



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 7 kwietnia 2014 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Maciej Berek
Członkowie:	<i>Zastępca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński (spr.)
	<i>Członek GKO:</i>	Jacek Najfeld
		Dorota Machnicka

Protokolant:

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2014 r. odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Pana (...) – w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych dyrektora Wojewódzkiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze z dnia 6 grudnia 2013 r. sygn. akt (...), którym Komisja Orzekająca I instancji uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w:

- **art. 15** 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) zwanej dalej ustawą, polegającego na zaciągnięciu w dniu 03.08.2011 r. na podstawie umowy zawartej z firmą (...) na roboty dodatkowe do zadania pn. Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...), zobowiązania w wysokości 715.091,13 zł bez upoważnienia określonego planem finansowym Wojewódzkiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w (...) na 2011 rok,
- **art. 17 ust. 1b pkt 2** ustawy (w dacie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a), polegającego na udzieleniu w dniu 03.08.2011 r. zamówienia publicznego o wartości 715.091,13 zł na roboty dodatkowe do zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)”,
- **art. 17 ust. 2 pkt 1** ustawy, polegającego na zawarciu w dniu 03.08.2011 r. umowy z firmą (...) na roboty dodatkowe do zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)” o wartości 715.091,13 zł bez zachowania formy pisemnej,

oraz orzekła, że koszty postępowania ponosi Skarb Państwa,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy, uchyła 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 Zielonej Górze.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 oraz 24 ust. 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), zwanej dalej uondfp, uniewinniła Pana (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych:

1) określonego w art. 15 uondfp, polegającego na zaciągnięciu w dniu 3 sierpnia 2011 r. na podstawie umowy zawartej z firmą (...) na roboty dodatkowe do zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)”, zobowiązania w wysokości 715.091,13 zł bez upoważnienia określonego planem finansowym Wojewódzkiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w (...) na 2011 rok,

2) określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 (w dacie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) uondfp, polegającego na udzieleniu w dniu 3 sierpnia 2011 r. zamówienia publicznego o wartości 715.091,13 zł na roboty dodatkowe do zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)”,

3) określonego w art. 17 ust. 2 pkt 1 uondfp, polegającego na zawarciu w dniu 3 sierpnia 2011 r. umowy z firmą (...) na roboty dodatkowe do zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)”, o wartości 715.091,13 zł, bez zachowania formy pisemnej.

W toku postępowania ustalono, że Wojewódzki Ośrodek Sportu i Rekreacji w (...), zwany dalej „WOSiR”, jest wojewódzką samorządową jednostką organizacyjną, działającą w formie zakładu budżetowego, dla którego organem nadzoru jest Zarząd Województwa (...).

W dniu 2 września 2010 r. Obwiniony zawarł ze (...) umowę nr (...) na przebudowę i rozbudowę zespołu basenów odkrytych w WOSiR. Umowa obejmowała wykonanie I etapu inwestycji, a termin zakończenia robót przewidziano w umowie na dzień 30 czerwca 2011 r.

W toku realizacji zaszła potrzeba wykonania robót dodatkowych, przewidzianych do realizacji w dalszych etapach. Na tę okoliczność sporządzono protokoły konieczności wraz z kosztorysami, na podstawie których wykonawca roboty te wykonał. Odbiór robót nastąpił we wrześniu 2011 r. W dniu 3 sierpnia 2011 r. sporządzona została umowa na wykonanie robót dodatkowych, poprzedzona postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Dyrektor WOSiR złożył podpis na umowie dopiero w dniu 4 czerwca 2012 r.

W roku 2011 WOSiR nie dysponował odpowiednimi środkami finansowymi na wykonanie robót dodatkowych, przewidzianymi w jego planie finansowym. Do zabezpieczenia środków finansowych na realizację robót dodatkowych doszło w dniu 21 maja 2012 r., kiedy Sejmik Województwa (...) podjął decyzję o przyznaniu środków finansowych. Po otrzymaniu środków i podpisaniu umowy przez Obwinionego wynagrodzenie za wykonane roboty dodatkowe zostało przekazane wykonawcy.

Regionalna Komisja Orzekająca stwierdziła, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie ulega wątpliwości, iż w 2011 r. WOSiR zlecił wykonanie robót dodatkowych spółce (...), przy czym w planie finansowym jednostki przyjętym na 2011 r. nie przewidziano środków na wykonanie tych robót. Roboty dodatkowe zostały wykonane w całości przez wykonawcę i odebrane przez WOSiR we wrześniu 2011 r. Komisja Orzekająca I instancji zauważyła, iż zaciągnięcie zobowiązania angażującego środki publiczne, może nastąpić wyłącznie na podstawie ważnego upoważnienia. Wynika to z istoty prawa publicznego, pozwalającego na podejmowanie jakichkolwiek czynności z zakresu gospodarki finansowej środkami publicznymi, jedynie w przypadkach wyraźnie określonych przepisami prawa. Złamanie reguły, zgodnie z którą zaciągnięcie zobowiązań angażujących środki publiczne, może nastąpić jedynie w oparciu o ważne upoważnienie, stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych w rozumieniu art. 15 uoondfp. Odpowiedzialność z tego tytułu ponosi kierownik jednostki lub inna osoba, która zaciągnęła takie zobowiązanie. W ocenie Komisji, podstawę wykonania robót dodatkowych przez (...) stanowiły protokoły konieczności sporządzone i podpisane przez strony procesu inwestycyjnego. Jak zaś wskazała Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 22 marca 2010 r. (BDF1/4900/16/18/10/294), w przypadku, gdy w treści protokołów konieczności podano osoby ze strony zamawiającego i wykonawcy, a także zakres rzeczowy zlecenia (uwzględniający załączony kosztorys ofertowy dla danego zakresu robót) i koszt tych robót, oraz zasady ich rozliczania, a protokoły te zostały podpisane przez wymienionych w ich treści przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego, to protokoły te mają cechy wymagane dla tego

typu umów zawartych na piśmie, w tym przepisów kodeksu cywilnego, a także art. 139 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp.

W ustaleniach objętych protokołami konieczności WOSiR reprezentował Pan (...) - zastępca dyrektora do spraw technicznych, co wynika z zapisów części wstępnej tych protokołów. Należy zatem, zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, przyjąć, że to nie Obwiniony, lecz jego zastępca zlecił wykonanie robót dodatkowych spółce (...), zaciągając w ten sposób zobowiązanie z przekroczeniem upoważnienia określonego przez plan finansowy jednostki obowiązujący w 2011 r. Należy przy tym zaznaczyć, że w protokołach tych zawarto podstawowe elementy charakterystyczne dla umowy o roboty budowlane, a w szczególności oznaczono strony oraz zakres i wartość robót. W konsekwencji, RKO stwierdziła, że brak jest podstaw do obciążenia Obwinionego odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 15 uondfp.

Komisja Orzekająca I instancji uznała dalej, że w świetle powyższego brak jest również podstaw do przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp (w dacie popełnienia czynu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a uondfp), polegające na udzieleniu w dniu 3 sierpnia 2011 r. zamówienia publicznego o wartości 715.091,13 zł na roboty dodatkowe z naruszeniem z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, dotyczącego przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki. W stanie prawnym obowiązującym w czasie popełnienia tego naruszenia, odpowiedzialność przewidzianą w tym przepisie ponosiła bowiem wyłącznie osoba, która udzieliła zamówienia publicznego, podczas gdy - jak wyżej wskazano - to nie Obwiniony udzielił zamówienia na wykonanie robót dodatkowych.

Podobnie, nie ma podstaw do uznania Obwinionego winnym popełnienia naruszenia opisanego w art. 17 ust. 2 pkt 1 uondfp, polegającego na zawarciu w dniu 3 sierpnia 2011 r. umowy z firmą (...) na roboty dodatkowe do zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)”, o wartości 715.091,13 zł, bez zachowania formy pisemnej, tj. z naruszeniem art. 139 ust. 2 Pzp. Mając bowiem na względzie stanowisko GKO przedstawione w opisanym wyżej orzeczeniu, przyjąć należy - zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej - że umowa z wykonawcą została jednak zawarta w formie pisemnej - poprzez podpisanie protokołów konieczności mających cechy umowy cywilno-prawnej.

Wobec dokonanych ustaleń Komisja uznała, że zachodzą przesłanki określone w art. 78 ust. 1 pkt 1 uondfp, uzasadniające uniewinnienie Obwinionego od postawionych mu zarzutów, ponieważ Obwiniony nie popełnił żadnego z czynów opisanych we wniosku o ukaranie. Pismem z dnia 20 stycznia 2014 r. odwołanie od orzeczenia Regionalnej Komisji

Orzekającej złożył Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, wnosząc o: uchylenie orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w całości i - w związku z art. 146 ust. 2 uondfp - przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Zielonej Górze. Zdaniem Rzecznika, przy wydaniu zaskarżonego orzeczenia Regionalna Komisja Orzekająca błędnie oceniła dowody przedstawione w sprawie, naruszyła art. 89 ust. 1 uondfp, co miało wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji niewłaściwie zastosowała przepisy art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 uondfp.

Według Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, nietrafnie Regionalna Komisja Orzekająca przyjęła, że umowa z wykonawcą została jednak zawarta w formie pisemnej - poprzez podpisanie protokołów konieczności mających cechy umowy cywilno-prawnej. Ponadto, Rzecznik wskazał, że Regionalna Komisja Orzekająca błędnie oceniła protokoły konieczności, które, w jej ocenie, stanowiły umowę (umowy) z wykonawcą. Regionalna Komisja Orzekająca uznała, że w ustaleniach objętych protokołami konieczności WOSiR reprezentował Pan (...) - zastępca dyrektora do spraw technicznych, co wynika z zapisów części wstępnej tych protokołów, bez uwzględnienia tego, kto faktycznie reprezentował jednostkę przy zawieraniu tychże protokołów. Rzecznik podnosi, że w tej kwestii decydujące znaczenie ma podpis osoby upoważnionej, jako potwierdzającej dokonanie określonej czynności, a nie to, czy jest ona wymieniona w części wstępnej dokumentu. Z akt sprawy wynika natomiast, że protokoły zawarte w dniu 2 września 2010 r.- tj. nr 6 (k. 86), 7 (k. 79), 8 (k. 76), 9 (k. 68), 15 (k. 60), 18 (k. 48), 22 (k. 43), 25 (k. 33) i 26 (k. 24) - zostały podpisane przez Obwinionego Pana (...) Dyrektora WOSiR, zaś nr 15, 18 i 22 - nie zostały podpisane w ogóle przez (...) Zastępcę Dyrektora WOSiR.

W złożonym odwołaniu podniesiono także, że, prowadząc postępowanie dowodowe Regionalna Komisja Orzekająca nie wypełniła obowiązku wszechstronnego rozpatrzenia wydanego orzeczenia. W ustaleniach oparto się jedynie na fragmencie orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 22 marca 2010 r. (...), iż w przypadku, gdy w treści protokołów konieczności podano osoby ze strony zamawiającego i wykonawcy, a także zakres rzeczowy zlecenia (uwzględniający załączony kosztorys ofertowy dla danego zakresu robót) i koszt tych robót, oraz zasady ich rozliczania, a protokoły te zostały podpisane przez wymienionych w ich treści przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego, to protokoły te mają cechy wymagane dla tego typu umów zawartych na piśmie, w tym przepisów kodeksu cywilnego, a także art. 139 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Według Rzecznika, Komisja Orzekająca I instancji nie uwzględniła istotnych w sprawie dowodów, świadczących, że to nie

przedmiotowe protokoły konieczności stanowiły podstawę stosunku obligacyjnego WOSiR z firmą (...) w zakresie udzielenia zamówienia publicznego na roboty dodatkowe do zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)”, a umowa zawarta *de facto* w dniu 3 sierpnia 2011 r. Składający odwołanie podniósł, że nie uwzględniono następujących okoliczności:

- po sporządzeniu przedmiotowych protokołów konieczności (2 września 2010 r.) prowadzono postępowanie w celu udzielenia zamówienia publicznego,

- w dniu 25 lipca 2011 r. do wykonawcy wysłano zaproszenie do negocjacji, które były elementem procedury prowadzonej (trybu z wolnej ręki) w celu udzielenia zamówienia publicznego, a więc zawarcia umowy - por. art. 2 pkt 13 pzp (k. 142),

- w dniu 3 sierpnia 2011 r. odbyły się negocjacje, z których sporządzono protokół (k. 141),

- z powyższego protokołu wynika, że przedmiotem negocjacji było wynagrodzenie za wykonanie robót, co jest istotnym elementem umowy - w protokołach konieczności określono wyłącznie wartość robót, a nie wynagrodzenie wykonawcy, a ponadto - że w wyniku przeprowadzonego postępowania Komisja proponuje zawrzeć umowę z firmą (...),

- z protokołów konieczności nie wynika termin wykonania umawianych robót, co jest istotnym elementem umowy, zatem nie został spełniony elementarny warunek zawarcia umowy w świetle Kodeksu cywilnego, tj. porozumienie stron co do wszystkich *essentialia negotii*; określenie terminu wykonania robót - w świetle zebranego materiału dowodowego, a zwłaszcza wyjaśnień Obwinionego, w tym złożonych na rozprawie przed Regionalną Komisją Orzekającą w dniu 6 grudnia 2013 r. (przyspieszenie wykonania robót niezbędnych do zakończenia etapu inwestycji w celu przyspieszenia oddania obiektu (basenu) do użytkowania z uwagi na brak wpływów z biletów i ponoszone wysokie koszty) - należy uznać za warunek przedmiotowo istotny w tej konkretnej umowie o udzielenie zamówienia publicznego,

- wartość robót wynikająca z protokołów konieczności (w 9 przypadkach na 10 podanych stanowi wartość netto) jest niezgodna z wystawioną w dniu 25 lipca 2012 r. przez firmę (...) fakturą VAT na kwotę 715.091,13 zł (k. 2), ale kwota ta odpowiada wynagrodzeniu wykonawcy określonego w umowie nr 63/2012 (k. 4-7),

- w § 4 ust. 2 umowy nr 71/2010 z dnia 02.09.2010 r. (k. 109-125) wskazano, że „Roboty dodatkowe wynikłe w trakcie realizacji niniejszej umowy z przyczyn określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych mogą być realizowane jedynie po zawarciu odrębnej umowy,

- wszystkie protokoły konieczności zostały sporządzone już w dacie umowy o zamówienie podstawowe (umowa nr 71/2010), którą podpisał Obwiniony, przy czym Regionalna Komisja Orzekająca nie wyjaśniła, dlaczego w tym samym dniu, co umowa „podstawowa” zaszła konieczność zawarcia kolejnej umowy (umów) w postaci protokołów konieczności,

- umowa o nr 63/2012 (na wykonanie robót dodatkowych) w § 1 ust. 1 wyraźnie określa charakter protokołów konieczności, zgodnie z tym zapisem umowy „Zakres przedsięwzięcia określają protokoły konieczności wykonania robót dodatkowych stanowiące załączniki do niniejszej umowy” (k. 4-7).

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych podniósł także, że, zgodnie z twierdzeniem GKO zawartym w powołanym orzeczeniu, aby uznać protokół konieczności za umowę zawartą na piśmie, zgodną z wymogami kodeksu cywilnego oraz art. 139 ust. 2 Pzp, protokół powinien zawierać zasady rozliczania robót, „a tego elementu protokoły konieczności z dnia 02.09.2010 r. nie zawierają”. Składający odwołanie stwierdza także, że w świetle powyższego należałoby uznać, iż w niniejszej sprawie protokół konieczności (protokoły konieczności) służy innym celom niż umowa - potwierdza stwierdzenie konieczności wykonania określonych robót budowlanych, ich zakres oraz wartość, a nie stanowi zawarcia docelowej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ewidentnym zamiarem zamawiającego było przeprowadzenie określonej procedury przewidzianej przez ustawę - Prawo zamówień publicznych, w efekcie czego podjęto negocjacje z wykonawcą, których podstawą były sporządzane przedmiotowe protokoły konieczności. Wskazuje na to również przygotowanie i zawarcie spornej umowy – Rzecznik stawia w tym miejscu pytanie: „po co zamawiający zawierałby umowę, jeśli uznałby że wystarczające są protokoły konieczności?”

Zdaniem składającego odwołanie, protokoły konieczności stanowiły jedynie podstawę do zawarcia późniejszej umowy, zaś o woli zawarcia odrębnej umowy świadczy dokument przygotowany przez zamawiającego, któremu nadano nr (...), a który został podpisany przez strony - z datą 3 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę oraz z datą 4 czerwca 2012 r. przez Dyrektora WOSiR. Sama treść tego dokumentu również wskazuje na intencję stron, gdyż stwierdzono w nim: „W wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) art. 67 ust. 1 pkt 5 zawarto umowę o następującej treści”, zaś w § 1 określono przedmiot umowy, którym jest „wykonanie robót dodatkowych, zamówienie pn. Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...). Zakres przedsięwzięcia określają

protokoły konieczności wykonania robót dodatkowych stanowiące załączniki do niniejszej umowy".

Zdaniem Rzecznika Dyscypliny, trudno się zgodzić z tym, że 10 protokołów konieczności, będących przedmiotem niniejszej sprawy, ma stanowić 10 umów w sprawie zamówienia publicznego. Mogłoby to zresztą w efekcie prowadzić do bezprawnego - w świetle art 32 pzp - podziału zamówienia publicznego. Sprzeczne jest to również z powszechnie przyjętą praktyką postępowania, którą przyjął także WOSiR, że najpierw ustaleniu podlega zakres robót dodatkowych i ich wartość, co jest przedmiotem protokołu konieczności, a następnie na podstawie tegoż protokołu zawierana jest umowa. Rzecznik Dyscypliny powołał się także na wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 czerwca 2013 r. (I ACa 80/13), w uzasadnieniu którego stwierdzono m.in: „Co do twierdzenia strony powodowej, że protokół konieczności z dnia 25 lutego 2011 r. stanowi w istocie pisemną umowę w tym zakresie, w ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest podstaw do takiego przyjęcia. (...) Świadek J.D., jak wynika z treści jego zeznań (przyznał, że strony nie zawarły pisemnej umowy co do tej kwestii), nie traktował tego protokołu konieczności jako *de facto* pisemnej umowy w zakresie ustalenia robót dodatkowych, za czym dodatkowo przemawia także treść jego pisma (...), kierowanego do strony pozwanej, w treści którego wnosił o przygotowanie umowy o roboty dodatkowe, przeto miał świadomość, że umowa taka nie została zawarta i nie stanowi jej protokół konieczności (...). Ponadto w samym protokole konieczności znajduje się zdanie »Niniejszy protokół stanowi podstawę wykonania ww. robót i sporządzenia aneksu do umowy (...)«, co w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowi dodatkowy dowód na fakt, że strony tego protokołu konieczności nie traktowały go jako umowy, ani też jako aneksu do umowy już istniejącej i co więcej - miały świadomość, że koniecznym jest co najmniej pisemny aneks do umowy (...)». Reasumując, według Rzecznika Dyscypliny, wolą stron było ustalenie zakresu rzeczowego robót budowlanych i określenie ich wartości, stanowiącego podstawę do negocjacji z wykonawcą i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie zawarcie docelowej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe okoliczności przemawiają, zdaniem Rzecznika, za tym, że odwołanie od orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji o uniewinnieniu Pana (...)uznać należy za zasadne. Z uwagi natomiast na treść art. 146 ust. 2 uoandfp, Rzecznik wniósł o uchylenie orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej i przekazanie jej sprawy do ponownego rozpoznania przez tę Komisję.

Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.

Odwołanie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, nie można zgodzić się z poglądem zawartym w uzasadnieniu orzeczenia Komisji Orzekającej I instancji, że podpisane przez strony protokoły konieczności uznać można – w okolicznościach przedmiotowej sprawy – za umowy zawarte w formie pisemnej, zarówno w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, jak i prawa zamówień publicznych. Prawdą jest, że – jak wynika z przytoczonego w sprawie orzeczenia GKO z dnia 22 marca 2010 r. – protokół konieczności może być w okolicznościach konkretnej sprawy uznany za zawartą umowę, rodzącą skutki cywilnoprawne właściwe dla umowy jako dwustronnej czynności prawnej. Przyjęcie takiej tezy wymagałoby jednak stwierdzenia – w świetle reguł interpretacji oświadczenia woli określonych w art. 65 k.c. – że w konkretnym przypadku zamiarem stron było złożenie wiążących oświadczeń woli, stanowiących element czynności prawnej (umowy). Analiza całokształtu okoliczności faktycznych, będących przedmiotem rozpoznania przez Główną Komisję Orzekającą na skutek odwołania złożonego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść obwinionego, nie pozwala jednak na takie stwierdzenie. Przeciwnie, z pozostałych okoliczności wynika, że osoby uczestniczące w sporządzaniu protokołów konieczności ze strony zamawiającego nie traktowały przedmiotowych protokołów jako umowy (umów), skoro już po podpisaniu tychże protokołów prowadzono postępowanie w celu zawarcia umowy nr 63/2012 (datowanej według jej treści na 3 sierpnia 2011 r., choć opatrzonej numeracją z 2012 r.), stanowiącej podstawę do wykonania robot dodatkowych w stosunku do robót przewidzianych umową nr 71/2010 z 2 września 2010 r. Świadczy o tym treść dokumentu zatytułowanego „Protokół z negocjacji w postępowaniu na zamówienie publiczne w trybie z wolnej ręki na wykonanie robót dodatkowych dla zamówienia pn. Przebudowa i rozbudowa zespołu basenów odkrytych w WOSiR w (...)”. Jak wynika z tego dokumentu, negocjacje prowadzone były 3 sierpnia 2011 r. i zakończyły się następującą konkluzją: „W wyniku przeprowadzonego postępowania Komisja proponuje zawrzeć umowę z Firmą (...) na wykonanie robót dodatkowych określonych w protokołach konieczności na kwotę 715.091,13 zł brutto”. Umowa nr 63/2012 została podpisana przez wykonawcę tego samego dnia, w którym prowadzono negocjacje, tj. 3 sierpnia 2011 r. Należy zauważyć, że składzie komisji prowadzącej negocjacje i podpisującej protokół z negocjacji był p. (...) – zastępca dyrektora WOSiR, co dodatkowo świadczy o tym, że nie można uznać, aby wcześniej zawarł on w imieniu zamawiającego umowy w postaci protokołów konieczności. Gdyby tak było, to nie

tylko jego udział w późniejszych pracach komisji prowadzącej negocjacje co do tych samych robót byłby bezprzedmiotowy, ale i samo działanie tej komisji byłoby bezprzedmiotowe.

Trafnie Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych podnosi, że wspomnianych protokołów konieczności nie można uznać za umowy także z tego względu, że nie zawierają wszystkich elementów składających się na *essentialia negotii* umowy. Wprawdzie nie można zgodzić się z Rzecznikiem, że do tych składników przedmiotowo istotnych należy także oznaczenie terminu wykonania robót, jednak z pewnością elementem takim jest wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Jak słusznie zauważono w odwołaniu, protokoły konieczności wskazują jedynie określoną przez strony wartość robót, natomiast wynagrodzenie zostało dopiero ustalone – w sposób odbiegający od łącznej wartości wskazanej w protokołach konieczności – w umowie z dnia 3 sierpnia 2011 r. A zatem, zakładając elementarną racjonalność postępowania stron, podejmujących – jak wyżej wspomniano – dalsze czynności mające na celu zawarcie umowy, nie można przyjąć, że doszło już do zawarcia umowy we wcześniejszym terminie. Gdyby tak było, to miałyby rację składający odwołanie, że w istocie można by mówić nie o jednej umowie, ale o tylu umowach, ile było protokołów konieczności. Taka teza kłóciłaby się w oczywisty sposób z wolą stron wyrażoną zarówno w toku realizacji umowy nr (...), jak i w związku z zawarciem umowy nr (...). Warto także zauważyć, na co zwraca też uwagę Rzecznik Dyscypliny, że wniosek o tym, że już protokoły konieczności stanowiły umowy, nie jest możliwy do pogodzenia z treścią umowy nr (...), w której znalazło się postanowienie (§ 4 pkt 2), zgodnie z którym: „Roboty dodatkowe wynikłe w trakcie realizacji niniejszej umowy z przyczyn określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych mogą być realizowane jedynie po zawarciu odrębnej umowy”. Wszystko wskazuje zatem na to, że przedmiotowych protokołów konieczności nie można uznać za zawarte na piśmie umowy, wymagane przepisami prawa zamówień publicznych. Główna Komisja Orzekająca zgadza się przy tym z Rzecznikiem Dyscypliny, że za taką interpretacją przemawia także treść przytoczonego w odwołaniu fragmentu uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 czerwca 2013 r.

Dotychczasowe ustalenia wskazują, że umowa nr (...) została zawarta w późniejszym czasie, niż sporządzone protokoły konieczności, przy czym należy ustalić, jaka była faktyczna data zawarcia tej umowy. Jak bowiem wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, umowa ta, mimo jej wcześniejszego sporządzenia, została podpisana przez dyrektora WOSiR dopiero dnia 4 czerwca 2012 r. Ustalenia rzeczywistej daty zawarcia umowy nr (...) nie zawiera uzasadnienie orzeczenia Komisji I instancji, ze względu na przyjęcie, że już protokoły konieczności stanowiły umowę (umowy) wiążącą strony.

Warto też zauważyć, że niezależnie od formalnych terminów zawarcia umowy, roboty, będące jej przedmiotem zostały faktycznie wykonane, o czym świadczy fakt dokonania ich odbioru we wrześniu 2011 r. Niezależnie od charakteru prawnego protokołów konieczności, nietrafnie - zdaniem Głównej Komisji Orzekającej, Komisja Orzekająca I instancji przyjęła, że to nie obwiniony występował przy ich sporządzeniu jako reprezentujący zamawiającego. Analiza materiału dowodowego wskazuje bowiem, że podpisywał on wspomniane protokoły. Prawdą jest, że w początkowej części wspomnianych protokołów wskazany jest zastępca dyrektora WOSiR p. (...) jako przedstawiciel zamawiającego, jednak dla ustalenia autora oświadczenia woli istotne jest - w przypadku dokonania czynności w formie pisemnej (a tak było w tym przypadku, gdyż bezsporne jest, że choć nie można uznać protokołów za umowę zawartą na piśmie, to są one jednak pisemnymi dokumentami wyrażającymi stanowiska w stron co do potrzeby dokonania robót dodatkowych) - decydujące znaczenie ma nie to, kto jest wskazany w początkowej części dokumentu, ale to, kto składa podpis na tym dokumencie, będąc przy tym uprawniony do składania oświadczeń w imieniu danego podmiotu. Jak z tego wynika, to jednak obwiniony składał te oświadczenia - w dziewięciu przypadkach na dziesięć protokołów konieczności objętych badaniem w toku niniejszego postępowania. Należy zaznaczyć, że protokoły opatrzone numerami 6, 7, 8, 9, 25 i 26 zostały podpisane w imieniu zamawiającego zarówno przez p. (...), jak i przez Obwinionego, zaś protokoły o numerach 15, 18 i 22 - wyłącznie przez Obwinionego (jedynie protokół konieczności nr 2 został podpisany ze strony zamawiającego wyłącznie przez p. (...)). W tym świetle nieprawidłowe było stwierdzenie Komisji I instancji, że to nie Obwiniony reprezentował zamawiającego przy podpisywaniu protokołów konieczności. Na marginesie należy jednak zauważyć, że kwestia reprezentacji przy podpisywaniu protokołów konieczności staje się drugoplanowa z punktu widzenia odpowiedzialności za naruszenie określone w art. 17 ust. 2 pkt 1 uondfp, ze względu na przyjęcie przez Główną Komisję Orzekającą w niniejszej sprawie, że protokoły konieczności nie stanowiły umowy w sprawie robót dodatkowych. Tymczasem jednak to, kto złożył oświadczenie w sprawie zamówienia robót dodatkowych, ma istotne znaczenie w kontekście dalszego biegu postępowania w niniejszej sprawie. Chodzi bowiem o kwestię odpowiedzialności zarówno za naruszenie określone w art. 15 uondfp, jak i w art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp. Odpowiedzialność w tym zakresie przypisać będzie można bowiem tej osobie, która zamówiła wykonanie robót dodatkowych w trybie zamówienia z wolnej ręki, a tym samym zaciągnęła zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie tych robót. Z uzasadnienia orzeczenia komisji I instancji wynika, że Komisja uznała, iż doszło do naruszenia określonego w art. 15 uondfp.

Główna Komisja Orzekająca zauważa, że po ustaleniu daty zawarcia umowy o roboty dodatkowe będzie można to określić, porównując datę zawarcia umowy i datę zwiększenia środków finansowych na ten cel. Jeżeli okaże się, że zobowiązanie zostało zaciągnięte jeszcze w 2011 r. (co jest bardzo prawdopodobne, gdyż umowa nr 63/2012 przewidywała zakończenie robót dodatkowych do dnia 8 września 2011 r., zaś faktycznie roboty te odebrano we wrześniu 2011 r.), to teza o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych określonym w art. 15 uoondfp zostanie potwierdzona, ponieważ w 2011 r. jednostka nie dysponowała przewidzianymi w planie finansowym środkami finansowymi na wykonanie robót dodatkowych. Środki te przyznane zostały dopiero w 2012 r. Zasadnicze wątpliwości budzi przy tym stanowisko obwinionego, że wykonawca zgodził się wykonać roboty „deklarując zaufanie do Samorządu Województwa i WOSiR” i wykonał prace na własne ryzyko (por. pismo z dnia 7 sierpnia 2012 r., Ldz. 755, skierowane przez Obwinionego w imieniu WOSiR do dyrektora Departamentu Infrastruktury Społecznej Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) – k. 173). Należy w tym miejscu raz jeszcze zaznaczyć, że oświadczenie woli w sprawie zawarcia umowy o wykonanie robót dodatkowych wykonawca złożył już dnia 3 sierpnia 2011 r.

Regionalna Komisja Orzekająca, stając na stanowisku, że to nie Obwiniony zawarł umowę na roboty dodatkowe, nie rozważyła natomiast kwestii sformułowanego we wniosku o ukaranie zarzutu dokonania naruszenia dyscypliny określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp. Kwestia ta będzie musiała stać się przedmiotem rozważań Komisji I instancji przy ponownym rozpoznawaniu sprawy. Zadaniem Komisji będzie zatem ustalenie, czy w okolicznościach analizowanej sprawy istniały podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dla udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Uznanie, że protokoły konieczności nie stanowiły zawartej w formie pisemnej umowy, otwiera zatem pole do dokonania ustalenia, kiedy w istocie doszło do zawarcia umowy, zwiększającej zakres robót wyznaczony umową nr (...). Ustalenia takiego dokonać powinna Komisja I instancji, przy czym wymaga to zbadania sekwencji czynności, które podejmowane były już po sporządzeniu protokołów konieczności. Warto w tym miejscu zauważyć, że nietrafnie Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych przyjmuje, iż z treści protokołów konieczności wynika, że zostały one sporządzone już w dacie zawarcia „pierwotnej” umowy, tj. dnia 2 września 2010 r. Główna Komisja Orzekająca zauważa, że użycie sformułowania: „protokół konieczności dot. wykonania robót w ramach umowy Nr (...) z dnia 02.09.2010 r.” wskazuje bowiem nie na to, że były to „protokoły konieczności z dnia 2 września 2010 r.”, ale że były to protokoły konieczności „do umowy z dnia 2 września

2010 r.”. W przeciwnym razie kwestia sporządzenia tych protokołów byłaby całkowicie nieracjonalna.

Należy przy tym jeszcze raz podkreślić, że okoliczności sprawy wskazywać mogą na to, że umowa została zawarta jeszcze wcześniej, niż wynikałoby to z daty podpisania jej przez dyrektora WOSiR, co miało miejsce dopiero 4 czerwca 2012 r. Z kolei zawarcie umowy wcześniej, niż ujęcie jej treści w formie pisemnej, może mieć istotne znaczenie w kontekście art. 139 ust. 2 pzp. Ustalenie bowiem chwili zawarcia umowy oraz osoby, która złożyła oświadczenie woli w tym zakresie (jeśli byłoby to inne oświadczenie, niż wynikające z podpisu dyrektora WOSiR z dnia 4 czerwca 2012 r.) jest decydujące dla ustalenia zarówno tego, czy zachowano formę pisemną, wymaganą przez art. 139 ust. 2 pzp, jak i ustalenie – w przypadku uznania, że forma pisemna nie została zachowana – osoby odpowiedzialnej za udzielenie zamówienia z naruszeniem wymagań co do formy umowy. Przypisanie odpowiedzialności wymaga określenia zarówno daty czynu, jak i wykazania, że to obwiniony jest tą osobą, która czynu tego się dopuściła. Dodatkowo, jak już wyżej wskazano, ustalenia te będą miały zasadnicze znaczenie dla stwierdzenia, czy doszło do zaciągnięcia zobowiązania z naruszeniem upoważnienia do zaciągania zobowiązań wynikającego z planu finansowego jednostki, tj. czynu określonego w art. 15 uoondfp oraz – w razie pozytywnej odpowiedzi – osoby odpowiedzialnej za to naruszenie, a także w kontekście ewentualnej odpowiedzialności za naruszenie określone w art. 17 ust. 1b pkt 2 uoondfp. Z dotychczas dokonanych ustaleń przez Regionalną Komisję Orzekającą wynika, że nie jest wykluczone, iż do dokonania tych naruszeń doszło, należy jednak ustalić, kto dopuścił się tego czynu. Jak już wyżej wspomniano, nietrafny jest pogląd, że sprawcą tym nie mógł być obwiniony, gdyż to nie on reprezentował WOSiR przy podpisywaniu protokołów konieczności. Po pierwsze, o tym, kto składa oświadczenie decyduje fakt, kto złożył podpis na dokumencie, a po drugie, sporządzenie protokołów konieczności nie może być – w tej konkretnej sprawie – uznane za zawarcie umowy. Dalsze ustalenia w tym zakresie należą już jednak do Regionalnej Komisji Orzekającej, rozpoznającej sprawę ponownie. Dokonanie takich ustaleń należy bowiem do Komisji Orzekającej I instancji, biorąc pod uwagę fakt, że do tej pory przyjmowała ona inny moment zawarcia umowy (podpisanie protokołów konieczności). Główna Komisja Orzekająca nie mogła uczynić takiego ustalenia we własnym zakresie, gdyż w związku z brzmieniem art. 146 ust. 2 uoondfp, w razie wniesienia odwołania na niekorzyść obwinionego, który został uniewinniony przez Komisję Orzekającą I instancji lub co do którego postępowanie umorzono, Główna Komisja Orzekająca nie może wydać orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zaś w razie uznania, że

przypisanie tej odpowiedzialności jest uzasadnione, uchyla orzeczenie komisji I instancji i przekazuje jej sprawę do ponownego rozpoznania. Rozpatrując sprawę ponownie, Regionalna Komisja Orzekająca – w razie uznania, że zamówienie na roboty dodatkowe zostało udzielone przez Obwinionego - odniesie się do wszystkich zarzutów zawartych we wniosku o ukaranie, tj. dokonania czynów określonych w art. 15, art. 17 ust. 1b pkt 2 i art. 17 ust. 2 pkt 1 uondfp. Biorąc powyższe pod uwagę, Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.