Terenów Rolnych Sp. z o.o. w (...), została zawarta umowa Nr (...) /2017 (k. 8-9), której przedmiotem było wykonanie projektu scalenia gruntów wsi (...) gmina (...), woj. (...) o pow. 1390 ha. Zawarcie umowy z wykonawcą nastąpiło w wyniku przeprowadzenia uprzednio postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu (...) lipca 2017 roku zawarto Aneks Nr (...) /2017 (k. 12-13) do umowy Nr (...) /2017 z dnia (...)marca 2017 roku, na podstawie którego zmieniono postanowienia umowy pierwotnej w zakresie realizacji I etapu zadania poprzez podział tegoż etapu na trzy podetapy, odpowiednio na dzień (...) sierpnia 2017 roku, (...) września 2017 roku i (...) listopada 2017 roku, co w konsekwencji umożliwiło dokonywanie w tych terminach płatności częściowych wykonawcy przez zamawiającego.

Aneksem nr (...) z dnia (...) listopada 2017 r. do Porozumienia nr (...) /2016 z dnia (...) listopada 2016 r. zawartego pomiędzy Powiatem (...) a Województwem (...) - (...) Biurem Geodezji w (...), zmieniono terminy wykonania IV etapu do dnia (...) grudnia 2017 r. oraz V etapu do dnia (...) września 2018 r.

W dniu (...) listopada 2017 roku zawarto Aneks Nr (...) /2017, (k. 14-15) do powołanej wyżej umowy Nr (...) /2017 z dnia (...) marca 2017 roku, który to aneks zmieniał postanowienia umowy pierwotnej w zakresie określenia nowych terminów realizacji I etapu wykonania zadania z dnia (...) listopada 2017 roku na dzień (...) grudnia 2017 roku, II etapu z dnia (...)maja 2018 roku na dzień (...) września 2018 roku, a jednocześnie dokonał podziału II etapu na dwa podetapy z terminem ich wykonania odpowiednio na dzień (...) marca 2018 r. i (...) września 2018 roku, co również umożliwiło dokonywanie w tych terminach płatności częściowych na rzecz wykonawcy.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt. 23 przewidziano następujący zakres zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy:

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

„Dopuszcza się zmianę terminów które mogą ulec wydłużeniu o czas opóźnienia, jeżeli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia w następujących przypadkach:

- a)- wystąpienia konieczności wykonania dodatkowych i niemożliwych do przewidzenia prac, których zrealizowanie jest niezbędne, z uwagi na zmianę obowiązujących przepisów, a których przeprowadzenie wiąże się z potrzebą zmiany terminu,
- b)- jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkód spowodowanych lub dających się przypisać Zamawiającemu,
- c)- siły wyższej,
- d)- na skutek działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron,
- e)- wystąpienia innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny.”

Postanowienia w tym samym brzmieniu zostały zawarte w § 9 umowy Nr (...)2017 z dnia (...) marca 2017 r.

W toku przeprowadzonego postępowania Obwiniona przesłała w dniu (...) lipca 2018 r. pismo, w którym wskazała m.in.

„Chcąc się wywiązać z terminów określonych w Porozumieniu w dniu (...) lipca 2017 r. podpisano aneks nr (...) do umowy.

Po zakończeniu każdego etapu prace zostały odebrane, podpisano protokół odbioru i zapłacono zgodnie z harmonogramem.

Zmiany umowy nie miały wpływu na potencjalne zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców ponieważ wymogi (doświadczenie w przeprowadzaniu scaleń w ostatnich latach) spełniały w Polsce tylko dwie firmy, które brały udział w przetargu tj.

- 1) - (...) Biuro Geodezji i Terenów Rolnych w (...)Sp. z o. o., której 100 % udziałów posiada Województwo (...). Spółka powstała na bazie Wojewódzkiego Biura Geodezji i Terenów Rolnych w (...). Prowadzi scalenia zlecane przez Marszałka Województwa (...).
- 2) - (...) Biuro Geodezji w (...)Spółka jawna — przeprowadzała scalenia w latach 2010-2014 zlecane przez nasze Biuro.

Scalenia gruntów wymaga indywidualnych uzgodnień uczestnikami scalenia, których czasochłonność jest trudna do sprecyzowania w momencie rozpoczęcia procesu scalenia. Tworząc projekt scalenia Wykonawca musi rozmawiać z rolnikami, przekonywać ich do pewnych rozwiązań, aby potem projekt mógł wejść w życie. Projekt scalenia gruntów może zostać zatwierdzony, jeżeli po jego okazaniu większość uczestników scalenia nie zgłosi do niego zastrzeżeń. Dokumentacja jaką dysponuje Starostwo, a na bazie której rozpoczyna się scalenie jest często nieaktualna. Są to czynniki niezależne od wykonawcy scaleń stąd w SIWZ przewidziano możliwość zmiany terminów.

W przypadku umowy scalenia gruntów wsi (...) braki adresów uczestników scalenia spowodowały opóźnienia w zawiadamianiu ich o terminie składania życzeń. Trzeba było odszukać je w Urzędzie Gminy, a dla uczestników scalenia dla których nie znaleziono adresów zamieszkania starostwo powiatowe miało ustalić kuratora spadku. Ponadto, uzgodniono z uczestnikami scalenia, że wejście w posiadanie nowych działek odbędzie się po zbiorach roślin okopowych czyli jesienią.

W dniu (...)listopada 2017 r. podpisano Aneks nr (...)— wydłużono termin zakończenia I i II etapu. Termin zakończenia całości prac nie zmienił się. Zmiana umowy zostałaby dokonana z każdym wykonawcą w takim samym zakresie i na tych samych warunkach”.

Na rozprawie w dniu 23 października 2018 r. Obwiniona wyjaśniła ponadto:

„Główne etapy scalenia były wyszczególnione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) były również wskazane kolejne podetapy, ale nie zostały one wycenione w SIWZ. Została wyceniona tylko całość za dany etap. Scalenie następuje etapami i jest bardzo skomplikowanym procesem. Odbiór poszczególnych etapów następuje przy udziale trójstronnej komisji: głównego wykonawcy, podwykonawcy i służb starosty. Terminu zakończenia etapów nie jesteśmy w stanie dokładnie ustalić.

Podział I etapu na podetapy miał na celu umożliwienie dokonywania płatności częściowych w ramach poszczególnych etapów. W konsekwencji podziału po zakończeniu każdego podetapu dokonywaliśmy płatności zgodnie z nowym aneksem.

Scalenia w kraju są wykonywane przez jednostki budżetowe, każda w swoim województwie wykonuje scalenia gruntów. Dwie firmy zgłosiły swój udział do przetargu tj.: jedna spółka powołana przez Marszałka Województwa (...), a druga ze spółek to podmiot, który wykonywał na naszą rzecz inne zlecenia. W mojej ocenie brak jest innych podmiotów, które wykonywałyby takie zlecenia, ponieważ w całym kraju tylko (...) Biuro Geodezji zleca

wykonywanie scaleń gruntów na zewnątrz. We wszystkich innych województwach biura geodezyjne same wykonują scalenia.

Moim zdaniem konieczne było podzielenie etapów na poszczególne podetapy, bowiem należało dokonać płatności na rzecz wykonawcy. Wszystkie podetapy zostały ujawnione w SIWZ i jednocześnie wynikają wprost z przepisów regulujących dokonywanie scaleń gruntów.

W mojej ocenie w sprawie zaszyły okoliczności przewidziane w paragrafie 9 pkt 4 ppkt. e umowy tj. wystąpiły inne szczególne okoliczności za które wykonawca nie jest odpowiedzialny, a które pozwalały na zmianę umowy.

Wskazuję, że m.in., duże trudności zaszyły w związku z brakiem możliwości ustalenia adresów zamieszkania uczestników. Ponadto, w trakcie postępowania następowały różne nieprzewidziane sytuacje m. in. nie doszło do podjęcia uchwały w sprawie uchwały o szacunku porównawczym.

Aneks nr (...)z dnia (...) listopada 2017 roku został podpisany po uprzedniej zmianie porozumienia ze Starostwem w dniu (...) listopada 2017 roku i na podstawie zmiany tego porozumienia zostały wydłużone też terminy poszczególnych etapów. Starostwo zgodziło się na zmianę terminów końcowych a następnie nastąpiła zmiana umowy z wykonawcą.”

Obwiniona wyjaśniła również: „Mój błąd polegał na tym, że w SIWZ nie wyceniłam całego zamówienia. Na etapie przetargu nie jesteśmy w stanie określić jak będzie przebiegać scalenie z uwagi na wszystkie przeszkody jakie mogą się pojawić.

W trakcie scalenia konieczna jest ścisła współpraca ze wszystkimi uczestnikami, wszystkimi stronami i celem jest sporządzenie takiego projektu scalenia, który będzie można wprowadzić w życie i wykorzystać. W omawianym postępowaniu brało udział około 900 osób.

W mojej ocenie zmiana umów aneksami nie miała w ostateczności wpływu na budżet jednostki ponieważ wydatkowane środki były zabezpieczone.”

Zastępca Rzecznika we wniosku o ukaranie podkreślił, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego na okoliczność wykonania projektu scalenia gruntów wsi (...), powiat (...), przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), co w konsekwencji oznacza, że wszelkie ewentualne zmiany umowy pierwotnej zawartej w wyniku podjętego postępowania przetargowego winny być zgodne z zasadami określonym w art. 144 w związku z art 140

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

ustawy Prawo zamówień publicznych, co w procedowanej sprawie zdaniem Rzecznika nie miało miejsca. Rzecznik wskazał, że zmianę umowy dopuszczał pkt 23 SIWZ, (k. 20-22), ale wyłącznie w kontekście wydłużenia terminów o czas opóźnienia, jeśli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia, i tylko w przypadkach określonych enumeratywnie pod lit a) - e). Zatem, w ocenie Zastępcy Rzecznika w stanie faktycznym sprawy będącej przedmiotem postępowania, dokonane kolejnymi aneksami zmiany umowy Nr (...)/2017 z wybranym wykonawcą nie spełniały przesłanek określonych w pkt 23 lit. a) - e) opracowanej dla zadania SIWZ, jak również nie wypełniały dyspozycji § 9 zawartej z wykonawcą umowy, bowiem żadne przypadki udokumentowanej zwłoki czy opóźnienia przy realizacji tegoż zadania czy wpływu siły wyższej nie wystąpiły. Równocześnie też dokonane przez Obwinioną kolejnymi aneksami zmiany umowy Nr (...)/2017 nie spełniają także przesłanek określonych w art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych, do którego odwołuje się wprost wzmiankowany wyżej § 9 zawartej z wykonawcą umowy Nr (...)/2017.

Zastępca Rzecznika w stanowisku końcowym popierał wniosek o ukaranie tak w zakresie winy jak i wymierzenia Obwinionej kary upomnienia. Obwiniona wniosła o uniewinnienie.

Oceniając powyższy stan faktyczny, Komisja Orzekająca zważyła co następuje:

Przy orzekaniu zastosowano ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 395).

Zgodnie z art. 17 ust. 6 uoondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Mając na uwadze treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2238/15 i wydanego w jego następstwie orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 05 marca 2018 r. sygn. akt BDF1.4800.53.2015, w ocenie Regionalnej Komisji Orzekającej w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja Orzekająca nie ma kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedziana się, czy zmiany umowy w sytuacji, gdy przypadki kiedy te zmiany mogą być dokonane zostały przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nastąpiły z naruszeniem art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych.

Należy zauważyć, że w powołanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny ocenił zaistniały stan faktyczny na tle art. 144 ust. 1 p.z.p., w brzmieniu obowiązującym w chwili udzielenia zamówienia publicznego, a który stanowił, że udzielający zamówienia publicznego nie może dokonywać istotnych zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zamówienia, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

W rozpatrywanej sprawie w chwili udzielania przez Obwinioną zamówienia publicznego obowiązywał art. 144 p.z.p. w następującym brzmieniu, nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020):

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.

- le. 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. 1-1 b, Id i le 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-lb, Id i le obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie niesporna jest okoliczność, że Obwiniona w dniu (...) lipca 2017 r. dokonała zmiany umowy Nr (...) /2017 z dnia (...) marca 2017 r. w sprawie zamówienia publicznego, polegającej na podziale I etapu zadania na trzy podetapy odpowiednio na dzień (...) sierpnia 2017 roku, (...) września 2017 roku i (...) listopada 2017 roku, a następnie w dniu (...) listopada 2017 r. dokonała kolejnej zmiany ww. umowy polegającej na określeniu nowych (wydłużeniu) terminów realizacji I etapu wykonania zadania z dnia (...) listopada 2017 roku na dzień (...) grudnia 2017 roku, II etapu z dnia (...)maja 2018 roku na dzień (...)września 2018 roku, a jednocześnie dokonaniu podziału II etapu na dwa podetapy z terminem ich wykonania odpowiednio na dzień (...) marca 2018 r. i (...) września 2018 roku, co umożliwiało dokonywanie w tych terminach płatności częściowych na rzecz wykonawcy.

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

Niesporna jest również okoliczność, że Obwiniona przewidziała w specyfikacji tego zamówienia możliwość wprowadzania zmian do umowy wskazując, że takie zmiany możliwe są wyłącznie w przypadkach, które zostały w specyfikacji wymienione i następnie powtórzone w treści umowy.

W ocenie Komisji Orzekającej, pomimo obecnego rozbudowanego brzmienia art. 144 pzp, Komisja nie jest uprawniona do badania czy sytuacja faktyczna, która doprowadziła do zmian umowy, mogła być czy też nie mogła być kwalifikowana do tych grup okoliczności, na które wskazuje art. 144 pzp. Nie jest uprawnieniem Komisji Orzekającej, dokonywanie oceny czy zmiany umowy przez Obwinioną były dopuszczalne czy też niedopuszczalne, bo dotyczyły warunku istotnego umowy czy też odnosiły się do sytuacji, którą zamawiający mógł wcześniej przewidzieć i w konsekwencji ewentualnie stwierdzić, że Obwiniona dokonała nieuprawnionej zmiany umowy, czym naruszyła art. 144 pzp, co doprowadziłoby do naruszenia art. 17 ust. 6 uondfp.

Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 uondfp musi być ujmowane formalnie, gdyż organy dyscyplinarne, nie mają kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedzenia się, które zmiany umowy w konkretnych okolicznościach faktycznych są istotne i z jakiego powodu. Naczelny Sąd Administracyjny stoi na stanowisku, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany w tym znaczeniu, że może być przypisana podmiotowi tylko wtedy, gdy naruszenie prawa polega wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów, a nie jest skutkiem jego interpretacji.

Powtarzając za Naczelnym Sądem Administracyjnym, na gruncie p.z.p. swoboda umów wyrażona w art. 353¹ k.c. jest ograniczona, ale to nie oznacza, że na temat istoty i charakteru umowy można wypowiadać się w postępowaniu dyscyplinarnym. Orzekanie w tym zakresie pozostaje poza kognicją organów orzekających w sprawach naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Jeżeli taka konieczność zaistniałaby, to należałoby ją ustalić w drodze właściwego powództwa przed sądem cywilnym. Ustawa p.z.p. reguluje mechanizm takiego działania, a skoro nie został on uruchomiony, to trudno przyjąć, że działanie Obwinionej naruszyło treść art. 144 pzp. Tym samym nie można uznać, że Obwiniona popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, opisany w art. 17 ust. 6 uondfp. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.[...]"

Do orzeczenia zostało zgłoszone zdanie odrębne o następującej treści:

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

„[...] Orzeczeniem z dnia 30 października 2018 roku Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach (dalej Komisja) uniewinniła (...) (dalej Obwiniona) od popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1458) (dalej undfp) polegającego na dokonaniu istotnej zmiany zawartej umowy z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

Nie budzą moich wątpliwości ustalenia Komisji w zakresie stanu faktycznego oraz obowiązującego w dacie popełnienia czynu i w dacie orzekania stanu prawnego.

Nie zgadzam się jednak ze stanowiskiem większości członków Komisji, że w zarzucanym Obwinionej czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, skutkiem czego jest uniewinnienie Obwinionej na podstawie art. 78 ust 1 pkt 2 undfp, W szczególności uważam, że stan faktyczny i prawny niniejszej sprawy nie jest tożsamy ze stanem faktycznym i prawnym, który był podstawą wydania Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 r. II GSK 2238/15 oraz orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 5 marca 2018 r. Sygn. akt BDF1.4800.53.2015. Zarówno NSA jak i GKO uznały, że „naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 u.o.df.p. musi być ujmowane formalnie, gdyż organy dyscyplinarne, jak i sądy administracyjne nie mają kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedzenia się, które zmiany umowy w konkretnych okolicznościach faktycznych są istotne i z jakiego powodu”. W dalszej części uzasadnienia NSA przypomniał, „ że na gruncie ustawy Pzp swoboda umów konstytuowana art. 353¹ k.c. jest ograniczona, ale to nie oznacza, że na temat istoty i charakteru umowy można wypowiadać się w postępowaniu dyscyplinarnym. Jeżeli taka konieczność zaistniałaby, to należałoby ją ustalić w drodze właściwego powództwa przed sądem cywilnym. Ustawa p.z.p. reguluje mechanizm takiego działania, a skoro nie został on uruchomiony, to trudno przyjąć, że działanie skarżącego kasacyjnie naruszyło treść art. 144 ust. 1 p.z.p.”.

Komisja orzekająca w niniejszej sprawie miała świadomość, że NSA oceniał rozpatrywaną przezeń sprawę na podstawie art. 144 ust 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020). Miała również świadomość tego, że przed nowelizacją przepis ten nie definiował co należy rozumieć jako

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

istotną zmianę postanowień umowy. Komisja miała również świadomość, że wprowadzając w drodze nowelizacji art. 144 ust. 1e ustawodawca wskazał jakie zmiany postanowień umowy należy uznać za istotne. Pomimo tej wiedzy Komisja posiłkując się zaprezentowanym wyżej stanowiskiem NSA i GKO uznała, że nie jest uprawniona do zajęcia stanowiska w niniejszej sprawie, czego skutkiem było orzeczenie o niewinnieniu.

Zgłaszając zdanie odrębne podzielałam pogląd, zaprezentowany przez Zastępcę Rzecznika, który we wniosku o ukaranie wskazał, że w związku z tym, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego na wykonania projektu scalenia gruntów wsi (...), powiat (...), przeprowadzone zostało w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp to w konsekwencji wszelkie ewentualne zmiany umowy pierwotnej zawartej w wyniku podjętego postępowania przetargowego winny być zgodne z zasadami określonymi w art. 144, w związku z art. 140 ustawy Pzp.

Moim zdaniem Rzecznik słusznie zgodnie ze swoimi kompetencjami wskazał, że pomimo tego, że zmianę umowy dopuszczał pkt 23 SIWZ, (20-22k) ale wyłącznie w kontekście wydłużenia terminów o czas opóźnienia, jeśli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia, i tylko w przypadkach określonych enumeratywnie pod lit a) - e) to w stanie faktycznym sprawy będącej przedmiotem postępowania, dokonane kolejnymi aneksami zmiany umowy Nr (...)/2017 z wybranym wykonawcą: a) nie spełniały przesłanek określonych w pkt 23 lit a)-e) opracowanej dla zadania SIWZ, b/ nie wypełniały dyspozycji § 9 zawartej z wykonawcą umowy, bowiem żadne przypadki udokumentowanej zwłoki czy opóźnienia przy realizacji tegoż zadania czy wpływu siły wyższej nie wystąpiły.

Dokonane przez Obwinioną kolejnymi aneksami zmiany umowy Nr (...)/2017 nie spełniają także przesłanek określonych w art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych, do którego odwołuje się wprost wzmiankowany wyżej § 9 zawartej z wykonawcą umowy Nr (...)/2017.

Powyższe ustalenie powinno doprowadzić Komisję do wniosku, że zmian postanowień umowy Obwiniona dokonała z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust 6 undfp i nie ma żadnych formalnych przeszkód by Rzecznik i Komisja takich ustaleń nie poczynili w ramach postępowania regulowanego undfp na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W uzasadnieniu wyroku NSA wskazuje, że na temat istoty i charakteru umowy zawartej w trybie ustawy Pzp może wypowiedzieć się właściwy sąd cywilny rozpatrujący powództwo a ustawa Pzp reguluje mechanizm i skutki takiego działania. Skutkiem przyjęcia takiego poglądu jest uzależnienie wszczęcia i prowadzenia postępowania dyscyplinarnego w przedmiocie naruszenia art. 17 ust 6 ustawy Pzp od wcześniejszego rozstrzygnięcia sądu cywilnego wskazującego, że zmiany umowy dokonane zostały z naruszeniem ustawy Pzp.

Wprowadzając taką nigdzie nie zapisaną zależność postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych od wyników postępowania cywilnego wszczętego na podstawie art. 144 ust.2 w trybie określonym w art. 144a ustawy Pzp NSA, GKO a za nimi Komisja orzekająca w niniejszej sprawie pomijają cele, które realizują:

- a. postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
- b. postępowanie cywilne prowadzone na podstawie art. 144 ust.2 oraz art.144a ustawy Pzp.

Nie rozwijając tego tematu wskażę tylko, że postępowanie cywilne zmierzające do unieważnienia postanowień umownych zmienionych z naruszeniem art. 144 ust. 1-1b, 1d i 1e ustawy Pzp ma na celu doprowadzenie do tego by między zamawiającym a wykonawcą obowiązywały postanowienia w pierwotnym brzmieniu, natomiast celem postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie art. 17 ust. 6 undfp jest ustalenie czy doszło do naruszenia przepisów o zmianie umowy zawartej w trybie ustawy Pzp i wskazanie osób winnych tego naruszenia.

Skutki obu postępowań są różne a ustawodawca nie uzależnia możliwości wszczęcia postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 undfp od zakończenia postępowania cywilnego dotyczącego danej umowy.

I na koniec o ile organy orzekające w stanie prawnym sprzed nowelizacji art. 144 ustawy Pzp miały stosunkowo dużą swobodę w zakresie uznania, czy dane postanowienie umowne w istotny sposób zmienia umowę pierwotną o tyle w obecnym stanie prawnym tej uznaniowości nie ma i luz decyzyjny dla stron umowy, sądu cywilnego czy Komisji jest niewielki wyznaczony zapisami art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e ustawy Pzp. Konsekwencją tego jest to, że model prawidłowego zachowania osób działających po stronie zamawiającego w trakcie czynności zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bardziej szczegółowo uregulowany niż w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją. Pozwala to organom dokonującym oceny przestrzegania przepisów regulujących zmianę umów zawartych podczas udzielania i wykonywania

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

zamówień publicznych na precyzyjną pozbawioną dowolności ocenę zachowania osób działających w imieniu zamawiającego, a co za tym idzie przypisania im na podstawie art. 19 undfp winy za konkretne naruszenie prawa. A to już jest bez wątpienia kompetencja Komisji.

Przedstawiając powyższe zdanie odrębne nie odnoszę się w sposób szczegółowy do kwestii związania organów orzekających wyrokami i orzeczeniami zapadłymi w innych sprawach gdyż w niniejszej sprawie Komisja niewątpliwie wyrokiem NSA i orzeczeniem GKO przywołanymi w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 30 października 2018 r. nie była związana”.

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach, odwołaniem z dnia 5 grudnia 2018 r., zaskarżył ww. orzeczenie w całości i wniósł o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania do RKO.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]

W wyniku rozpoznania sprawy Regionalna Komisja Orzekająca w zakresie czynu, o którym w art. 17 ust. 6 na podstawie art. 78 ust 3, w związku z ark 78 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - Panią (...)uniewinniła, uznając, iż w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych z czym mając na uwadze zaistniałe okoliczności sprawy absolutnie nie można się zgodzić.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja wskazała jednoznacznie i praktycznie z urzędu treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 roku, sygn. akt II GSK 2238/15 oraz wydanego w jego następstwie orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 05 marca 2018 roku, sygn. akt. BDF1.4800.53.2015 przyjmując a priori bezkrytycznie, że „...w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tytułu naruszenia art 17 ust 6 , ustawy o n.d.f.p. Regionalna Komisja Orzekająca nie ma kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedania się, czy zmiany umowy w sytuacji, gdy przypadki, kiedy te zmiany mogą być dokonane zostały przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nastąpiły z naruszeniem art 144 ustawy prawo zamówień publicznych...”

Zdaniem Rzecznika podjęcie sprawy przez Regionalną Komisję Orzekającą winno mieć zdecydowanie inny wymiar i charakter, winno być obiektywnie zindywidualizowane w

kierunku wnikliwego rozpoznania popełnionego czynu, jego ścisłego związku skutkowo przyczynowego do winy, w dalszym następstwie do ewentualnej kary, niestety w ocenie Rzecznika takiego mechanizmu po stronie Komisji Orzekającej zasadniczo nie uruchomiono, nie miał on absolutnie miejsca w niniejszym przypadku. Przedmiotowe albowiem orzeczenie o sygn. akt KDF - 53/30/2018 Regionalna Komisja Orzekająca podjęła wprost automatycznie w oparciu o przesłankę wynikającą z treści wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 roku, sygn. akt II GSK 2238/15 oraz wydanego w jego następstwie orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 05 marca 2018 roku, sygn. akt. BDF 1.4800.53.2015 przyjmując z urzędu bezkrytycznie swoją niewłaściwość w sprawie badania umowy i zaistniałych zmian. Mając na uwadze okoliczności sprawy z takim mechanicznym podejściem do rzeczonoego wyroku NSA nie można się zgodzić.

W odniesieniu do meritum stanowiska Komisji Orzekającej, Rzecznik zauważył, iż;

- a) rzeczony wyrok NSA stanowiący zasadniczą przesłankę, a jednocześnie podstawę uniewinnienia Obwinionej z zarzutu naruszenia art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku, o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (jedn. tekst, Dz. U z 2018 roku, poz. 1458 z późn. zm.), w związku z art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych, (tekst jedn. Dz. U. z 2017 roku, poz.1579), dotyczył określonej sprawy oraz określonych okoliczności w niej zaistniałych, tym samym powyższe nie może stanowić automatycznej recepty dla każdej sprawy, przy pominięciu obiektywnie indywidualnego podejścia. W analizowanym bowiem przypadku Obwinionej Pani (...) mamy zdecydowanie inną sprawę, zdecydowanie też inne okoliczności, czego niestety nie dostrzegła w swoim rozpoznaniu Regionalna Komisja Orzekająca przyjmując bezkrytycznie wprost, bez jakichkolwiek zastrzeżeń sentencję wyroku NSA z dnia 25 kwietnia 2017 roku, sygn. II GSK 2238/15, a w jego następstwie wszelkie nawet najbardziej ogólnikowe wyjaśnienia Obwinionej w toku postępowania. W ocenie Rzecznika przedmiotowy wyrok NSA nie może być traktowany instrumentalnie, bo takowe arbitralne, bezkrytyczne podejście do sentencji tego wyroku w konsekwencji swojej już na wstępie niejako z urzędu bez rozpoznania przedmiotu sprawy uniemożliwia w bliższej i dalszej perspektywie zastosowanie jakiegokolwiek odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych pod rządem art. 17 ust. 6 ustawy o n.d.f.p., w związku z art. 144 ustawy P.z.p. wobec uznania swojej niewłaściwości do badania i oceny umowy w oparciu o przesłanki rzeczonoego wyroku. W ocenie Rzecznika nie

można przyjąć z urzędu i na wstępie niewłaściwości Komisji Orzekającej bez uprzedniego, konsekwentnie obiektywnego rozpoznania danej sprawy przy bezwzględny zastosowaniu indywidualnego podejścia, w przeciwnym bowiem przypadku wspomniane przepisy pozostaną tylko martwym zapisem ustawy, a takie właśnie bezkrytyczne przyjęcie przedmiotowego orzeczenia NSA siłą rzeczy właśnie ku temu zmierza, z taką też praktyką należy bezwzględnie podjąć polemikę na argumenty prawne, stąd w ocenie Rzecznika do każdej rozpoznawanej sprawy na forum Komisji Orzekającej powinno się a priori najpierw stosować obiektywne podejście indywidualnie, natomiast w dalszej dopiero kolejności ewentualnie posiłkować przedmiotowym wyrokiem NSA, nigdy odwrotnie, jak miało to miejsce w zaskarżonym przypadku. Zdaniem Rzecznika właśnie tego typu zobiektywizowanych na indywidualną sprawę działań zaniechała uczynić Komisja Orzekająca w sprawie Obwinionej, stosując jakby z automatu przesłanki rzeczzonego wyroku NSA, pomijając tym samym absolutnie zaistniałe okoliczności sprawy, jak również obowiązujący w tym względzie porządek prawny.

- b) za takim rozszerzającym rozumowaniem w ocenie Rzecznika bezwzględnie przemawia również teza Nr 1 i teza nr 3 rzeczzonego wyroku NSA, w brzmieniu: *„... odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany w tym znaczeniu, że może być przypisana podmiotowi tylko wtedy, gdy naruszenie prawa polega wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów, a nie jest skutkiem jego interpretacji Przyjęcie takiego założenia wynika z charakteru tej odpowiedzialności... Naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 u.o.n.d.f.p. musi być ujmowane formalnie, gdyż organy dyscyplinarne, jak i sądy administracyjne nie mają kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedzenia się, które zmiany umowy w konkretnych okolicznościach faktycznych są istotne i z jakiego powodu ...”*

W odniesieniu do rzeczzonej tezy zdaniem Rzecznika w przypadku Obwinionej Pani (...) zarzut naruszenia prawa polega *expresiss verbis* właśnie i wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów źródłowych, określonych art 144 ust. 1e pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym w nawiązaniu do tezy Nr 3 wskazać należy, iż ujęcie formalne naruszenia przez Obwinioną art 17 ust. 6 ustawy o „n.d.f.p. wynika wprost z powołanego wyżej przepisu źródłowego ustawy P.z.p., który jednoznacznie w swojej treści wskazuje, że przyczyny ekonomiczne stanowią istotną zmianę umowy, (art. 144 ust 1e pkt 2b), w rzeczy

samej skutkującą w swojej ewentualnej konsekwencji nawet uruchomieniem mechanizmu, o którym w art. 144 ust 3 tej ustawy, (nowe postępowanie przetargowe). Tym samym, w tym konkretnym zaskarżanym przypadku tzw, istotnej zmiany umowy nie potrzeba było po stronie Komisji Orzekającej ani badać, ani analizować, ani też dokonywać jakiegokolwiek innej interpretacji, albowiem wynika ona jednoznacznie i wprost już z samej dyspozycji przepisu źródłowego, o czym wyżej!

Jednocześnie, co należy w zaistniałym przypadku zdecydowanie podkreślić Regionalna Komisja Orzekająca mając na uwadze rzeczony wyrok NSA już w sposób automatyczny bez jakichkolwiek zastrzeżeń przyjęła wprost niejako z urzędu i dała wiarę wszystkim, nawet najbardziej ogólnikowym wyjaśnieniom Obwinionej, nawet tym, co do których istnieją istotnie uzasadnione wątpliwości, w kontekście ich rzetelności i wiarygodności, o czym w kilku słowach odniesienia poniżej:

- c) W toku przeprowadzonego postępowania Obwiniona przesłała w dniu 12 lipca 2018 r. pismo, w którym wskazała m.in.

„Chcąc się wywiązać z terminów określonych w Porozumieniu w dniu (...) lipca 2017 roku podpisano aneks nr (...) do umowy...”

W tym miejscu zdaniem Rzecznika zdecydowanie zauważyć należy, że złożone w tym względzie wyjaśnienie Obwinionej całkowicie mija się z faktami i prawdą obiektywną, albowiem a contrario nie byłoby żadnej potrzeby czy konieczności podpisania aneksu Nr (...) celem wywiązania się z terminów określonych w porozumieniu, gdyby Obwiniona dołożyła należytej staranności przy opracowywaniu i zatwierdzaniu SIWZ dla zadania, pn; wykonanie projektu scalenia gruntów (...), w dalszej kolejności w ocenie Rzecznika owej należytej staranności brak było również ze strony Obwinionej w momencie podejmowania strategicznych decyzji o przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego. Bo jakże inaczej w sposób obiektywny przyjąć można wyjaśnienia Obwinionej z perspektywy chronologii, że zamiarem Aneksu Nr (...)/2017 z wyjaśnienia dnia (...).07.2017 roku było „...*wywiązanie się z terminów umownych określonych Porozumieniem.*”, skoro rzeczone Porozumienie z Powiatem Obwiniona zawarła w dniu (...) listopada 2016 roku, natomiast SIWZ, znak: (...) zatwierdzona została przez Obwinioną w dniu (...).01.2017 roku, a rzeczoną umowę Nr (...)/2017 z wykonawcą Obwiniona zawarła w dniu (...) marca 2017 roku. Tym samym jak widać z powyższego warunki określone dla przedmiotowego zadania wynikające z zawartego

z Powiatem Porozumienia ponad wszelką wątpliwość były już uprzednio doskonale znane Obwinionej, wręcz stanowiły lub powinny były stanowić zasadniczy dokument bazowy do starannego i właściwego opracowania specyfikacji istotnych warunków dla przedmiotu tego zamówienia. Stąd niezmiernie trudno przyjąć wyjaśnienia Obwinionej, że zaistniała zmiana wprowadzona Aneksiem Nr (...) /2017 miała na celu dostosowanie zapisów umowy z wykonawcą do zawartego z Powiatem Porozumienia, skoro przy dochowaniu należytej staranności można było z powodzeniem skorelować zapisy Porozumienia ze SIWZ już na wstępnym etapie organizacji przedmiotowego postępowania przetargowego. Stąd w ocenie Rzecznika zaistniały aneks był ponad wszelką wątpliwość tylko i wyłącznie konsekwencją nienależytego, nieprzemyślanego do końca, by nie rzec nieudolnie przeprowadzonego przez Obwinioną przedmiotowego postępowania przetargowego, a jego istotą, ideą fix w ocenie Rzecznika było jedynie wydzielenie podetapów w ramach etapów celem zmiany zasad finansowania dla realizowanego już zadania. *„Po zakończeniu każdego etapu prace zostały odebrane, podpisano protokół odbioru i zapłacono zgodnie z harmonogramem...”*.

W wyjaśnieniu tym Obwiniona zapomniała jedynie uściślić co miała na uwadze, jaki odbiór, jaką płatność? Zgodnie bowiem z harmonogramem pierwotnej umowy owa płatność dotyczyła wyłącznie odbioru poszczególnych etapów zadania jako całości, natomiast w konsekwencji podpisania przez Obwinioną kolejnych aneksów do umowy płatność ta przesunęła się w kierunku wykonania wydzielonych przez nią podetapów, nie etapów, a takiego finansowania nie przewidywała, ani zawarta umowa z wykonawcą, ani SIWZ opracowana dla zadania. Tym samym na gruncie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych przyjąć należy, iż dokonane kolejnymi aneksami zmiany umowy pierwotnej zawartej z wykonawcą w kontekście dokonania podziału na podetapy w obrębie poszczególnych etapów realizacji inwestycji (etap I i etap II) były zmianami istotnymi, co jednoznacznie wynika wprost już tylko z samego brzmienia dyspozycji określonej art. 144 ust. 1e pkt 2b, dodatkowo wzmocnionej w takich przypadkach art. 144 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych. Przedmiotowe zmiany albowiem wprowadzały w konsekwencji swojej do umowy pierwotnej nowe elementy, jakie stanowiły odpłatności częściowe dla wykonawcy z tytułu odrębnego wykonania każdego podetapu w ramach danego etapu, czego nie uwzględniała ani SIWZ opracowana dla przedmiotowego zadania, ani również zawarta przez Obwinioną w dniu (...) marca 2017 roku umowa z wykonawcą. Konsekwentnie też przedmiotowe zmiany wprowadzane kolejnymi aneksami dokonywały nie tylko zmian w obrębie terminów realizacji etapu I i etapu II, ale w rzeczy samej

naruszały równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidywany w zawartej z wykonawcą umowie, ani w opracowanej dla zadania SIWZ, miały ponadto bezpośrednio znaczący wpływ na przyspieszone finansowanie tego zadania, przy czym właśnie tego typu działanie Obwinionej, co należy tutaj zauważyć i zdecydowanie podkreślić doskonale wpisuje się w ugruntowany już pogląd doktryny, że „z naruszeniem równowagi umowy mamy do czynienia wtedy, gdy wykonawca otrzymuje dodatkowe profity, podczas gdy sytuacja ekonomiczna zamawiającego nie zmienia się (...) także wtedy, gdy sytuacja ekonomiczna wykonawcy nie zmienia się, ale korzyści ekonomiczne zamawiającego zmniejszają się. Przykładem takich zmian może być wprowadzenie nieprzewidywanych w umowie zaliczek lub wprowadzenie płatności za wykonanie częściowej umowy, zamiast pierwotnie przewidzianej płatności po wykonaniu całego zamówienia...” (J. Piróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2017, wyd. 14). Konsekwentnie też w związku z powyższym, w zaistniałej sytuacji, w okresie 2017 roku zamawiający dokonał na korzyść wykonawcy trzech odrębnych płatności częściowych, (sierpień, wrzesień, grudzień 2017 roku) z tytułu wykonania I etapu zamówienia według harmonogramu realizacji zadania zmienionego Aneksami Nr (...), (wydzielenie podetapów) zamiast jednej płatności po ukończeniu całego etapu, wynikającej wprost z umowy pierwotnej. Równocześnie podkreślić w tym miejscu należy, że wprowadzona przez Obwinioną zmiana terminów realizacji I i II etapu zadania konsekwentnie skutkowałą brakiem możliwości ewentualnego dochodzenia kar umownych za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów zadania zgodnie z § 7 pkt 1 zawartej z wykonawcą umowy.

„Zmiany umowy nie miały wpływu na potencjalne zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców ponieważ wymogi (doświadczenie w przeprowadzaniu scaleń w ostatnich latach) spełniały w Polsce tylko dwie firmy, które brały udział w przetargu tj:

- 1. (...)Biuro Geodezji i Terenów Rolnych w (...) Sp. z o.o., której 100 % udziałów posiada Województwo (...). Spółka powstała na bazie Wojewódzkiego Biura Geodezji i Terenów Rolnych (...)Prowadzi scalenia zlecane przez Marszałka Województwa (...).*
- 2. (...)Biuro Geodezji w (...) Spółka jawna - przeprowadzała scalenia w latach 2010-2014 zlecane przez nasze Biuro...”*

Zdaniem Rzecznika nie jest prawdą, co wskazuje w wyjaśnieniu Obwiniona, że wymogi spełnienia warunków udziału w rzeczonym zamówieniu spełniały w Polsce tylko dwie firmy, albowiem szereg jednostek prowadzi bieżąco tego typu prace scaleniowe na obszarze kraju, a

przynajmniej minimum po jednej w każdym z ościennych województw, (Katowice, Łódź, Warszawa, Lublin, Rzeszów, Kraków), to tylko najbliższe z nich, a ich ewentualny wybór wydaje się zależeć wyłącznie od przyjętych zasad logistyki, reguł i założeń do przetargu, na co Obwiniona, jako zamawiający miała zdecydowany wpływ.

„Scalenia gruntów wymaga indywidualnych uzgodnień uczestnikami scalenia, których czasochłonność jest trudna do sprecyzowania w momencie rozpoczęcia procesu scalenia. Tworząc projekt scalenia Wykonawca musi rozmawiać z rolnikami, przekonywać ich do pewnych rozwiązań, aby potem projekt mógł wejść w życie. Projekt scalenia gruntów może zostać zatwierdzony, jeżeli po jego okazaniu większość uczestników scalenia nie zgłosi do niego zastrzeżeń. Dokumentacja jaka dysponuje Starostwo, a na bazie której rozpoczyna się scalenie jest często nieaktualna. Są to czynniki niezależne od wykonawcy scaleń stąd w SIWZ przewidziano możliwość zmiany terminów...”

Z tego typu wyjaśnieniem jak z prawdą oczywistą trudno polemizować, jednak, co do zasady zdecydowanie należy zauważyć w niniejszym przypadku, że de facto nie z tego tytułu, zasadniczo też nie z tych przyczyn Obwiniona, jako zamawiający dokonywała faktycznych zmian umowy pierwotnej zawartej z wykonawcą.

„W przypadku umowy scalenia gruntów wsi (...) braki adresów uczestników scalenia spowodowały opóźnienia w zawiadamianiu ich o terminie składania życzeń. Trzeba było odszukać je w Urzędzie Gminy, a dla uczestników scalenia dla których nie znaleziono adresów zamieszkania starostwo powiatowe miało ustalić kuratora spadku. Ponadto, uzgodniono z uczestnikami scalenia, że wejście w posiadanie nowych działek odbędzie się po zbiorach roślin okopowych czyli jesienią...”

Zdaniem Rzecznika wskazane w wyjaśnieniu utrudnienia już a priori są aż nadto oczywiste, przynajmniej być powinny z uwagi na specyfikę, przedmiot i charakter robót, przynajmniej dla tak doświadczonego fachowca, jakim jest Obwiniona, tym samym nie stanowiły one nic nowego, czego nie znałyby Ona wcześniej, jako zamawiający, czego nie oczekiwałyby świadomie jeszcze przed podjęciem rzeczonoego postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego.

d) Na rozprawie w dniu 23 października 2018 roku Obwiniona wyjaśniła ponadto:

„Główne etapy scalenia były wyszczególnione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIW'Z) były również wskazane kolejne podetapy, ale nie zostały one wycenione w SIWZ. Została wyceniona tylko całość za dany etap. Scalenie następuje etapami

i jest bardzo skomplikowanym procesem. Odbiór poszczególnych etapów następuje przy udziale trójstronnej komisji: słownego wykonawcy, podwykonawcy i służb starosty. Terminu zakończenia etapów nie jesteśmy w stanie dokładnie ustalić...”

W oparciu o dokumentację sprawy wyjaśnienia takiego absolutnie nie podziela Rzecznik, idąc bowiem konsekwentnie za przedstawionym wyżej tokiem myślowym Obwinionej, wynikającym z wyjaśnienia wystarczyłoby jedynie zadać czysto retoryczne, ale istotne dla sprawy pytania; Kto wyszczególnił w SIWZ jedynie tylko główne etapy? Kto wycenił całość jako etap?, Kto nie wycenił podetapów? Kto opracował i podpisał rzeczoną specyfikację? Oczywiście wspólny mianownik dla wszystkich tych pytań pozostaje jeden, albowiem w zaistniałych okolicznościach odpowiedź sama w sobie sprowadza się wyłącznie do konkluzji niestaranego przygotowania realizacji całego przedsięwzięcia przez Obwinioną, w konsekwencji czego odpowiedzialność za zaistniały stan rzeczy spoczywa wyłącznie bezwzględnie po jej stronie, jako zamawiającym.

„Podział I etapu na podetapy miał na celu umożliwienie dokonywania płatności częściowych w ramach poszczególnych podetapów. W konsekwencji podziału po zakończeniu każdego podetapu dokonywaliśmy płatności zgodnie z nowym aneksem...”

Zdaniem Rzecznika w wyjaśnieniu tym Obwiniona wreszcie już nie ukrywała właściwego i zasadniczego celu oraz intencji podpisania rzeczonych aneksów z wykonawcą do umowy pierwotnej. Powyższe należy zatem tylko porównać z art. 144 ust 1 lit e ustawy P.z.p., w brzmieniu jak niżej:

le. 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,*

a logiczny wywód zaistniałych okoliczności faktycznych staje się nad wyraz prosty, klarowny i czytywisty, albowiem przedmiotowe działania Obwinionej, wprowadzając nowe zmienione warunki bez wątpienia naruszają w konsekwencji swojej dotychczas istniejącą równowagę ekonomiczną stron umowy, przy czym zdecydowanie zaznaczyć tu należy, że ten właśnie moment ma bezwzględnie kluczowe znaczenie w analizowanej sprawie, albowiem owa istotna zmiana umowy dokonana została samowolnie przez Obwinioną wbrew i poza przepisami obowiązującego prawa, co w zaistniałej sytuacji z niezrozumiałych dla Rzecznika względów Komisja Orzekająca zaniechała dostrzec posiłkując się z urzędu sentencją wyroku NSA z dnia 25 kwietnia 2017 roku, sygn. II GSK 2238/15 o swojej niewłaściwości i to w sytuacji, gdy owa istotna zmiana umowy występuje wprost w definicji dyspozycji naruszonego przez Obwinioną przepisu źródłowego, co w konsekwencji swojej skutkuje absolutnym brakiem wymogu po stronie Komisji Orzekającej jakiegokolwiek choćby analizy treści przepisu, czy oceny zaistniałego zjawiska lub interpretacji zapisu ustawy. W ocenie Rzecznika przedmiotowe automatyczne posiłkowanie się przez Komisję Orzekającą rzezoną sentencją wyroku NSA w tym miejscu jest nieuzasadnione, by nie rzec pozbawione podstaw logiczno - prawnych, albowiem owa istotna zmiana umowy, jak wyżej podkreślił Rzecznik występuje samoistnie w już samej definicji dyspozycji naruszonego przez Obwinioną prawa, bez jakiegokolwiek konieczności jej analizowania, oceniania, czy wyprowadzania interpretacji.

„Moim zdaniem konieczne było podzielenie etapów na poszczególne podetapy, bowiem należało dokonać płatności na rzecz wykonawcy. Wszystkie podetapy zostały ujawnione w SIWZ i jednocześnie wynikają wyrost z przepisów regulujących dokonywanie scaleń gruntów...”

Odnosząc się do tego wyjaśnienia Obwinionej stwierdzić należy, iż przedmiotowe argumenty istotnie należało mieć bezwzględnie na uwadze, ale w konkretnym czasie i miejscu tj, na wstępnym etapie celem właściwego przygotowania przetargu i starannego opracowania SIWZ, za co konsekwentnie odpowiada li tylko i wyłącznie Obwiniona, jako zamawiająca, pełniąca funkcję Dyrektora (...), Ona to bowiem we własnej osobie nikt inny, czy poza Nią, występując wobec wykonawcy jako zamawiający organizowała przetarg, ustalała wszystkie jego warunki, opracowywała i zatwierdzała specyfikację istotnych warunków zamówienia dla tego zadania. Przedmiotowe zdanie Obwinionej z którym Rzecznik może się zgodzić miało faktycznie istotną rację bytu ale w innym miejscu i czasie, ex ante przed podjęciem rzezonego postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego, nigdy zaś post factum już po jego udzieleniu i w trakcie realizacji pod rządem ustawy Prawo zamówień

publicznych. Tym samym z powyższych zabiegów Obwinionej można śmiało wyprowadzić tezę, że wszelkie następujące po sobie zmiany umowy nie miały na celu nic innego jak tylko skorygować zauważalny brak dołożenia należytej staranności na etapie przygotowywania przetargu, a jednocześnie zminimalizować zaistniałe błędy w procedurze udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod rządem ustawy Prawo zamówień publicznych.

„W mojej ocenie w sprawie zaszyły okoliczności przewidziane w paragrafie 9 pkt 4 ppkt e umowy tj. wystąpiły inne szczególne okoliczności za które wykonawca nie jest odpowiedzialny, a które pozwalały na zmianę umowy.”

W tym miejscu wypadałoby oczekiwać od Obwinionej czegoś znacznie więcej, jakiegoś bliższego uszczegółowienia..., jakie mianowicie wystąpiły inne szczególne i konkretne okoliczności zaistniałych zmian umowy pierwotnej? Tak na dobrą sprawę jedynie poza tym lapidarnym, zasadniczo nic nie mówiącym stwierdzeniem Obwinionej brak jest jakichkolwiek konkretów czy szczegółów. W odniesieniu do meritum tegoż wyjaśnienia zdecydowanie innego zdania jest Rzecznik, w ocenie którego nie wystąpiły żadne prawne przesłanki, ani również okoliczności uzasadniające zmianę zawartej z wykonawcą umowy, w formie w jakiej te zmiany miały miejsce i charakter. Dla przypomnienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. 23 przewidziano następujący zakres zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy: „...Dopuszcza się zmianę terminów które mogą ulec wydłużeniu o czas opóźnienia, jeżeli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia w następujących przypadkach:

- a) wystąpienia konieczności wykonania dodatkowych i niemożliwych do przewidzenia, prac, których zrealizowanie jest niezbędne, z uwagi na zmianę obowiązujących przepisów, a których przeprowadzenie wiąże się z potrzebą zmiany terminu,
- b) jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia lub przeszkód spowodowanych lub dających się przypisać Zamawiającemu,
- c) siły wyższej,
- d) na skutek działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron,
- e) wystąpienia innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny.”

Jednocześnie postanowienia w tym samym, identycznym brzmieniu zostały zawarte w § 9 umowy Nr 1/2017 z dnia 22 marca 2017 roku.

Zauważyć ponadto tu należy, iż ewentualnie dopuszczone specyfikacją oraz umową zmiany dotyczyły wyłącznie zmiany terminów, ale o czas opóźnienia o ile takie opóźnienie będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia, i to tylko w przypadku spełnienia enumeratywnie określonych warunków, o których pod lit. a)-e), stanowiących katalog zamknięty. Zatem a contrario ani umowa, ani specyfikacja nie dopuszczały jakichkolwiek innych zmian warunków zawartej umowy poza terminami. Tym samym poprzez wydzielenie przez Obwinioną podetapów w ramach etapów z jednoczesną konsekwentną zmianą sposobu i terminów płatności dokonała Ona nieuprawnionej zmiany umowy pierwotnej, nie znajdującej absolutnie oparcia w żadnych podstawach prawnych. Dość powiedzieć, iż tego typu zmiany, jakich dokonała Obwiniona stosownie do art. 144 ust. 3 skutkują w konsekwencji swojej obowiązkiem rozpisania nowego przetargu. Zdaniem Rzecznika w analizowanym przypadku dokonane aneksami zmiany umowy Nr (...)/2017 absolutnie nie spełniały przesłanek określonych w pkt 23 lit. a) - e) opracowanej dla zadania SIWZ, jak również w żadnym wypadku nie wypełniały dyspozycji § 9 zawartej z wykonawcą umowy, bowiem żadne przypadki udokumentowanej zwłoki czy opóźnienia przy realizacji tegoż zadania czy wpływu siły wyższej absolutnie nie wystąpiły. Konsekwentnie też dokonane przez Obwinioną zmiany umowy Nr (...)/2017 nie spełniają także przesłanek określonych w art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych, do którego odwołuje się wprost wzmiankowany wyżej zapis § 9 zawartej z wykonawcą umowy Nr 1/2017. Znakomicie jednak dokonane przez Obwinioną zmiany umowy wpisują się w doktrynalne ramy naruszenia równowagi ekonomicznej umowy, tj; do sytuacji: „...gdy wykonawca otrzymuje dodatkowe profity, podczas gdy sytuacja ekonomiczna zamawiającego nie zmienia się (...) także wtedy, gdy sytuacja ekonomiczna wykonawcy nie zmienia się, ale korzyści ekonomiczne zamawiającego zmniejszają się. Przykładem takich zmian może być wprowadzenie nieprzewidzianych w umowie zaliczek lub wprowadzenie płatności za wykonanie częściowe umowy, zamiast pierwotnie przewidzianej płatności po wykonaniu całej zamówienia...” Za J. Piróg. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2017”. wyd. 14).

Wskazuje że m.in., duże trudności zaszły w związku z brakiem możliwości ustalenia adresów zamieszkania uczestników. Ponadto, w trakcie postępowania następowały różne nieprzewidziane sytuacje m.in. nie doszło do podjęcia uchwały w sprawie uchwały o szacunku porównawczym.

Zdaniem Rzecznika podobnie jak wyżej wyjaśnienie poza ogólnikami ze strony Obwinionej nie wnosi ani nic nowego, ani nic konkretnego dla sprawy, bo tychże samych i podobnych trudności z uwagi na specyfikę oraz charakter przedmiotu zamówienia należało się bezwzględnie spodziewać już w momencie podejmowania postępowania przetargowego tego zamówienia i okoliczności takowe były doskonale znane Obwinionej, jako zamawiającemu, Dyrektorowi (...). W ocenie Rzecznika szereg wyjaśnień Obwiniona mogłaby uwiarygodnić przedkładając w postępowaniu wyjaśniającym lub na samej już rozprawie stosowny Dziennik Robót, jaki zgodnie z § 3 pkt 7, w związku z pkt 12 i pkt 13 zawartego z Powiatem Porozumienia miała ona obowiązek prowadzić na bieżąco w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Rzeczony materiał dowodowy poprzez stosowne wpisy Inspektora Nadzoru Geodezyjnego, jaki był wyznaczony dla zadania mógłby w jakimś stopniu uwiarygodnić złożone wyjaśnienia, poza oczywiście zaistniałą wyłącznie z woli samej Obwinionej zmianą finansowania zadania wskutek wyodrębnienia podetapów realizacji zadania w ramach przyjętych umową etapów.

„Mój błąd polegał na tym, że w SIWZ nie wyceniłam całego zamówienia. Na etapie przetargu nie jesteśmy w stanie określić jak będzie przebiegać scalenie z uwagi na wszystkie przeszkody jakie mogą się pojawić...”

W ocenie Rzecznika tych błędów w analizowanym powyżej zamówieniu publicznym po stronie Obwinionej było znacznie więcej, przy czym w przeważającej większości wynikały one bezpośrednio z przyczyn leżących z niestaranego i nie do końca przemyślanego przygotowania oraz przeprowadzenia samej procedury przetargowej, wszelkie bowiem późniejsze uchybienia, w tym zaistniałe z woli Obwinionej zmiany umowy były niewątpliwie jedynie ich wyłącznym skutkiem, względnie konsekwencją.

„W mojej ocenie zmiana umów aneksami nie miała w ostateczności wpływu na budżet jednostki ponieważ wydatkowane środki były zabezpieczone...”

Zdecydowanie inne zdanie w tym względzie ma Rzecznik, owszem rzeczony środki niewątpliwie były zabezpieczone w budżecie jednostki, ale w terminach określonych umową pierwotną, samowolna natomiast ingerencja Obwinionej znacznie przyspieszyła ich wydatkowanie, co już niekoniecznie może być obojętne dla budżetu.

I na koniec zasadnicze zastrzeżenie co do działań i sposobu procedowania Komisji Orzekającej, istotne z punktu widzenia wydanego orzeczenia w sprawie. Otóż jeżeli w oparciu o rzeczony wyrok NSA sygn. II GSK 2238/15 uznała ona w uzasadnieniu swoją

niewłaściwość do badania umowy oraz oceny dokonanych przez Obwinioną zmian, konsekwentnie też nie powinna orzekać na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku, o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, iż w zarzucanym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznym, bo takowa kompilacja w rzeczy samej nie jest spójna sama w sobie.

Przechodząc do resume należy w tym miejscu zdecydowanie podkreślić, iż nie bez znaczenia dla niniejszego odwołania w ocenie Rzecznika pozostaje istotny dla sprawy fakt złożenia zdania odrębnego przez jednego z członków Regionalnej Komisji Orzekającej.

Odnosząc się do powyższego zdania odrębnego należy tutaj z pełną mocą podkreślić, iż Rzecznik całkowicie utożsamia się z jego treścią, w pełni dzieląc wyrażone tam poglądy oraz argumentacje, dot. zaskarżanej sprawy. Przedmiotowe bowiem zdanie odrębne w ocenie Rzecznika konsekwentnie rozwija analizę problematyki wynikającej z mniejszej sprawy na gruncie cywilistycznym. a szczególnie pod kątem związania organów orzekających rzeczonym wyrokiem Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2017 roku, sygn. akt II GSK 2238/15. Tym samym przedmiotowe zdanie odrębne stanowi w swojej treści doskonałe uzupełnienie tego odwołania, o co wnosi niniejszym Rzecznik do Głównej Komisji Orzekającej. Mając bowiem na uwadze powyższe względy, jak również świadomość takiego stanu rzeczy w niniejszym odwołaniu Rzecznik mógł przełożyć zdecydowanie większy ciężar gatunkowy w kierunku wykazania szeregu istotnych uchybień formalnych w procedowanym przetargu ze strony Obwinionej, jako zamawiającego, skutkujących bezwzględnie w swojej istocie Jej niepodważalną odpowiedzialnością osobistą z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, czego poprzez pryzmat powołanego wyżej wyroku NSA, sygn. akt II GSK 2238/15 w ocenie Rzecznika zdawała się kompletnie nie dostrzegać Komisja Orzekająca przy rozpoznawaniu sprawy, o czym świadczy choćby jej mechaniczno instrumentalne, przyjęcie z automatu sentencji orzeczenia w tym konkretnym przypadku, co w ocenie Rzecznika stanowi przejaw ewidentnego zaniechania i beczynności. Dotąd albowiem dla Rzecznika niezrozumiała jest przedmiotowa istota zaniechania działań i beczynność Komisji Orzekającej w procedowanej sprawie Pani (...), jak również finalne uznanie Obwinionej, podjętym orzeczeniem za niewinną wobec braku w zarzucanym czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych i to w sytuacji szeregu istotnie znaczących argumentów wskazujących zupełnie na przeciwną konkluzję, co wykazał Rzecznik w stosownym wniosku o ukaranie i niniejszym odwołaniu. Zdaniem Rzecznika w tej konkretnej sprawie Komisja

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

Orzekająca zbyt instrumentalnie uznała swoją niewłaściwość z przesłanek wynikających z wyroku NSA. sygn. akt II GSK 2238/15.

W zaistniałym stanie rzeczy, w konkluzji do przeprowadzonej analizy oraz dowodów w zaskarżanej sprawie Rzecznik stanowczo nie może się zgodzić ze stanowiskiem Komisji Orzekającej, że w zarzucanym Obwinionej czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, albowiem w ocenie Rzecznika zarówno sam czyn jak i bezsporna wina Obwinionej zostały dostatecznie wykazane w złożonym wniosku o ukaranie oraz w niniejszym odwołaniu i same w sobie noszą znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zatem w zaistniałej sytuacji niniejsze odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej znajduje pełne uzasadnienie formalne i prawne. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty wnoszę o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, aby przypisać Pani (...) odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.”.

Główna Komisja Orzekająca ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca (zwana dalej GKO) wskazuje, iż podziela referowane powyżej ustalenia faktyczne dokonane przez RKO i uznaje je za własne, wskazując przy tym, iż ustalony stan faktyczny nie był sporny.

GKO podziela również ustalenia RKO w przedmiocie przepisów znajdujących zastosowanie w sprawie, stwierdzając, iż w tym zakresie nie zaszły żadne dalsze zmiany.

GKO nie podziela jednak wykładni art. 17 ust. 6 uondfp w zw. z art. 144 pzp dokonanej w zaskarżonym orzeczeniu RKO oraz w wyroku NSA z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2238/15, która to wykładnia stanowiła podstawę do uniewinnienia Obwinionej i uznania przez RKO, iż nie jest władna oceniać zgodności dokonanych przez Obwinioną zmian umowy o zamówienie publiczne jako podstawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Na wstępie rozważań z tym związanych należy wskazać, iż powoływanie się przez RKO na stanowisko Głównej Komisji Orzekającej wyrażone w orzeczeniu z dnia 5 marca 2018 r., sygn. akt BDF1.4800.53.2015 oraz polemika z tym stanowiskiem w zdaniu odrębnym do orzeczenia są bezprzedmiotowe. GKO orzekając w sprawie BDF1.4800.53.2015, zgodnie z art. 153 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2017 r. poz. 136 ze zm.), dalej „ppsa”, była związana oceną

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

prawą i wskazaniem, co do dalszego postępowania, wyrażonymi w wyroku z dnia 22 września 2017 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie; sygn. akt V SA/Wa 1177/17, tak samo jak WSA był związany ww. wyrokiem NSA.

Natomiast orzekając w niniejszej sprawie, GKO nie jest już związana ww. wyrokami na podstawie art. 153 ppsa i od tego typu wykładni i stanowiska mogła odstąpić, a skład orzekający mógł samodzielnie, w oparciu o zasadę niezawisłości wyrażoną w art. 45 uodfp, rozstrzygnąć nasuwające się zagadnienia prawne. W ocenie GKO, jednorazowe, przełamujące ustaloną od lat linię orzeczniczą oraz wieloletnią, ukształtowaną praktykę przypisywania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych za dokonane z naruszeniem przepisów Pzp zmiany umów o zamówienie publiczne (por. orzeczenie GKO z dnia 30 września 2013 r. sygn. akt BDF1/4900/39/44/RN-11/13/RWPD-39338) , nie jest wystarczające do zmiany linii orzeczniczej organów orzekających o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Tym bardziej, że orzekanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z zasady jest związane z interpretacją obowiązujących przepisów i oceną konkretnych zachowań pod kątem ich zgodności z prawem. Stąd podjęcie polemiki z ww. wyrokiem NSA jest możliwe i uzasadnione.

Przy czym GKO nie podziela stanowiska prezentowanego w zdaniu odrębnym do orzeczenia RKO, jakoby w rozpatrywanej sprawie można było odstąpić od wykładni przepisów uodfp lub art. 144 Pzp zaprezentowanej w ww. wyroku NSA ze względu na różnice w stanie faktycznym obu spraw oraz różnice w stanie prawnym (zmiany w art. 144 Pzp). GKO doniosłości tych różnic nie dostrzega i podziela w tym zakresie rozważania RKO. Stanowisko NSA było na tyle generalne, iż może być odniesione do obu stanów faktycznych oraz obu wersji przepisu art. 144 Pzp. W jednym i drugim przypadku rozpatrywano i oceniano zgodność dokonanych zmian umów w sprawie zamówienia publicznego w świetle istotności tych zmian i ich przewidzenia w treści umowy. W obu wersjach ww. przepisu przewidywana jest dopuszczalność zmian umowy w przypadku ich spełniającego pewne warunki przewidzenia w umowie, a także w przypadku nieistotności zmian. Przy czym przepisanie do dyrektywy 2014/24/UE i w ślad za nią do art. 144 ust. 1e Pzp pewnych wskazówek zaczerpniętych z prawotwórczego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, co do oceny istotności zmian umowy, nie zmienia faktu, iż cały czas regulacja istotności zmiany pozostaje ocenna i nieostra, a zakres uznaniowości ocen w tym zakresie jest ciągle olbrzymi. Nie zmienia się również wskazywany przez NSA cywilnoprawny charakter umowy i zmian umowy o zamówienie publiczne. Ponadto, co wydaje się w ww. wyroku NSA główną osią

rozważań, w obu przypadkach możliwości i legalności zmian upatrywano w postanowieniach umów, które takie zmiany miały dopuszczać. Tym samym dla stwierdzenia naruszenia przepisu art. 144 Pzp (w obu brzmieniach) dokonywano oceny postanowień umowy i ich stosunku do przeprowadzonych zmian, przeprowadzano niejako subsumpcję treści zmiany do treści postanowień umowy, które miały taką zmianę dopuszczać i przewidywać.

Stąd brak zastosowania przez GKO wskazówek NSA w niniejszej sprawie wynika z fundamentalnej niezgody z tezami zaprezentowanymi w wyroku NSA z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2238/15, a nie różnic w stanie faktycznym czy prawnym obu spraw. Rozpatrywane w tym przypadku zagadnienie prawne odnoszące się do zakresu i podstaw odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze aneksowania umów o zamówienie publiczne, a nawet w całym obszarze zamówień publicznych, jest zbyt doniosłe dla całego ładu finansów publicznych. Dlatego niejako z „otwartą przyłbicą”, tj. nie zasłaniając się zaciemniającymi istotę sprawy różnicami stanów faktycznych, można i należy, już bez dalszych metafor, podjąć polemikę z niżej przytaczanym stanowiskiem w adekwatnym zakresie.

Dla porządku, warto przytoczyć całość rozważań NSA, z którymi polemika jest podejmowana. Mianowicie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2238/15, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, co następuje:

„Zdaniem NSA zarzut materialny skargi kasacyjnej zasługuje na uwzględnienie. Skarżący kasacyjnie w zakresie tego zarzutu stwierdza, że wyrok Sądu I instancji narusza prawo, bo akceptuje wadliwie wyłożoną treść art. 144 ust. 1 p.z.p. i przez to przyjmuje, że skarżący kasacyjnie dokonał nieuprawnionej zmiany umowy o zamówienie publiczne, a tym samym dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zatem naruszenia prawa określonego w art. 17 ust. 6 u.o.d.

Zarzut kasacyjny postawiony w taki sposób należy uznać za zasadny. Przyjąć należy, że Sąd I instancji zaakceptował wadliwe stanowisko organów w zakresie wykładni art. 144 p.z.p. i z tego powodu w sposób nieuprawniony oddalił skargę kasacyjną. Art. 144 ust. 1 p.z.p. obowiązujący w chwili udzielenia zamówienia publicznego stanowił, że udzielający zamówienia publicznego nie może dokonywać istotnych zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zamówienia, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

W rozpoznawanej sprawie nie budzi wątpliwości okoliczność, że zamawiający – Gmina C – za którą działał skarżący kasacyjnie jako jej organ, przewidziała w pkt XIX swiz możliwość dokonania zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, wskazując, że taka zmiana możliwa jest wyłącznie wtedy, gdy jej konieczność wynikałaby z sytuacji, której nie można wcześniej przewidzieć lub gdy zmiana byłaby korzystna dla zamawiającego. Na gruncie tego uregulowania organy dyscyplinarne i Sąd I instancji przyjmują, że zmiana umowy dokonana przez skarżącego kasacyjnie w dniu 22 października 2012 r. przedłużająca termin wykonania umowy pierwotnej z dnia 31 października 2012 r. nadzień 30 listopada 2012 r. była niedopuszczalna, bo dotyczyła warunku istotnego umowy i odnosiła się do sytuacji, którą zamawiający mógł wcześniej przewidzieć (ustalenie lokalizacji placu zabaw w T). Konsekwencją tego założenia było stwierdzenie, że skarżący kasacyjnie dokonał nieuprawnionej zmiany umowy, czym naruszył art. 144 ust. 1 p.z.p., a to prowadziło do naruszenia art. 17 ust. 6 u.o.d.”

NSA nie podziela takiego poglądu. Stoi na stanowisku, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany w tym znaczeniu, że może być przypisana podmiotowi tylko wtedy, gdy naruszenie prawa polega wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów, a nie jest skutkiem jego interpretacji. Przyjęcie takiego założenia wynika z charakteru tej odpowiedzialności. Zatem przypisanie skarżącemu kasacyjnie takiej odpowiedzialności mogłoby mieć miejsce tylko wtedy, gdy organy i Sąd I instancji jednoznacznie wskazałyby naruszenie przepisów.

W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie ma miejsca. Organy dyscyplinarne przyjmują, a WSA w Warszawie akceptuje stanowisko, zgodnie z którym B S naruszył treść art. 144 ust. 1 p.z.p., bo dokonał zmiany umowy o wykonanie placów zabaw z naruszeniem dyspozycji wskazanego przepisu. Analiza akt sprawy nie potwierdza trafności takiego stanowiska. Wręcz przeciwnie, pozwala przyjąć trafność stanowiska odmiennego. Bez wątpienia organy i Sąd I instancji jednoznacznie stwierdzają, że w swiz przewidziano możliwość zmiany umowy i wskazano podstawy jej dokonania. Jednak w ich ocenie przewidziane tam podstawy mogły być odnoszone tylko do nadzwyczajnych okoliczności, bo tych których nie można było przewidzieć albo takich, które byłyby korzystne dla zamawiającego. W ocenie organów i Sądu I instancji sytuacja faktyczna, która doprowadziła do tej zmiany umowy nie mogła być kwalifikowana do żadnej z tych grup okoliczności, na które wskazuje art. 144 ust. 1 p.z.p.

NSA taki pogląd uznaje za nietrafny. Zdaniem Sądu II instancji deliktem dyscyplinarnym z art. 17 ust. 6 u.o.d.f.p. jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem

przepisów p.z.p., a więc art. 144 ust. 1 tej ustawy. W tym przepisie wyraźnie wskazano, że niedopuszczalna jest zmiana umowy, jeżeli zamawiający nie przewidział jej w ogłoszeniu lub w siwz. Gdy taką zmianę przewidział w tych dokumentach, to nie można zasadnie twierdzić, że działał z naruszeniem prawa. Sąd II instancji przyjmuje, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 u.o.d.f.p. musi być ujmowane formalnie, gdyż organy dyscyplinarne, jak i sądy administracyjne nie mają kompetencji do badania treści umów, więc wypowiedania się, które zmiany umowy w konkretnych okolicznościach faktycznych są istotne i z jakiego powodu. NSA przypomina, że na gruncie p.z.p. swoboda umów konstytuowana art. 353¹ k.c. jest ograniczona, ale to nie oznacza, że na temat istoty i charakteru umowy można wypowiadać się w postępowaniu dyscyplinarnym. Jeżeli taka konieczność zaistniałaby, to należałoby ją ustalić w drodze właściwego powództwa przed sądem cywilnym. Ustawa p.z.p. reguluje mechanizm takiego działania, a skoro nie został on uruchomiony, to trudno przyjąć, że działanie skarżącego kasacyjnie naruszyło treść art. 144 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z art. 17 ust. 6 uondfp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Głównym przepisem Pzp regulującym możliwość dokonania i dopuszczalny zakres zmian umów w sprawie zamówienia publicznego jest art. 144 Pzp (cytowany w stanie faktycznym – w orzeczeniu RKO). Przepis ten przewiduje szereg okoliczności, które znoszą generalny zakaz aneksowania umów o zamówienie publiczne. W całej dotychczasowej praktyce i orzecznictwie dotyczącym art. 144 (w jakimkolwiek porządku: w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, orzecznictwa sądów cywilnych, kontrolach NIK i UZP oraz w ramach dyscypliny finansów publicznych) naruszenie tego przepisu rozumiano jako dokonanie zmiany umowy bez oparcia, w co najmniej jednej z przesłanek tam przewidywanych. W związku z okolicznością, iż przepis określając powyższe posługuje się pojęciami nieostrymi, klauzulami generalnymi i referuje do okoliczności ocennych, dla stwierdzenia takiego naruszenia konieczna zawsze była wykładnia przepisu i ocena takich okoliczności w warunkach konkretnej sprawy. Np. w związku z okolicznością, iż przepis referuje do istotności zmiany jako zmieniającej charakter stosunku umownego, dla stwierdzenia naruszenia przepisu konieczna stawała się cywilistyczna ocena charakteru umowy i jej zmiany. Odesłanie w pkt 1 ust. 1 art. 144 Pzp do jednoznacznych postanowień umownych określających charakter i warunki przewidywanych/dopuszczanych zmian,

skutkuje koniecznością oceny, czy dokonując danej zmiany zamawiający oparł się na tego typu okolicznościach i czy postanowienia tego typu spełniają warunki ustawowe.

Według GKO brak jest jakichkolwiek jurydycznych podstaw dla postulatu, iż tego typu oceny nie mogą być prowadzone w ramach ustalenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 6 uodnfp, tj. dla stwierdzenia, czy dana zmiana umowy została dokonana z naruszeniem art. 144 Pzp.

NSA stanął na stanowisku, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zobiektywizowany w tym znaczeniu, że może być przypisana podmiotowi tylko wtedy, gdy naruszenie prawa polega wprost na naruszeniu dyspozycji przepisów, a nie jest skutkiem jego interpretacji, a ponadto, że naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 uodnfp musi być ujmowane formalnie. Stąd w związku z faktem, iż w SIWZ/umowie znalazły się jakieś postanowienia, które przewidywały możliwość dokonania zmiany umowy, w ogóle nie oceniał, czy były to postanowienia zgodne z art. 144 Pzp lub czy dokonane zmiany rzeczywiście znajdowały oparcie i były przewidywane w tych postanowieniach lub czy były istotne. Następnie Sąd deklaruje brak kompetencji/uprawnienia do badania cywilnoprawnych aspektów stosunków umownych i ich zmian.

Według GKO *dictum*, iż naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi być ujmowane formalnie jest słuszne, jednakże nie oznacza, iż dokonując subsumpcji danego stanu faktycznego np. aneksu do umowy jako naruszające przepisy Pzp, nie można dokonywać wykładni art. 144 ust. 1 Pzp. Każdy przepis, nawet przepisy prawa karnego, podlegają wykładni w trakcie ich stosowania, przy czym nie może to być wykładnia rozszerzająca. Ponadto nie jest zrozumiałe jaką wykładnie art. 144 Pzp NSA miał w tym przypadku na względzie. Zazwyczaj w rozpatrywanych przypadkach aneksowania umów i naruszenia art. 144 Pzp żadna pogłębiona wykładnia przepisu nie ma miejsca, oceniane jest tylko, czy dana zmiana umowy została dokonana w oparciu o adekwatne postanowienia umowy, które spełniają warunki określone w przepisie lub czy w rozumieniu przepisu jest istotna. W ocenie GKO brak powodów, dla których odpowiedzialność dyscyplinarna nie mogła referować do naruszeń przepisów, których stwierdzenie jest w znacznej mierze ocenne i referuje do przepisów, które można określić jako klauzule generalne. Prawnokarna sankcja za działanie na szkodę spółki również orzekana jest po dokonaniu z gruntu cywilistycznej i ekonomicznej oceny rozmiaru takiej szkody.

W rozpatrywanym przypadku mamy więc do czynienia z bezpośrednim naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp, co jest sankcjonowane w przepisie art. 17 ust. 6 uoondfp. W ujęciu formalnym, stwierdzenie, iż naruszono art. 144 ust. 1 Pzp (np. przez nieprawidłowe zastosowanie adekwatnych klauzul umownych), wystarczy (i dotychczas wystarczało) dla powstania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Powyższe oznacza, że naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych jest naruszenie jakiegokolwiek zastosowanej przesłanki aneksowania umowy wymienionej w art. 144 ust. 1 Pzp. Nie można natomiast dopuścić do sytuacji, w której nieprawidłowe zastosowanie niektórych przesłanek z ww. przepisu skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów w publicznych, a naruszenie innych przesłanek, nie skutkuje taką odpowiedzialnością.

GKO w zakresie odniesienia się do braku kompetencji organów orzekających o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych do dokonywania cywilnoprawnych kwalifikacji i ocen zmian stosunków umownych, podziela stanowisko zaprezentowane w cytowanym zdaniu odrębnym do orzeczenia RKO. Dodaje przy tym, iż akceptacja stanowiska NSA właściwie usuwa z zakresu orzekania w sprawach naruszeń dyscypliny finansów publicznych znaczną część „*deliktów zamówieniowych*”.

Dla przykładu, zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tego typu naruszenia nie sposób ująć formalnie w rozumieniu, które zdaje prezentować NSA. Stwierdzenie, iż dany opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 lub 7 Pzp, a więc generalne zasady, zawsze będzie ocenne i często wymagało będzie ustaleń faktycznych, do których ww. przepisy wprost nie referują lub do cywilistycznych ocen opisu przedmiotu zamówienia, w tym umowy w sprawie zamówienia, która na taki opis się składa. Za nieuprawnione należałoby również uznać dokonanie oceny istotności dokonywanych przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zmian w ofertach, które są instytucją prawa cywilnego, i skutkują brakiem odrzucenia oferty, w kontekście przypisania odpowiedzialności za czyn określony w art. 17 ust. 1c uoondfp.

Całość regulacji Pzp to właściwie ograniczenie cywilnoprawnej swobody kontraktowania, takie jest ich *ratio legis* i w ten sposób osiągane są rozliczne cele zamówień publicznych. Przestrzeganie tych przepisów winno być gwarantowane i sankcjonowane na różne sposoby, w tym również na gruncie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Właśnie w tym kontekście i zakresie należy uznać, iż organy orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych winny być uprawnione do orzekania

Sygn. akt BDF1.4800.101.2018

o przypadkach, w których zamawiający wykazują nadmierną (tj. niezgodną z przepisami Pzp) swobodę w kontraktowaniu, niezależnie, iż do ustalenia takiego przekroczenia może również mieć miejsce w ramach innych procedur prawnych.

RKO weźmie pod uwagę powyższe stanowisko, tj. w ramach powtórnego orzeczenia dokonana oceny zgodności przedmiotowych aneksów z art. 144 Pzp i na tej podstawie przypisze lub nie przypisze Obwinionej odpowiedzialności za czyn, o którym mowa w art. 17 ust. 6 uondfp. W ponownym orzeczeniu RKO oceni również wszystkie inne aspekty niezbędne do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, takie jak zawinienie czy szkodliwość społeczną czynu. Przy czym GKO nie daje żadnych wytycznych w zakresie samej oceny charakteru dokonanych zmian umownych i ich zgodności z Pzp. Powyższe nie było przedmiotem postępowania dowodowego przed GKO i zarzuty Rzecznika w tym zakresie nie zostały ocenione. Obwiniona ma prawo do tego typu oceny w dwóch instancjach.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.