



**ORZECZENIE**  
**GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH**  
**O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 29 maja 2017 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	<b><i>Wojciech Robaczyński</i></b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Agata Mikołajczyk (spr.)</i></b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b><i>Bogdan Artymowicz</i></b>
Protokolant:		<b><i>Paweł Matusiak</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 29 maja 2017 r., odwołania złożonego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (...) – zam. (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach z dnia 16 grudnia 2016 r. sygn. akt: (...), którym Komisja, uznała (...)– pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...), „odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez zmianę, z naruszeniem przepisów o zamówieniach

publicznych, umowy nr (...) z dnia (...). na realizację zadania pn. „Budowa ulicy (...) - etap II”, w wyniku której przesunięto termin realizacji zadania, pomimo braku przewidzenia możliwości takiej zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o przetargu, co stanowiło naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.);

Wartością naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest kwota 1.216.068,99 zł netto stanowiąca wartość szacunkową zamówienia;

Czas popełnienia czynu jest tożsamy z dniem dokonania zmiany powyższej umowy tj. dniem 21 września 2015 r., w którym podpisano aneks nr 1 do powyższej umowy;”

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzania kary i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

#### **orzeka**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, uchyla orzeczenie pierwszej instancji w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach.**

#### **Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

#### **Uzasadnienie**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach [RKO] uznała.

*Cyt.: „1.Na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2, art. 19 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Pana*

*(...) uznaje odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych w myśl art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, poprzez zmianę, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, umowy nr (...) z dnia 14 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn. „Budowa ulicy (...) - etap II”, w wyniku której przesunięto termin realizacji zadania, pomimo braku przewidzenia możliwości takiej zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o przetargu, co stanowiło naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.);*

*Wartością naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest kwota 1.216.068,99 zł netto stanowiąca wartość szacunkową zamówienia;*

*Czas popełnienia czynu jest tożsamy z dniem dokonania zmiany powyższej umowy tj. dniem 21 września 2015 r., w którym podpisano aneks nr 1 do powyższej umowy; i odstępuje od wymierzenia kary.*

*2. Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Pana (...) obciąża kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł na rzecz Skarbu Państwa”.*

*W uzasadnieniu orzeczenia RKO wskazała, co następuje.*

*Cyt.: „Do Rzecznika dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach /dalej: Rzecznik/ wpłynęło zawiadomienie (...) z dnia (...) o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych w Gminie (...) przez Pana (...) - wójta Gminy (...), złożone przez p.o. Zastępcy Dyrektora Wydziału (...), działającego z upoważnienia Zarządu Województwa (...). Postanowieniem z dnia 1 sierpnia 2016 r. Rzecznik wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie - sygn. akt (...) po zakończeniu, którego skierował przeciwko wyżej wymienionemu w dniu 14 października 2016r. wniosek o ukaranie. Na podstawie art. 109 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 168 z późn. zm.) Rzecznik wniósł o uznanie: Pana (...) - Wójta Gminy (...) za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na tym, że dopuszczono się naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) poprzez zmianę, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, umowy nr (...) z dnia 14 sierpnia 2015 r. na realizację zadania pn. „Budowa ulicy (...) - etap II”, w wyniku której przesunięto termin realizacji zadania, pomimo braku przewidzenia możliwości takiej zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o przetargu. Wniosek o ukaranie ustalił*

wartość naruszenia dyscypliny finansów publicznych na kwotę 1.216.068,99 zł netto stanowiąca wartość szacunkową zamówienia.

Czas popełnienia czynu uznano za tożsamy z dniem dokonania zmiany powyższej umowy tj. dzień 21 września 2015 r., w którym podpisano aneks nr 1 do powyższej umowy.

Zdaniem Rzecznika czyn ten wypełnia przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i uzasadnia wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia.

Formułując wniosek o ukaranie Rzecznik uwzględnił następujący stan faktyczny i prawny sprawy.

W toku wykonania umowy nr (...) na realizację zadania pn. „Budowa ulicy (...) - etap II”, zawarto aneks nr 1 z dnia 21 września 2015 r., w wyniku którego przesunięto termin realizacji zadania, pomimo braku przewidzenia możliwości takiej zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia /dalej: siwz/ lub ogłoszeniu o przetargu. Pierwotny termin realizacji robót został przesunięty o 15 dni, z dnia 22 września 2015 r. na dzień 17 października 2015 r.”.

Jako dowody Rzecznik wskazał na: (1) Umowę nr (...) z dnia (...) wraz z aneksem - karty 24-30; Specyfikację istotnych warunków zamówienia - karty 39-61. Ogłoszenie o zamówieniu - karty 62-65.

Dalej podał, że cyt.: „W ramach postępowania wyjaśniającego Obwiniony złożył pisemne wyjaśnienia, z których wynika, że przyczyną konieczności przesunięcia terminu wykonania robót była obiektywna sytuacja spowodowana przez gestorów sieci przesyłowych, która nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Gminy (...). W ocenie Obwinionego sytuacja ta była także nieprzewidywalna. W wyjaśnieniach tych Obwiniony podkreślił, iż gestorzy sieci odstąpili od dotychczasowych uzgodnień i wydali nowe korzystne dla siebie, nie zważając na sytuację inwestora”.

Rzecznik wymienił, jako dowód: Wyjaśnienia Obwinionego z dnia 16 sierpnia 2016 r. - karty 72 - 76.

Dalej wskazał, że cyt.: „(...) dokonując analizy opisanego stanu faktycznego oraz kwalifikacji prawnej czynu Obwinionego uwzględnił dyspozycję art 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z przytoczonym przepisem jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z

*tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy.*

*Rzecznik kwalifikację prawną według art. 24 ust. 1 ww. ustawy odniósł nie tylko do przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, lecz również do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W dniu 28 lipca 2016 r. weszła bowiem w życie nowelizacja Prawa zamówień publicznych wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Wskutek wprowadzonych zmian zmodyfikowano brzmienie przepisu art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który reguluje materię zmiany treści umowy o zamówienie. Przepis art. 144 ust. 1 pzp w momencie popełnienia czynu brzmiał: Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.*

*Według Rzecznika zaniechanie przewidzenia w siwz lub ogłoszeniu o przetargu możliwości zmiany umowy w zakresie terminu zakończenia robót, a także zaniechanie określenia warunków pod jakimi taka zmiana mogłaby nastąpić powodowało, że zarzucany Obwinionemu czyn wypełniał znamiona naruszenia ww. przepisu w brzmieniu obowiązującym w chwili popełnienia czynu.*

*Art. 144 ust. 1 pzp od dnia 28 lipca 2016 r. przyjął brzmienie:*

*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 I,*

*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. II 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.*

*W ocenie Rzecznika żadna z zawartych w tym przepisie przesłanek warunkujących zmianę umowy w niniejszej sprawie nie została spełniona. W jego ocenie warunki zmiany umowy określone w pkt 1 są powtórzeniem przepisu art. 144 ust. 1 przed zmianą ustawy. Punkty 2,3,6 dotyczą zmiany zakresu przedmiotowego umowy i są konsekwencją uchylecia z dniem 28 lipca 2016 r. konstrukcji zamówienia dodatkowego, i wprowadzenia możliwości zmiany zakresu przedmiotu zamówienia w ramach zmiany umowy, zatem z istoty rzeczy nie mogą dotyczyć zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia. Punkt 4 dotyczy zmiany osoby wykonawcy i nie ma zastosowania do przedmiotowego czynu. Nie jest też spełniona przesłanka określona w pkt 5, gdyż zmiana terminu wykonania umowy (tym bardziej w sytuacji gdy skrócenie terminu realizacji zamówienia było jednym z kryteriów*

*oceny ofert) jest zmianą istotną umowy. Ponadto mając na uwadze przepis art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a pzp, zgodnie z którym:*

*Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, a zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.*

*W ocenie Rzecznika jest prawdopodobne, że gdyby wykonawcy przystępujący do postępowania o zamówienie wiedzieli o faktycznym terminie zakończenia robót, wprowadzonym aneksem do umowy, skonstruowaliby oferty innej treści, lub stan ten mógłby mieć wpływ na udział w postępowaniu innych wykonawców”.*

W świetle powyższego Rzecznik przyjął, iż w przedmiotowej sprawie powinien mieć zastosowanie przepis nowy, zgodnie z ogólną regułą niezależnie od tego, że zarówno nowy, jak i stary stan prawny został naruszony opisanym stanem faktycznym. A zatem czyn Obwinionego wypełnia przesłanki naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej także „uondfp”).

W uzasadnieniu RKO stwierdziła, że cyt.: „*We wniosku o ukaranie Rzecznik wywiódł ponadto, że w jego ocenie Obwiniony nie dołożył należytej staranności wymaganej na jego stanowisku. Przyjęcie postawy należytej staranności polegałaby na wprowadzeniu do siwz lub do treści ogłoszenia zapisów umożliwiających zmianę terminu wykonania zamówienia, zapisów takich jednak nie wprowadzono, a udział Obwinionego w kształtowaniu treści specyfikacji jest bezpośredni, gdyż zatwierdził on jej treść, działając jako kierownik zamawiającego.*

*Odnosząc się w tym zakresie do wyjaśnień, jakich Obwiniony udzielił w toku postępowania wyjaśniającego, Rzecznik w uzasadnieniu wniosku o ukaranie zauważył, iż gestorzy sieci nie uchylili dotychczasowych obowiązujących, warunków jakie ustanowili w związku z planowaną inwestycją Gminy (...). Z przekazanych Rzecznikowi dokumentów wynika, że rzeczony warunki techniczne wygasły wskutek upływu czasu, na jaki zostały wydane. Wygaśnięcie pierwotnie uzyskanych warunków technicznych nastąpiło odpowiednio 30 marca 2013 r., 3 października 2013 r. 11 października 2013 r. Tymczasem wszczęcie postępowania o zamówienie na realizację zadania pn. „Budowa ulicy (...) - etap II” nastąpiło*

*17 lipca 2015 r. Zatem od wygaśnięcia warunków technicznych do wszczęcia postępowania upłynęło co najmniej 1,5 roku. Istniała zatem możliwość weryfikacji ważności uprawnień. Rzecznik nie zgadza się także ze stwierdzeniem Obwinionego, iż niemożliwym do przewidzenia było, że gestorzy sieci wydając nowe warunki, zmieniają je w warstwie merytorycznej, w porównaniu do warunków, które wygasły w 2013 r. W wyjaśnieniach Obwiniony nie wyjaśnił, na czym opierał przekonanie, że gestorzy sieci nie mogą modyfikować treści nowo wydawanych warunków technicznych w porównaniu do warunków uprzednio ustalanych”.*

Jako dowód RKO wskazała na „Warunki techniczne obowiązujące do 2013 r. - karty 78 - 84”.

Dalej RKO podała, że cyt.: „Odnosząc się zaś do przywołanego przez Obwinionego w wyjaśnieniach pisma Ministra Infrastruktury z dnia 24 listopada 2010 r. z którego wynika, że prowadzenie robót budowlanych w oparciu o warunki techniczne, które wygasły w okresie obowiązywania pozwolenia na budowę, nie narusza przepisów Prawa budowlanego, Rzecznik podniósł, iż przedmiotem postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych było złamanie przepisów Prawa zamówień publicznych, a nie ocena prawidłowości procesu budowlanego, w świetle ustawy Prawo budowlane, którego naruszenie jest zagrożone odpowiedzialnością na zasadach określonych w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest niezależna od odpowiedzialności określonej innymi przepisami prawa”.

RKO w uzasadnieniu, na jego str. 8/9, stwierdziła cyt.: „Komisja Orzekająca na rozprawie w dniu 16 grudnia z udziałem Obwinionego przeprowadziła postępowanie dowodowe uwzględniając dowody zebrane w sprawie i wysłuchała wyjaśnień Obwinionego. Potwierdziło ono w pełnej rozciągłości prawidłowość ustaleń dokonanych przez Rzecznika w zakresie stanu faktycznego i prawnego sprawy.

Dokonane przez Skład Orzekający ustalenie wykazały także, że Obwiniony nie działał w zamiarze popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jednak popełnił go wskutek niedołożenia należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach.

Orzekając o odstąpieniu od wymierzenia kary Komisja wzięła pod uwagę wagę naruszonych obowiązków, fakt iż mimo popełnionego naruszenia zamówienie zostało wykonane w sposób określony w siwz, osiągnięto zamierzone efekty inwestycyjne, zaś



*Obwiniony do daty popełnienia czynu nie był karany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.*

*O kosztach orzeczono zgodnie z przepisem art. 167 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych”.*

Odwołanie od orzeczenia RKO z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt: (...) na korzyść Obwinionego wniósł Obwiniony - (...), reprezentowany przez obrońcę. Zaskarżanemu orzeczeniu zarzucono naruszenie przepisów:

- 1) art. 17 ust. 6 uoondfp w związku z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej także „pzp”, z uwagi na naruszenie art. 24 ust. 1 uoondfp, albowiem zdaniem Obwinionego to przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed 26 lipca 2016 r. powinny być uznane jako względniejsze dla Obwinionego, z uwagi na fakt, że wcześniejsza redakcja przepisu art. 144 ust. 1 pzp miała brzmienie bardziej subiektywnie ocenne, zakazując zmian istotnych, w odróżnieniu od aktualnie obowiązujących przepisów zastosowanych przez Organ orzekający pierwszej instancji, enumeratywnie wymieniających przesłanki ewentualnej zmiany umowy. Zdaniem Obwinionego zmiana umowy z dnia 14 sierpnia 2015 r., dokonana aneksem nr 1 z dnia 21 września 2015 r. - nie miała charakteru istotnego w okolicznościach niniejszej sprawy, z powodów szczegółowo wymienionych w wyjaśnieniach złożonych przez Obwinionego podczas rozprawy w dniu 16 grudnia 2016 roku (ktokolwiek byłby wykonawcą, byłby w takiej samej sytuacji, bowiem zamawiający musiałby podpisać z nim aneks z powodu nieprzewidzianej sytuacji w toku wykonywania robót budowlanych na podstawie obowiązującego pozwolenia na budowę - zmiany warunków wykonywania robót budowlanych wynikających z zatwierdzonego i obowiązującego pozwolenia na budowę - zmiany umowy miały więc charakter nieprzewidywalny i równoważny dla wszystkich oferentów uczestniczących w przetargu; kryterium oceny ofert było „skrócenie terminu wykonania zadania”, a nawet gdyby wybranemu wykonawcy przyznano za skrócenie terminu 0 punktów, to i tak jego oferta była najkorzystniejsza); obowiązująca w momencie popełnienia czynu redakcja przepisu art. 144 ust. 1 pzp była następująca: „1. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o

zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany." Niezasadne jest więc do wykładni tego przepisu (art. 144 ust. 1 pzp) odnoszenie normy zawartej w nowym brzmieniu ustawy w art. 144 ust. 1e pzp (w tym cytowanego w treści uzasadnienia zaskarżonego Orzeczenia stanowiska Rzecznika - pkt 2 lit. a) tego przepisu pzp), będącego ustawą nową i regulacją uchwaloną, która weszła w życie, po dniu popełnienia czynu podlegającego ocenie), co zresztą samo w sobie stanowi o naruszeniu art. 24 ust. 1 uoondp, gdzie dla oceny która ustawa jest względniejsza dla Obwinionego dokonując analizy przepisu „starego” dokonuje się jego wykładni z użyciem przepisu „nowego”;

- 2) art. 19 ust. 2 zd. 1 w zw. z art. 17 ust. 6 i te w zw. z art. 21 uoondfp, polegające na przypisaniu Obwinionemu winy w czasie popełnienia czynu, tj. w dniu 21 września 2015 r., w sytuacji, gdy nawet z uzasadnienia Orzeczenia wynika, że Organ pierwszej instancji winy czy zarzucalności czynu poszukuje w całkiem innych okolicznościach i datach, związanych z etapem poprzedzającym zawarcie samej umowy, a nie aneksu do niej; tymczasem to nie wadliwa konstrukcja umowy nr (...) z dnia 14 sierpnia 2015 r., czy sam fakt jej zawarcia, były przedmiotem zarzutów, ale jej zmiana dokonana w dniu 21 września 2015 r.;
- 3) art. 19 ust. 2 zd. 2 uoondfp, polegające na nieuwzględnieniu faktu, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zmiany umowy z dnia 14 sierpnia 2015 r. (ocenianej w dniu wskazanym jako czas czynu) nie można było uniknąć, wskutek ujawnienia się okoliczności, że gestorzy sieci zamierzają ustalić zmienione warunki techniczne po dniu zawarcia umowy; należy wziąć dodatkowo pod uwagę, iż Obwiniony stanął przed alternatywą - albo działając w stanie wyższej konieczności podpisać przedmiotowy aneks z dnia 21 września 2015 r., biorąc pod uwagę, że każdy - ktokolwiek byłby wykonawcą - stanąłby przed tożsamym problemem, w tym więc znaczeniu przyczyna przedłużenia terminu była zobiektywizowana, a nie uznaniowa, wynikając z okoliczności, których nie można było przewidzieć na etapie udzielania zamówienia publicznego - albo zachować się inaczej - chociaż ani Rzecznik ani Organ orzekający w pierwszej instancji nie są w stanie podać alternatywnego modelu postępowania oczekiwanego od Wójta w takim przypadku, uciekając od oceny braku winy zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy w procesie budowlanym, co wynika z analizy treści uzasadnienia zaskarżonego Orzeczenia;

- 4) art. 28 ust. 1, 1a i 3 uondfp, polegające na wadliwym ustaleniu wartości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wynikające z przyjęcia wartości szacunkowej zamówienia, i nie uwzględnienia faktu, że parametry finansowe samej umowy wskutek jej zmiany nie uległy zmianie, a co najwyżej uwzględnić należało faktycznie ustaloną w procedurze zamówienia publicznego kwotę netto wynikającą z zawartej umowy z dnia 14 sierpnia 2015 r.;
- 5) art. 28 ust. 1 uondfp, polegające na nieuwzględnieniu znikomej szkodliwości czynu dla finansów publicznych;
- 6) art. 33 ust. 1 i 2 samodzielnie i w zw. z art. 36 uondfp, w ten sposób, że nieprawidłowo ustalono stopień szkodliwości czynu dla finansów publicznych, nie uwzględniono znikomej szkodliwości czynu dla finansów publicznych, wadliwie ustalono wartość naruszenia dyscypliny finansów publicznych;
- 7) art. 137 ust. 2 pkt 1 i 2 uondfp, polegające na wadliwym uzasadnieniu orzeczenia, faktycznie uniemożliwiającym odniesienie się do poszczególnych okoliczności faktycznych uznanych przez Organ orzekający w pierwszej instancji za udowodnione oraz nieuwzględnienie w ogóle przebiegu rozprawy w dniu 16 grudnia 2016 r. w treści uzasadnienia, w sytuacji, gdy we wniosku o ukaranie z dnia 14 października 2016 r. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych zawarł wielce kontrowersyjną tezę, zdaniem Obwinionego niedopuszczalną w świetle oceny podmiotowej strony czynu ocenianej na wskazany w orzeczeniu dzień popełnienia czynu, iżby; *„przedmiotem postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych było złamanie przepisów Prawa zamówień publicznych, a nie ocena prawidłowości procesu budowlanego, w świetle ustawy Prawo budowlane.”*, gdy w uzasadnieniu w jednozdaniowym ustosunkowaniu się do postępowania dowodowego Organ orzekający w pierwszej instancji stwierdził: *„Komisja Orzekająca na rozprawie w dniu 16 grudnia z udziałem Obwinionego przeprowadziła postępowanie dowodowe uwzględniając dowody zebrane w sprawie i wysłuchała wyjaśnień Obwinionego. Potwierdziło ono w pełnej rozciągłości prawidłowość ustaleń dokonanych przez Rzecznika w zakresie stanu faktycznego i prawnego sprawy.”* W sytuacji, gdy odwoływanie się przez Obwinionego do wyjaśnień Ministra Infrastruktury z dnia 24 listopada 2010 r, było kluczowym elementem jego linii obrony, zignorowanie tych argumentów wskutek pominięcia oceny procesu budowlanego było podstawowym błędem logicznym Organu orzekającego w pierwszej instancji w kontekście oceny winy lub jej braku po stronie Obwinionego. Podobnie ocenić należy brak jakiegokolwiek

odniesienia się w uzasadnieniu orzeczenia do momentu popełnienia czynu, wskazywanych przez Obwinionego przyczyn, dla których zmiana umowy była najlepszym rozwiązaniem, czy wskazywanej przez Obwinionego „zerowej” wartości naruszenia dyscypliny finansów publicznych i działania w momencie wskazanym jako czas popełnienia czynu w stanie wyższej konieczności uzasadnionej okolicznościami, w sytuacji gdy wszystkie pozostałe alternatywy byłyby działaniem na szkodę mienia zarządzanej przez Obwinionego Gminy i powierzonej jego szczególnej pieczy”.

W odwołaniu wniesiono o:

- 1) uniewinnienie Obwinionego od zarzucanego mu czynu, ewentualnie;
- 2) uchylenie Orzeczenia w całości i umorzenie postępowania z uwagi na znikomą szkodliwość czynu dla finansów publicznych, ewentualnie;
- 3) uchylenie Orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Regionalnej Komisji.

Dodatkowo w uzasadnieniu odwołania podkreślono, że cyt.: „(...) Wójt jako organ wykonawczy gminy z mocy art. 50 ustawy o samorządzie gminnym zobowiązany jest do zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu mieniem, bowiem zgodnie z tym przepisem „Obowiązkiem osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem komunalnym jest zachowanie szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu zgodnie z przeznaczeniem tego mienia i jego ochrona.” Z tego punktu widzenia zawarty w dniu 21 września 2015 r. Aneks nr 1 do Umowy z dnia 14 sierpnia 2015 r. należy ocenić w ten sposób, że wskutek podpisania aneksu trwałość umowy została utrzymana, umożliwiając wykonanie umowy z nieznacznym przesunięciem terminu, działając w interesie Gminy, ratując tym samym dofinansowanie z funduszy unijnych, które musiałyby zostać stracone, gdyby umowa została rozwiązana lub od jej wykonywania odstąpiono”. Wskazano także, że cyt.: „Dodatkowo konieczność wdrożenia nowej procedury zamówienia publicznego nie gwarantowała możliwości wykonania przedmiotu umowy do końca roku z uwagi na warunki atmosferyczne i uprzednie uzyskanie nowych uzgodnień branżowych przed sporządzeniem SIWZ (po uzyskaniu wiedzy o nie podtrzymaniu dotychczasowych uzgodnień branżowych przez gestorów sieci). Wreszcie konieczność wdrożenia nowej procedury zamówienia publicznego narażała Gminę na ryzyko kar umownych i odszkodowania ze strony wykonawcy zawartej umowy z dnia 14

*sierpnia 2015 r.” Podano ponadto, że cyt.: „(...) z dzisiejszej perspektywy czasu ocenić należy taki sposób rozwiązania kwestii następczej czasowej niemożliwości świadczenia (o charakterze de facto siły wyższej, choć sama umowa nie przewidywała postanowień na taką okoliczność) jako dokonanej z najlepszym interesem Gminy (...), co winno mieć decydujące znaczenie dla oceny braku winy po stronie Obwinionego lub też znikomej szkodliwości czynu dla finansów publicznych”.*

**Rozpoznając odwołanie Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zwana dalej GKO, ustaliła i zważyła, co następuje:**

GKO uznała odwołanie za zasadne i jednocześnie stwierdziła, że z uwagi na ogólnikowość uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, a w zasadzie z uwagi na brak w uzasadnieniu stanowiska RKO w zakresie przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 6 uoondfp w zw. z naruszeniem art. 144 ust. 1 pzp, nie jest możliwe w tej sprawie jej rozstrzygnięcie, co do istoty.

Na powyższe zwrócił także na rozprawie uwagę Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, który stwierdził, że w uzasadnieniu orzeczenia:

- 1) brak jest wskazania przez RKO, dlaczego zmiana umowy, zawartym aneksem jest istotna oraz, jak powinien postąpić Obwiniony w tych konkretnych okolicznościach sprawy (wzorzec postępowania);
- 2) brak jest rozważania przez RKO dlaczego Obwinionemu można przypisać winę oraz, że brak jest rozważań, co do zarzucanej szkodliwości czynu, a co za tym idzie, co do ewentualnego braku możliwości umorzenia postępowania. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych zwracał także uwagę na brak wskazania przyczyn przypisanego naruszenia. Wnioskując o uchylenie tego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Komisję I instancji stwierdził, że wskazywane wady nie pozwalają również Rzecznikowi na zajęcie stanowiska, co do przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz do podnoszonych w odwołaniu okoliczności.

GKO podkreśla, że uchylenie orzeczenia przez organ odwoławczy i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty w orzeczeniu następczym (orzeczenie o charakterze reformatoryjnym) jest możliwe wtedy, gdy pozwalają na to zgromadzone dowody, zarówno te ujawnione przez

Komisję I instancji, jak i przeprowadzone na rozprawie przez organ odwoławczy. W orzecznictwie przyjmuje się, że uchylenie orzeczenia i rozstrzygnięcie sprawy co do meritum przez instancję ad quem jest możliwe, jeżeli zebrany materiał dowodowy jest kompletny i wystarczający dla właściwej oceny wszystkich okoliczności, a mianowicie co do zastosowanego prawa zgodnie z regułą określoną art. 24 ust. 1 uondfp, jak i co do okoliczności faktycznych i w konsekwencji odpowiedzialności obwinionego za przypisany mu czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych. GKO zwraca uwagę, że niedopełnienie przez RKO obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia materiału dowodowego, chociażby w zakresie zaskarżonym, a także dotyczącym stopnia zawinienia, jak również okoliczności mających wpływ na wymiar kary oraz określenia możliwego wzorca zachowania przez Obwinionego - jest uchybieniem uzasadniającym uchylenie orzeczenia organu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Ta daleko idąca wadliwość zaskarżonego orzeczenia powoduje, że GKO nie zajmowała się oceną merytoryczną zaskarżonego orzeczenia. Powinnością zatem Komisji I instancji jest ponowne rozpoznanie sprawy i wydanie orzeczenia oraz jego uzasadnienie, które w zakresie wymaganym art. 137 ust. 2 uondfp powinno zawierać wszystkie prawem przewidziane elementy poprawnego rozstrzygnięcia.

GKO w ramach wytycznych zwraca poniżej uwagę na okoliczności, które powinny zostać wzięte pod uwagę przez RKO przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

RKO w pierwszej kolejności powinna odnieść się do najdalej idącego merytorycznego wniosku z odwołania, a mianowicie zastosowania prawa z daty popełnienia przypisanego czynu. Wadą wydanego orzeczenia RKO jest w szczególności ogólnikowy i skrótowy wywód dotyczący kluczowego elementu dotyczącego reguły określonej w art. 24 ust.1 uondfp, co do przypisanego Obwinionemu zarzutu naruszenia art. 17 ust. 6 uondfp w związku z art. 144 ust. 1 pzp.

W tym zakresie GKO zwraca uwagę, że według stanowiska RKO, opartego na stanowisku Rzecznika (na str. 7 uzasadnienia zaskarżonego orzeczeni)] cyt.: „(...) warunki zmiany umowy określone w pkt 1 są powtórzeniem przepisu art. 144 ust. 1 sprzed zmiany ustawy”. RKO uznała bowiem za własne podając na str. 8 cyt.: „Komisja Orzekająca na rozprawie w dniu 16 grudnia z udziałem Obwinionego przeprowadziła postępowanie

*dowodowe uwzględniając dowody zebrane w sprawie i wysłuchała wyjaśnień Obwinionego. Potwierdziło ono w pełnej rozciągłości prawidłowość ustaleń dokonanych przez Rzecznika w zakresie stanu faktycznego i prawnego sprawy”.*

GKO z kolei zwraca uwagę, że przepis art. 144 ust. 1 pzp przed jego zmianą ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. miał następujące brzmienie: *„Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”.*

Po jego zmianie w zakresie rozważanym otrzymał brzmienie:

*„ 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;(…)”.*

Z kolei kwestia istotności zmian została uregulowana w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a) pzp, zgodnie z którym: *„Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, a zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.”.*

Powyższe wskazuje, że RKO powinna dokonać własnej analizy i ustaleń, czy w istocie – w stanie faktycznym tej sprawy - przepisy Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed 26 lipca 2016 r. nie były względniejsze dla Obwinionego. GKO zwraca także uwagę, na twierdzenia Obwinionego, który w odwołaniu wskazuje, że w jego ocenie: niezasadne jest odnoszenie normy przepisu art. 144 ust. 1 pzp do zawartej w nowym brzmieniu w art. 144 ust. 1e pzp (w tym cytowanego w treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia stanowiska Rzecznika - pkt 2 lit. a), będącego ustawą nową i regulacją uchwaloną, która weszła w życie, po dniu popełnienia czynu podlegającego ocenie) z uwagi na:

- 1) wcześniejszą redakcją przepisu art. 144 ust. 1 pzp i jej brzmienie *„bardziej subiektywnie ocenne, zakazujące zmian istotnych, w odróżnieniu od aktualnie obowiązujących przepisów zastosowanych przez Organ orzekający pierwszej instancji, enumeratywnie wymieniających przesłanki ewentualnej zmiany umowy”*;
- 2) zmianę umowy z dnia 14 sierpnia 2015r., dokonaną aneksem nr 1 z dnia 21 września 2015r., która nie miała charakteru istotnego w okolicznościach niniejszej sprawy, z powodów szczegółowo wymienionych w wyjaśnieniach złożonych przez Obwinionego podczas rozprawy w dniu 16 grudnia 2016 r., m.in. że:
  - zmiany umowy miały charakter nieprzewidywalny i równoważny dla wszystkich oferentów uczestniczących w przetargu, a każdy z wykonawców byłby w takiej samej sytuacji, albowiem zamawiający musiałby podpisać z nim aneks z powodu nieprzewidzianej sytuacji w toku wykonywania robót budowlanych na podstawie obowiązującego pozwolenia na budowę - zmiany warunków wykonywania robót budowlanych wynikających z zatwierdzonego i obowiązującego pozwolenia na budowę;
  - nawet gdyby wybranemu wykonawcy przyznano za skrócenie terminu 0 punktów, to i tak jego oferta była najkorzystniejsza;

Odnosnie zarzutu odwołania, dotyczącego naruszenia art. 137 ust. 2 pkt 1 i 2 uoandfp, polegającego na wadliwym uzasadnieniu orzeczenia, GKO wskazuje że zgodnie ze powołanym przepisem cyt.: „2. *Uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać:*

- 1) *wskazanie faktów i okoliczności, które skład orzekający uwzględnił wydając rozstrzygnięcie o przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, a także*
- 2) *wskazanie faktów, które skład orzekający uznał za udowodnione lub nieudowodnione, wskazanie, na jakich w tym względzie oparł się dowodach, oraz wyjaśnienie, dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, o ile takie były przedstawione;*
- 3) *wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia;*
- 4) *przytoczenie okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary albo odstąpieniu od jej wymierzenia”*.

W tej sprawie w istocie brak jest faktycznego stanowiska RKO w kwestii wydanego orzeczenia, co uniemożliwiło Obwinionemu – także Zastępcy Głównego Rzecznika



Dyscypliny Finansów Publicznych, jak podał na rozprawie - odniesienie się do poszczególnych okoliczności faktycznych uznanych przez organ orzekający w pierwszej instancji za udowodnione, a których nie uwzględniono i z jakiego powodu. W uzasadnieniu tego orzeczenia - zdaniem Obwinionego w świetle oceny podmiotowej strony czynu na dzień popełnienia czynu (wskazany w orzeczeniu) – RKO nie odniosła się do okoliczności podnoszonych na rozprawie w dniu 16 grudnia 2016 r. w kontekście kontrowersyjnej i niedopuszczalnej – jego zdaniem - tezy sformułowanej we wniosku o ukaranie z dnia 14 października 2016 r. przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, że *„przedmiotem postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych było złamanie przepisów Prawa zamówień publicznych, a nie ocena prawidłowości procesu budowlanego, w świetle ustawy Prawo budowlane.”*; Podczas gdy w uzasadnieniu (jednozdaniowym ustosunkowaniu się do postępowania dowodowego) RKO stwierdziła: *„Komisja Orzekająca na rozprawie w dniu 16 grudnia z udziałem Obwinionego przeprowadziła postępowanie dowodowe uwzględniając dowody zebrane w sprawie i wysłuchała wyjaśnień Obwinionego. Potwierdziło ono w pełnej rozciągłości prawidłowość ustaleń dokonanych przez Rzecznika w zakresie stanu faktycznego i prawnego sprawy.”*. Także RKO powinna odnieść się do argumentacji związanej z odwoływaniem się przez Obwinionego do wyjaśnień Ministra Infrastruktury z dnia 24 listopada 2010 r., jako kluczowego elementu jego linii obrony, w kontekście oceny winy lub jej braku po stronie Obwinionego.

Podobnie RKO, uwzględniając zarzut z odwołania naruszenia art. 19 ust. 2 zd. 1 w zw. z art. 17 ust. 6 i te w zw. z art. 21 uoandfp, powinna ocenić moment popełnienia przypisanego Obwinionemu czynu w związku z przypisaną mu winą w czasie jego popełnienia - w dniu 21 września 2015 r. - w sytuacji, gdy organ pierwszej instancji - zdaniem Obwinionego – przesłanki winy czy zarzucalności czynu poszukuje w okolicznościach i datach, związanych z etapem poprzedzającym zawarcie samej umowy, a nie aneksu do niej.

Odnosnie wskazanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 19 ust. 2 zd. 2 uoandfp, RKO niewątpliwie powinna określić możliwy wzorzec zachowania przez Obwinionego, w sytuacji, gdy według jego oświadczeń inne alternatywne zachowanie byłoby działaniem na szkodę Gminy. W tym przypadku zakres tej oceny powinien dotyczyć również podnoszonych przez Obwinionego okoliczności, czy w niniejszej sprawie zmiany umowy z dnia 14 sierpnia 2015 r. (ocenianej w dniu wskazanym jako czas czynu) nie można było uniknąć, wskutek

ujawnienia się okoliczności, że gestorzy sieci zamierzają ustalić zmienione warunki techniczne po dniu zawarcia umowy oraz, czy przyczyna przedłużenia terminu była zobiektywizowana, wynikająca z okoliczności, których nie można było przewidzieć na etapie udzielania zamówienia publicznego.

Także tej ocenie powinna podlegać – w zakresie zarzutu naruszenia art. 28 ust. 1, 1a i 3 uoandfp oraz art. 33 ust. 1 i 2 uoandfp - wskazywana przez Obwinionego „zerowa” wartość naruszenia dyscypliny finansów publicznych i działania w momencie wskazanym jako czas popełnienia czynu w stanie wyższej konieczności uzasadnionej okolicznościami, wobec podania w sentencji orzeczenia, że *„Wartością naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest kwota 1.216.068,99 zł netto stanowiąca wartość szacunkową zamówienia”*.

GKO zwraca uwagę, że ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zgodnie z jej art. 28 ust. 3: *„Przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych niewywołującego skutków finansowych uwzględnia się w szczególności wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, w tym w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 i 17a - sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców”*. Warunkiem zatem stwierdzenia, iż naruszono dyscyplinę finansów publicznych nie jest jedynie wymierna szkoda dla finansów publicznych. Dobrem chronionym w przepisach regulujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest bowiem także ład prawny systemu finansów publicznych. Powyższa reguła dotyczy także innych czynów sklasyfikowanych, jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych w art. od 5 do art. 18 uoandfp, które zostały przez ustawodawcę uznane za szkodliwe dla niniejszego ładu prawnego.

GKO podzieliła pogląd zawarty w odwołaniu, w jego końcowej części, że wójt jako organ wykonawczy gminy zobowiązany jest do zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu mieniem, oraz że obowiązkiem osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem komunalnym jest zachowanie szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu zgodnie z przeznaczeniem tego mienia i jego ochrona. Jednakże ocena tych działań oparta jest na ich zgodności z zasadniczym kryterium, a mianowicie zgodności z prawem. Nie w każdym przypadku brak uszczerbku w dobrach materialnych jednostki sektora finansów publicznych

stanowić będzie – jak GKO wskazywała wielokrotnie – podstawę do zwolnienia z odpowiedzialności osoby naruszającej, nawet w najbardziej szczytnych zamiarach, prawo. Nawet z takich pobudek, jak wskazano w odwołaniu: cyt.: *„(...) wskutek podpisania aneksu trwałość umowy została utrzymana, umożliwiając wykonanie umowy z nieznacznym przesunięciem terminu, działając w interesie Gminy, ratując tym samym dofinansowanie z funduszy unijnych, które musiałyby zostać stracone, gdyby umowa została rozwiązana lub od jej wykonywania odstąpiono”* oraz, że cyt.: *„(...) konieczność wdrożenia nowej procedury zamówienia publicznego nie gwarantowała możliwości wykonania przedmiotu umowy do końca roku z uwagi na warunki atmosferyczne i uprzednie uzyskanie nowych uzgodnień branżowych przed sporządzeniem SIWZ (po uzyskaniu wiedzy o nie podtrzymaniu dotychczasowych uzgodnień branżowych przez gestorów sieci). Wreszcie konieczność wdrożenia nowej procedury zamówienia publicznego narażała Gminę na ryzyko kar umownych i odszkodowania ze strony wykonawcy zawartej umowy z dnia 14 sierpnia 2015 r.”*. Jednakże niewątpliwie sposób rozwiązania kwestii następczej czasowej niemożliwości świadczenia, choć sama umowa nie przewidywała postanowień na taką okoliczność, a dokonanej w interesie Gminy (...), powinna podlegać ocenie dla ustalenia, odpowiedzialności Obwinionego oraz stopnia zawinienia po stronie Obwinionego i stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych.

Podsumowując GKO zauważa, że oczywiście ustalenia RKO wynikające w zakresie kluczowych kwestii związanych z regułą wynikającą z art. 24 ust. 1 uondfp będą determinowały dalsze czynności, jednakże w każdym przypadku wydane orzeczenie musi odpowiadać wymaganiom określonym w art. 135 ust. 2 uondfp, a jego uzasadnienie – w art. 137 ust. 2 uondfp.

Mając powyższe ustalenia na uwadze, GKO na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp, uchyliła orzeczenie pierwszej instancji w całości i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach.