



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 22 lutego 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marek Gluch</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jacek Najfeld (spr.)</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Ireneusz Piasecki</i>
Protokolant:		<i>Dorota Machnicka</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 22 lutego 2016 r., odwołania Obwinionego - pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy, od części orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie z dnia 22 października 2015 r. sygn. akt: RIO-52/DFP-35/2015, którym Regionalna Komisja Orzekająca uznała Obwinionego winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na dokonaniu zmiany umowy nr 272.9.2012 z dnia 11 września 2012 r. zawartej z Sp. z o.o. na realizację "Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...)" o wartości 6.715.863,85 zł netto; aneksem z dnia 7 czerwca 2013 r. dokonano zmiany umowy w zakresie pomp wyporowych, stanowiących wyposażenie przydomowych przepompowni ścieków na pompy o parametrach innych niż przewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ); powyższym naruszono art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.),

oraz odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu i obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł,

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 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) 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

Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie (zwana dalej RKO), po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22.10.2015 r. sprawy z wniosku Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych o uznanie Pana (...), Wójta Gminy, za odpowiedzialnego na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej ustawą), za naruszenie dyscypliny finansów publicznych:

1. określone w art. 17 ust. 6 ustawy, polegające na dokonaniu zmiany umowy nr 272.9.2012 z dnia 11.09.2012 r. zawartej z (...) na realizację „Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...), (...), (...)” o wartości 6.715.863,85zł netto; aneksem z dnia 07.06.2013 r. dokonano zmiany umowy w zakresie pomp wporowych, stanowiących wyposażenie przydomowych przepompowni ścieków na pompy o parametrach innych niż przewidziane w SWIZ, czym naruszono art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp),
2. określone w art. 17 ust. 1 ustawy, polegające na opisaniu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...), (...), (...) w zakresie zdolności ekonomicznej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez określenie wymogu osiągnięcia przez wykonawców rocznego przychodu netto ze sprzedaży w ostatnich trzech latach obrotowych w wysokości co najmniej 20 mln zł w każdym roku, przy zamówieniu o wartości szacunkowej 8.943.181,62 zł, czym naruszono art. 22 ust. 4 Pzp,

uznała Pana (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy, polegające na dokonaniu zmiany umowy nr 272.9.2012 z dnia 11 września 2012 r. zawartej z Sp. z o. o. na realizację „Budowy sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości(...) o wartości 6.715.863,85zł netto; aneksem z dnia 07.06.2013 r. dokonano zmiany umowy w zakresie pomp wyporowych, stanowiących wyposażenie przydomowych przepompowni ścieków na pompy o parametrach innych niż przewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), czym naruszono art. 144 ust. 1 Pzp.

Na podstawie art. 36 ust. 1 ustawy odstąpiono od wymierzenia Obwinionemu kary.

Odnosnie do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy RKO uniewinniła Obwinionego na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 3 ustawy.

W uzasadnieniu swojego orzeczenia RKO stwierdziła, iż w dniu 07.06.2013 r. Obwiniony podpisał aneks nr 2 do umowy, zmieniający jej treść. Zmiana dotyczyła zmiany pomp w przydomowych przepompowniach ścieków na pompy o innych parametrach niż wskazane w SIWZ. Możliwość takiej zmiany nie była zastrzeżona ani w ogłoszeniu ani w SIWZ. Bez znaczenia jest kto zaproponował taką zmianę jak i kto ją opiniował, a także czy była ona korzystna, czy niekorzystna dla instalacji z technicznego punktu widzenia.

Dla oceny sprawy w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych, kluczowe znaczenie ma fakt, czy w sprawie mamy do czynienia z istotną zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do tego co zostało zapisane w SIWZ i zostało zaoferowane przez wykonawcę w ofercie. Zgodnie z art. 140 ust. 1 i 2 Pzp, przedmiot (świadczenie) dostarczony musi być tożsamy z tym, jaki wykonawca zobowiązał się dostarczyć w umowie, ten zaś musi odpowiadać określeniu przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ. Ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych pozwala dokonać zmiany umowy, także w istotnym zakresie jedynie gdy taką możliwość przewidziano w ogłoszeniu lub w SIWZ.

Stosownie do art. 144 ust. 1 Pzp zakazuje się 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 lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany.

W ocenie RKO, zmiana opisana w aneksie nr 2 do umowy była istotną zmianą umowy. Niezależnie od powodów dokonanej zmiany pomp, nie mogła być ona uznana za nieistotną z uwagi, iż przedmiotem zamówienia była duża ilość pomp, tj. 471 sztuk. Sam zakres zmiany nie sprowadza się jedynie do zmiany ich producenta, lecz przede wszystkim do znaczących zmian parametrów pomp. W konkluzji RKO stwierdziła, iż przepis art. 141 ust. 1 Pzp należy interpretować ściśle, a zamawiający musi to jednoznacznie udowodnić lub rozpisać nowy przetarg.

Orzekając w przedmiocie kary, RKO wzięła pod uwagę ustalony i niekwestionowany stan faktyczny, okoliczności popełnienia i przypisania Obwinionemu czynu opisanego w punkcie pierwszym zarzutu, dobrą opinię o pracy Obwinionego, niski stopień szkodliwości dla finansów publicznych oraz fakt, że Obwiniony nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W tym stanie rzeczy RKO orzekła o odstąpieniu od wymierzenia kary, uwzględniając jako okoliczności łagodzące fakty opisane wyżej, sumienne wypełnianie obowiązków zawodowych przez Obwinionego oraz działanie w interesie społecznym, dla

dobra mieszkańców gminy i środowiska naturalnego. W konkluzji RKO uznała, zgodnie z dyspozycją art. 36 ustawy, że jest to przypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie.

Obwiniony pismem z dnia 16.11.2015 r. wniósł odwołanie od ww. orzeczenia RKO, w którym zarzucił naruszenie przepisów art. 17 ust. 6 ustawy, polegające na przyjęciu, iż zmiana umowy dokonana aneksem z dnia 07.06.2013 r. narusza przepisy art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień oraz wniósł o uniewinnienie od zarzucanego czynu.

W uzasadnieniu Obwiniony wskazał, co następuje.

Zaskarżone orzeczenie zostało niemal w zupełności oparte na wynikach kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych. Zasadnicze ustalenie tej kontroli, stanowiące podstawę uznania Obwinionego za winnego zostały poczynione w oparciu o opinię biegłego powołanego przez Urząd Zamówień Publicznych.

Przedmiotem umowy nie była umowa sprzedaży przepompowni, lecz umowa o roboty budowlane. Nieporozumieniem była ocena zmiany zastosowanych urządzeń technicznych bez jednoczesnego nawiązania do całości przedmiotu umowy, tj. robót budowlanych. Porównanie jednego z elementów wchodzących w skład urządzenia, czy też jednego z rodzaju robót budowlanych, składających się na większą całość było nieuzasadnione. Skoro zmiana jednego z elementów przepompowni nie spowodowała konieczności zmiany projektu ani zmiany zakładanych parametrów technicznych kanalizacji to zmiana ta była nieistotna z punktu widzenia całej inwestycji.

Rozpatrując przedłożone odwołanie, Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych zważyła, co następuje.

Treść umów w sprawie zamówienia publicznego nie może być swobodnie zmieniana przez strony. Zostaje ona bowiem zawarta przez działającego w interesie publicznym zamawiającego z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych (art. 7 ust. 3 Pzp), po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia (art. 2 pkt 7a w zw. z art. 10 Pzp), którym rządzą zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego muszą być zatem poddane ograniczeniom, zapewniającym, że przedmiot umowy, tożsamy z przedmiotem zamówienia, będzie rzeczywiście realizowany przez wykonawcę, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWIZ (art. 91 ust. 1 Pzp). W przeciwnym razie zawarcie umowy z wykonawcą oferującym najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia mogłoby okazać się jedynie pozorne, jeżeli następnie umowa ta podlegałaby nieograniczonym zmianom. To z kolei niweczyłoby podstawową zasadę zamówień publicznych, jaką jest, stosownie do art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy o finansach publicznych, zagwarantowanie celowego i oszczędnego dokonywania wydatków publicznych w sposób zapewniający uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów.

W konsekwencji art. 144 ust. 1 Pzp wprowadza względny zakaz istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, który polega na tym, że zmiany takie są dopuszczalne, jeżeli zamawiający przewidział możliwość ich dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Przewidziana zmiana musi zatem zostać skonkretyzowana w odniesieniu do zmienianych postanowień umowy poprzez zidentyfikowanie materii podlegającej ewentualnej zmianie, a warunki, na jakich nastąpi, muszą być ściśle określone, zarówno w aspekcie materialnym - poprzez wskazanie okoliczności, których zaistnienie spowoduje możliwość jej dokonania, jak

i w aspekcie formalnym – poprzez określenie sposobu postępowania stron, który ma finalnie doprowadzić do podpisania aneksu (poinformowanie drugiej strony o zaistnieniu okoliczności umożliwiających zmianę umowy, zainicjowanie negocjacji, zasady ich prowadzenie itp.). z kolei zmiany nieistotne mogą być wprowadzane do umowy bez ograniczeń.

Względny zakazem zmian umowy będą zawsze objęte zmiany istotne w stosunku do treści oferty, a zatem takie, które mogły mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Ofertę należy przy tym rozumieć szeroko, jako całość zobowiązania wykonawcy w niej zawartego, który składając tę ofertę, akceptuje SIWZ wraz z załączonym do niej wzorem umowy. Uznanie, iż oferta obejmowałaby jedynie te treści, które zamawiający ocenia na podstawie określonych w SIWZ kryteriów całkowicie wypaczyłoby sens zakazu zmian umowy przewidzianego w art. 144 ust. 1 Pzp. Oznaczałoby to bowiem dopuszczenie nieograniczonych zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, warunków i zasad jego realizacji, z wyłączeniem jedynie ceny i innych ewentualnie kryteriów oceny ofert, które określił zamawiający w danym postępowaniu. Tym samym zamówienie rzeczywiście zrealizowane mogłoby mieć niewiele wspólnego, tak co do jego jakości, jak i zakresu, z zamówieniem pierwotnie udzielonym na podstawie oferty, która tylko pozornie pozostawałaby nadal najkorzystniejsza. Natomiast cena oferty lub inne elementy poddane ocenie w ramach kryteriów oceny oferty (np. długość okresu gwarancji) przestałyby być w tak zmienionych warunkach realizacji zamówienia wyznacznikiem oferty najkorzystniejszej.

Przy uznaniu więc, że ofertą jest zawsze oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy z zamawiającym na warunkach określonych w SIWZ, a zatem także z wykorzystaniem załączonego do niej wzoru umowy, należy przyjąć, iż na gruncie art. 144 ust. 1 Pzp wszystkie istotne zmiany postanowień umowy są co do zasady zmianami w stosunku do treści oferty.

Podkreślenia wymaga przy tym, iż cywilistyczny podział elementów treści czynności prawnych na istotne (*essentialia* oraz *accidentalia negotii*) i nieistotne (*naturalia negotii*) nie przystaje do istotności postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp. Generalnie należy uznać, iż istotne zmiany wszystkich postanowień umowy, zarówno przedmiotowo jak i podmiotowo istotnych, są względnie zakazane na gruncie art. 144 ust. 1 Pzp. Wyznacznikiem istotności zmiany pozostaje z jednej strony jej ewentualny wpływ na krąg wykonawców, którzy ubiegaliby się o dane zamówienie, a z drugiej strony na wynik postępowania i określone przez wykonawcę wynagrodzenie.

W konsekwencji zmianą nieistotną postanowień umowy będzie zawsze zmiana, tzw. postanowień neutralnych, np. zmiana siedziby wykonawcy, jego firmy, adresu do korespondencji, wprowadzenie zapisu na sąd polubowny, zmiana osób do kontaktów czy też odpowiedzialnych za realizację kontraktu (w tym ostatnim przypadku pod warunkiem, że nie są to osoby, które podlegały weryfikacji w postępowaniu pod kątem spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia).

GKO w pełni podtrzymuje stanowisko RKO zawarte w zaskarżonym orzeczeniu z dnia 16 listopada 2015 roku. Podniesione przez Obwinionego w odwołaniu zarzuty nie dotyczą istoty problemu, którym jest wpływ wprowadzonych zmian na zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Dywagacje Obwinionego, iż przedmiotem zamówienia nie była umowa sprzedaży przepompowni lecz umowa o roboty budowlane, iż zmiana jednego z elementów, tj. pompowni, nie spowodował ani konieczności zmiany projektu budowlanego ani nie spowodował zmiany zakładanych parametrów technicznych całości kanalizacji należy uznać za bezprzedmiotowe, w świetle

powołanej powyżej zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Z ustalonego, niekwestionowanego stanu faktycznego, wynika, iż przedmiotowe pompy w ilości 471 sztuk stanowiły jeden z elementów zamówienia publicznego, który został przez zamawiającego wyszczególniony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Tak więc mamy do czynienia z sytuacją gdy po przyjęciu oferty wykonawcy oraz podpisania z nim umowy na wykonanie zamówienia, dochodzi do zmiany jednego z elementów oferty wymienionego w SIWZ, który może mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych tym zamówieniem. W aktach sprawy znajduje się opinia, sporządzona przez Zakład Ochrony Środowiska z siedzibą w Gliwicach na zlecenie Urzędu Zamówień Publicznych, w sprawie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości (...). W opinii dot. przedmiotowego zamówienia publicznego na pytanie trzecie „Czy zmiana umowy w zakresie rodzaju pomp była zmianą istotną w świetle art. 144 ust. 1 Pzp, tj. mogła mieć wpływ na krąg zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem?”, zostaje udzielona odpowiedź pozytywna.

Obwiniony kwestionuje powyższą opinię, z uwagi na kompetencje biegłego sporządzającego kwestionowaną opinię – w szczególności z uwagi na to, iż biegły nie jest specjalistą z zakresu budowy kanalizacji sanitarnej. Na poparcie swoich argumentów przedłożył do akt sprawy opinię Polskiego Zrzeszenia Inżynierów i Techników Sanitarnych Jednakże GKO zauważa, że jak wynika z treści i tytułu opracowania, przedmiotem opinii jest wpływ zmiany pompowni przydomowych na poprawność funkcjonowania sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach (...). W przedmiotowej opinii biegły wypowiada się jedynie w zakresie wpływu parametrów i aspektów technicznych zastosowanych rozwiązań (w tym zmiany pomp) na działanie sieci kanalizacji. Opinia ta nie dotyczy natomiast oceny wprowadzonych zmian w umowie a tym samym w stosunku do SIWZ, pod kątem zgodności z przepisem art. 144 ust. 1 (w zw. z art. 7 ust. 1) Pzp, i tym samym w ocenie GKO nie podważa ona opinii Zakładu Ochrony Środowiska z siedzibą w Gliwicach przygotowanej na zlecenie Urzędu Zamówień Publicznych.

Reasumując, odwołanie Obwinionego nie zasługuje na uwagę, ponieważ w swej istocie dotyczy kwestii technicznych zmiany umowy, a nie jej zgodności na gruncie wskazanych przepisów Pzp.

Oceniając kwestię winy GKO uznała, że od Obwinionego, wójta gminy, kierownika zamawiającego, można było wymagać znajomości zasad wynikających z art. 144 Pzp. Obwiniony mógł przewidzieć potrzebę zmiany pomp, lub takiej zmiany nie wprowadzać. Wprowadzenie omawianej zmiany, bez przewidzenia jej w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym lub w SIWZ mogło istotnie naruszyć uczciwą konkurencję zasadę równego traktowania wykonawców, dlatego nie ma podstaw do uznania, że przypisany Obwinionemu czyn był znikomym szkodliwym dla finansów publicznych.

RKO odstąpiła od wymierzenia Obwinionemu kary, zastosowała zatem instytucję nadzwyczajną, najbardziej korzystną dla Obwinionego w przypadku przypisania odpowiedzialności. Dlatego rozważanie, czy takie rozstrzygnięcie nie jest dla Obwinionego zbyt surowe, jest zbędne.

Biorąc powyższe pod uwagę GKO orzekła, jak w sentencji.