



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 30 listopada 2015 r.

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

Przewodniczący:	<i>Z-ca Przewodniczącego GKO:</i>	Wojciech Robaczyński
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Kasica
	<i>Członek GKO:</i>	Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz (spr.)
Protokolant:		Anna Jedlińska

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego,**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2015 r. odwołania Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi z dnia 19 czerwca 2015 r., sygn. akt: NDB-50/Ł/16/2015, którym uznano Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...) - winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, (cytat z sentencji orzeczenia) „zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia, poprzez niepobranie w pełnej wysokości z faktury wykonawcy wystawionej w dniu 7 maja 2014 r. (skorygowanej fakturą z dnia 15 maja 2014 r.) - co spowodowało zaniżenie o 217.030,42 zł - kary umownej za nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na uchybieniu terminowi zakończenia budowy związanej z realizacją inwestycji pn. „Poprawa dostępności komunikacyjnej (...)” stosownie do postanowień zawartych w § 9 ust. 1 lit. a

umowy nr U/UE/8/IFZ/8/12 z dnia 25 kwietnia 2012 roku. Kara umowna pobrana została w wysokości 86.518,89 zł, tj. za okres od 1 października 2013 r. do 3 listopada 2013 r. i od 1 do 25 kwietnia 2014 r., tj. za 59 dni, zamiast w wysokości 303.549,31 zł, tj. za okres od 1 października 2013 r. do dnia 25 kwietnia 2014 r., czyli 207 dni uchybienia terminowi wynikającemu z § 2 pkt 2 umowy, zmienionego aneksem nr 3 z dnia 19 lipca 2013 r. do ww. umowy.

Powyższe naruszało postanowienia zawarte w § 9 ust. 1 lit. a umowy nr U/UE/8/IFZ/8/12 oraz postanowienia art.484 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.), a także art. 254 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.).”

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

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

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Zaskarżonym orzeczeniem Regionalna Komisja Orzekająca przy RIO w Łodzi (zwana dalej także „RKO”) uznała Obwinionego (...), pełniącego w czasie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...), odpowiedzialnym za popełnienie naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez niepobranie w pełnej wysokości z faktury wykonawcy robót budowlanych, realizowanych w ramach inwestycji pn. „Poprawa dostępności komunikacyjnej (...)”, kary umownej za nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na uchybieniu terminowi zakończenia tych robót.

RKO ustaliła, że w umowie z dnia 25 kwietnia 2012 r., na podstawie której Miasto (...) udzieliło Przedsiębiorstwu (...), (...)” zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach ww. zadania, termin wykonania zamówienia (II etapu inwestycji) określono na 31 sierpnia 2013 r., a następnie (aneksem z dnia 19 lipca 2013 r.) przedłużono o

Sygn. akt BDF1.4800.125.2015

1 miesiąc z uwagi na trudne warunki atmosferyczne (długotrwałe opady, nawalne deszcze, gradobicia).

Wykonawca z około dwutygodniowym opóźnieniem (15 października 2013 r.) zgłosił zakończenie robót, jednak w wyznaczonym przez inwestora terminie nie dokonano odbioru końcowego, ponieważ stwierdzono szereg usterek i braków formalnych. Mimo pisemnego wezwania do natychmiastowego usunięcia wszystkich braków, wyznaczenia ostatecznego dodatkowego terminu oraz uprzedzenia o zamiarze powierzenia dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy (co było przewidziane w umowie), firma „(...)” nie podjęła żadnych działań w celu naprawienia wadliwie wykonanych prac, w tym usunięcia usterek w warstwie ścieralnej nawierzchni, wykonanej niezgodnie z dokumentacją projektową.

W związku z brakiem reakcji wykonawcy na wezwania inwestora, Miasto (...) – po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „Wymiany warstwy ścieralnej nawierzchni asfaltowej (...)” – zawarło w dniu 28 marca 2014 r. umowę z wykonawcą zastępczym. Zadanie zostało wykonane w terminie i odebrane w dniu 30 kwietnia 2014 r.

W tym samym dniu, przy udziale przedstawicieli firmy „(...)”, sporządzono protokół odbioru końcowego całego zadania związanego z przebudową ulicy (...).

Pismem z dnia 14 maja 2014 r. firma „(...)” zwróciła się do inwestora o „zaniechanie naliczenia odsetek z tytułu terminu zakończenia II etapu budowy, a tym samym całej inwestycji”. Wykonawca powołał się na wytyczne Szczegółowej Specyfikacji Technicznej wbudowania mieszanki mineralno-asfaltowej, określające obligatoryjne warunki atmosferyczne (temperatura podłoża, minimalna temperatura otoczenia i prędkość wiatru), oraz na opracowane przez Instytut (...) zestawienie warunków faktycznych w okresie od 4 listopada 2013 r. do 31 marca 2014 r. Wskazał również na trudną sytuację ekonomiczną firmy „(...)” i możliwość jej upadłości.

W opinii prawnej, sporządzonej w związku z ww. pismem wykonawcy, radca prawny Urzędu Miasta uznał, że istnieją podstawy do nienaliczania kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy za okres od 4.11.2013r. do 31.03.2014r., gdyż przedstawione przez wykonawcę dane meteorologiczne potwierdzają brak możliwości wykonywania robót na nawierzchni bitumicznej w tym okresie. Zasadność tej argumentacji została potwierdzona przez właściwą komórkę merytoryczną Urzędu, tj. Biuro Infrastruktury Technicznej, w

Sygn. akt BDF1.4800.125.2015

notatce z dnia 16 maja 2015 r. (GKO zauważa, że Regionalna Komisja Orzekająca nie ustosunkowała się do faktu, że data notatki jest późniejsza, niż data zawarcia porozumienia. Jeżeli Komisja przyjęła wyjaśnienie co do oczywistej omyłki pisarskiej, zawarte w piśmie Obwinionego do Urzędu Marszałkowskiego z dnia 7 lipca 2014 r., należało to odnotować w uzasadnieniu orzeczenia.).

W dniu 15 maja 2014 r. strony zawarły porozumienie dotyczące rozliczenia wzajemnych wierzytelności. Ustalono m.in., że wynagrodzenie wykonawcy zostanie obniżone o równowartość kosztów zastępczego wykonania robót, a zamawiający obciąży go karą umowną z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, polegającego na uchybieniu terminowi zakończenia II etapu budowy, w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za 59 dni, tj. za okres od 1 października do 3 listopada 2013 r. oraz od 1 do 25 kwietnia 2014 r. Porozumienie podpisał pan (...).

Z okresu objętego naliczeniem kar umownych, przewidzianych w umowie z dnia 25 kwietnia 2012 r., wyłączono 148 dni (od 4 listopada 2013 r. do 31 marca 2014 r.). Kara umowna, została pobrana w kwocie 86.518,89 zł zamiast w kwocie 303.549,31 zł, czyli została zaniżona o 217.030,42 zł.

Obwiniony potwierdzał stan faktyczny ustalony przez Regionalną Komisję Orzekającą. W swoich wyjaśnieniach, przedstawianych również w Urzędzie Marszałkowskim, Obwiniony podnosił m.in. takie okoliczności, jak:

- fakt, że zakończenie budowy jako całości nastąpiło po wykonaniu zastępczym robót (w dniu 25 kwietnia 2014 r.) i dopiero wówczas możliwe było ustalenie, za jaki okres należy naliczyć firmie „(...)” karę umowną,
- ostateczne zakończenie realizacji umowy uzależnione było od czynności (wybór wykonawcy zastępczego w trybie przetargu nieograniczonego) podejmowanych przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę, w terminie, na który pierwotny wykonawca nie miał żadnego wpływu, zatem w przypadku skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego zamawiający prawdopodobnie nie zdołałby wykazać zasadności roszczenia o zapłatę kary umownej za cały okres opóźnienia,
- w piśmie Obwinionego do Urzędu Marszałkowskiego z 15 grudnia 2014 r. wskazywano, jako argument za niepobraniem odsetek w pełnej wysokości, możliwość żądania przez dłużnika miarkowania kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego.

Sygn. akt BDF1.4800.125.2015

W uzasadnieniu orzeczenia RKO stwierdziła, że stan faktyczny w rozpatrywanej sprawie nie budzi żadnych wątpliwości. Miasto (...) nie pobrało od firmy „(...)” należnej kwoty kary umownej w wysokości 217.030,42 zł.

Dokonując oceny prawnej tego stanu faktycznego RKO doszła do przekonania, że rozważania dotyczące instytucji kary umownej za opóźnienie ewentualnie za zwłokę w wykonaniu zobowiązania, rozumianą jako kwalifikowane opóźnienie, które jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności (warunki meteorologiczne) i wynikające stąd argumenty o możliwości zwolnienia się dłużnika z odpowiedzialności i miarkowania kary umownej, nie mogą mieć zastosowania. W zaistniałym stanie faktycznym mamy bowiem do czynienia z zastrzeżeniem o charakterze gwarancyjnym, nakładającym obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej.

Zdaniem Sądu Najwyższego (wyrok SN z 16 stycznia 2013 r.), a także zdaniem RKO, taki właśnie charakter ma postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu” lub „bez względu na przyczynę niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania”. Tak więc nieważna jest przyczyna niewykonania zobowiązania (np. czynniki atmosferyczne). Dłużnik (wykonawca umowy) zobowiązany jest do zapłaty kary pieniężnej ustalonej umową każdorazowo, gdy uchybi terminowi wykonania. Posłużenie się przez strony umowy taką regulacją prawną powoduje również, że nie można stosować instytucji miarkowania kary. Argument dotyczący miarkowania kary w oparciu o art. 484 Kodeksu cywilnego jest chybiony także z tego powodu, że miarkowania dokonuje sąd rozstrzygający sprawę na wniosek dłużnika, a w aktach sprawy nie ma dokumentu, z którego wynikałoby żądanie miarkowania kary.

Obwiniony powinien był naliczyć i pobrać od wykonawcy karę liczoną za okres od 1 października 2013r. do 25 kwietnia 2014r., czyli za 207 dni uchybienia terminowi wykonania zadania.

Zdaniem RKO pobranie kary w wysokości 86.518,89 zł, a niepobranie kwoty 217.030,42 zł, naruszyło § 9 ust. 1 lit. a umowy z wykonawcą, art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego i art. 254 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. Wypełnia to znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej „uondfp”).

RKO stwierdziła, że odpowiedzialność Obwinionego za zarzucany mu czyn wynika z faktu zaniechania tego pobrania, natomiast z mocy art. 4 ust. 1 pkt 2 uondfp Obwiniony objęty jest zakresem podmiotowym tej ustawy, jako pełniący funkcję kierownika jednostki sektora finansów publicznych w chwili popełnienia zarzucanego czynu.

W odwołaniu Obrońca Obwinionego wniósł o uchylenie wyżej opisanego orzeczenia w całości i uniewinnienie Obwinionego, zarzucając RKO naruszenie przepisów:

- 1) art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp, poprzez błędne uznanie, iż w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia tego przepisu, ponieważ nie dochodząco należności za cały okres do dnia zgłoszenia odbioru przez Wykonawcę zastępczego, a przypadku nieuwzględnienia tego zarzutu błędne przyjęcie, iż czyn polega na niepobraniu w pełnej wysokości należności zamiast niedochodzeniu należności w określonej wysokości,
- 2) art. 89 ust. 1 w związku z art. 137 ust. 2 pkt 2 uondfp, polegające na braku przeprowadzenia wyczerpującego postępowania dowodowego poprzez niewykonanie obowiązku wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego i niewłaściwą ocenę przeprowadzonych dowodów, polegającą na błędnym stwierdzeniu, że strony w umowie dokonały zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym,
- 3) art. 76 ust. 3 uondfp, poprzez błędne ustalenie odpowiedzialności Obwinionego pomimo występowania niedających się usunąć wątpliwości, które należy zawsze rozstrzygać na korzyść Obwinionego,
- 4) art. 137 ust. 1 pkt 2 uondfp, poprzez sporządzenie uzasadnienia w sposób niezgodny z tym przepisem oraz uniemożliwiający jego kontrolę instancyjną,
- 5) art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego, poprzez błędne przyjęcie, że strony w umowie dokonały zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym oraz niezbadanie, jaki był zgodny zamiar stron w tym zakresie.

Uwaga: wobec wycofania przez Obrońcę Obwinionego na rozprawie przed GKO zarzutów dotyczących niewykonania przez RKO obowiązku wyczerpującego zebrania i wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego oraz pominięcia lub bezzasadnego oddalenia dowodów i niestosowania się do zasady rozstrzygania niedających się usunąć wątpliwości na korzyść obwinionego, przy jednoczesnym oświadczeniu Obrońcy, że nie zgłasza wniosków o uzupełnienie materiału dowodowego, w dalszej treści uzasadnienia pominięto argumentację odnoszącą się do tych zarzutów.

Pozostałe zarzuty przedstawione w odwołaniu Obrońca Obwinionego uzasadnił następująco.

— *Zarzut naruszenia przepisów art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp.*

RKO błędnie ustaliła stan faktyczny poprzez uznanie, że „mamy do czynienia z zastrzeżeniem o charakterze gwarancyjnym, nakładającym obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej w razie niewłaściwego wykonania zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej”.

Uzasadniając powyższe zapisem umownym *za uchybienie terminu lub bez względu na przyczynę niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania*, Komisja nie wyjaśniła w jakim miejscu umowy i w jakim kontekście występują te zacytowane fragmenty umowy, a konsekwencją takiego rozumienia zapisów umownych jest zupełny brak znaczenia przyczyny niewykonania zobowiązania (czynniki atmosferyczne).

W przypadku kary gwarancyjnej podstawy odpowiedzialności z tytułu takiego zastrzeżenia należałoby upatrywać nie w przepisach dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz w regulacjach dotyczących swobody umów, ponieważ zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego kara gwarancyjna jest zastrzeżeniem o charakterze zobowiązaniowym i w razie wystąpienia objętych nią okoliczności zobowiązany ma obowiązek spełnić świadczenie i to niezależnie od zaistnienia szkody czy też winy zobowiązanego.

Istnieje zasadnicza różnica między niepobraniem należności, tj. sytuacją, gdy nie doszło do uiszczenia należności pomimo istnienia tytułu prawnego, a niedochodzeniem należności, przez które należy rozumieć zaniechanie podjęcia określonym prawem czynności, mających na celu wyegzekwowanie ustalonej należności. Obwiniony nie może odpowiadać za niedobranie należności, gdyż w zasadzie ustalono taki obowiązek w takim zakresie, w jakim go zrealizowano, czego odzwierciedleniem było zawarte porozumienie.

W przypadku właściwej oceny stanu faktycznego przez RKO, zawarcie porozumienia przez strony umowy i określenie wysokości kar umownych z pewnością nie oznaczałoby zaniechania dochodzenia należności. Jedyne w przypadku spełnienia przesłanek obligujących organ wykonawczy gminy do ustalenia, dochodzenia i pobrania należnych gminie kar umownych, może dojść do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co w tej sprawie nie zostało wykazane.

— *Zarzut naruszenia przepisów art. 89 w zw. z art. 137 ust. 2 pkt 2 uondfp.*

W części dotyczącej tego zarzutu znajduje się m.in. omówienie nieprzeanalizowanych przez RKO nieścisłości występujących w tekście umowy z wykonawcą oraz zarzut nieuwzględnienia faktu, iż kary umowne były również zastrzeżone w przypadku niezachowania terminu zakończenia I etapu, a w umowie przewidziano zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

— *Zarzut naruszenia przepisów art. 76 ust. 3 uondf.p*

Odwołujący ograniczył się do przedstawienia obowiązujących zasad postępowania, nakładających obowiązek rozstrzygnięcia niedających się usunąć wątpliwości na oskarżyciela, nie wskazując konkretnych przykładów niewykonania tego obowiązku.

— *Zarzut naruszenia przepisów art. 137 ust. 1 pkt 2 uondfp.*

Argumentacja dotycząca tego zarzutu obejmuje m.in. prezentację podstawowych zasad konstruowania uzasadnienia orzeczenia oraz celów, jakie powinno ono spełniać.

W odniesieniu do zaskarżonego rozstrzygnięcia zarzut uzasadniono m.in. brakiem możliwości ustosunkowania się do jego motywów, wynikającym z lakoniczności uzasadnienia, co utrudnia Obwinionemu realizację prawa do odwołania się od niego, a organowi odwoławczemu uniemożliwia dokonanie rzetelnej kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia. Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu nie przedstawiono toku myślenia, który doprowadził Komisję do przyjęcia takiego, a nie innego rozstrzygnięcia, oraz że nie wskazano Obwinionemu, jak powinien działać, aby naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie popełnić, co jest niezbędne do przypisania winy.

Odwołujący zarzucił RKO, że w zasadzie tylko w jednym zdaniu (i to bardzo ogólnym) zawarła uzasadnienie swojej interpretacji zapisów umownych. Zupełnie pominęła kwestię zgodnego zamiaru stron, analizy całej umowy i okoliczności, w jakich zawarto umowę oraz porozumienie.

— *Zarzut naruszenia przepisów art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego.*

W uzasadnieniu tego zarzutu omówiono zasady dokonywania wykładni umów oraz przytoczono wyroki Sądu Najwyższego i NSA, dotyczące tej kwestii. Odwołujący podkreślił, że wydanie orzeczenia bez zbadania, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, musi budzić wątpliwości co do trafności rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do poglądu RKO, że nie jest zadaniem komisji orzekającej rozstrzygnięcie sporów cywilno-prawnych, Odwołujący stwierdził, że zasadniczym motywem wniesionego

odwołania jest właśnie rozbieżne interpretowanie przez Rzecznika Dyscypliny, Komisję Orzekającą oraz Obwinionego przepisów prawa i umowy cywilno-prawnej, regulujących wzajemne obowiązki między stronami konkretnego stosunku cywilnego.

Podkreślił również, że w przypadku umowy zawartej na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych za treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiada wyłącznie zamawiający (jako strona, która zredagowała umowę), a wszelkie niejasności niedające się usunąć w drodze wykładni interpretuje się na korzyść wykonawcy. Nie można stawiać zbyt wygórowanych i obciążających wyłącznie wykonawcę warunków przetargowych, gdyż mogłoby to skutkować brakiem zainteresowania uzyskaniem zamówienia publicznego, a wykonawca byłby uprawniony do złożenia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

Za kwestię bezsporną Odwołujący uznał, że w umowie z dnia 25 kwietnia 2012 r. strony zastrzegły karę umowną, co wynika wprost z dokumentacji przetargowej i korespondencji zamawiającego z wykonawcą. Zamawiający od lat stosuje praktykę zastrzegania przy udzielaniu zamówień publicznych kary umownej w rozumieniu Kodeksu cywilnego.

Zdaniem wnoszącego odwołanie należy wziąć pod uwagę, że zobowiązanie zostało w całości wykonane przez wykonawcę zastępczego, za którego wynagrodzenie, zgodnie z zawartym porozumieniem, zapłacił pierwotny wykonawca. Wykonawca zapłacił również karę umowną, lecz w innej wysokości, niż ustaliła to Komisja. Te wszystkie fakty, w połączeniu z przepisem art. 484 § 2 Kc, umożliwiającym żądanie zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, wskazują, że argumentacja Obwinionego jest aktualna i w pełni uzasadniona.

Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, co następuje.

W rozpatrywanej sprawie poza sporem są ustalenia dotyczące stanu faktycznego, znajdujące potwierdzenie w zgromadzonej dokumentacji. Zarzuty odwołania odnoszące się do sposobu przeprowadzenia postępowania dowodowego w I instancji zostały wycofane i nie zgłoszono wniosków o uzupełnienie materiału dowodowego.

Stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 1 uondfp Główna Komisja Orzekająca rozważyła kwestię ewentualnej względności dla Obwinionego przepisów obowiązujących w czasie popełnienia zarzucanego mu czynu w porównaniu do stanu prawnego obowiązującego w czasie orzekania. GKO stwierdziła, że przepisy stanowiące podstawę wydania orzeczenia (art. 254 pkt 1 ustawy

o finansach publicznych, art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego oraz przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w tym art. 5 ust. 1 pkt 2) od czasu popełnienia czynu do czasu orzekania przez GKO nie uległy zmianie.

GKO stwierdziła również, że Regionalna Komisja Orzekająca nie odniosła się w żaden sposób do zarzutu naruszenia art. 207 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, objętego wnioskiem o ukaranie oraz wymienionego w opisie czynu zarzuczonego.

Analizując przebieg postępowania i argumentację stron GKO uznała, że podstawową przyczyną rozbieżności między stanowiskiem organów prowadzących postępowanie w I instancji a stanowiskiem Obwinionego, jest odmienna ocena możliwości działania i zakresu kompetencji zamawiającego, będącego jednostką sektora finansów publicznych, jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwana dalej także „Pzp”) jest przepisem szczególnym w stosunku do Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ww. ustawy, przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej.

Ograniczenia zakresu stosowania Kodeksu cywilnego do umów w sprawach zamówień publicznych dotyczą m.in. swobody umów, do której odwołuje się Obwiniony i jego obrońca, traktując umowę o udzielenie zamówienia publicznego jako typową umowę cywilno-prawną w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Tymczasem Prawo zamówień publicznych w istotny sposób ogranicza swobodę umów w przypadku umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności w zakresie dopuszczalności jej modyfikacji.

Przepis art. 144 ust. 1 Pzp wprost zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Termin wykonania zamówienia należy z pewnością do najważniejszych postanowień umowy, a jego zmiana jest jedną z najbardziej istotnych zmian postanowień umowy. Bez znaczenia jest przy tym nazwanie dokonanej czynności prawnej, polegającej na zmianie umowy, zawarciem „porozumienia”. O charakterze czynności prawnej decyduje bowiem jej treść – w tym przypadku prowadząca do modyfikacji stosunku umownego łączącego strony.

Jednostki sektora finansów publicznych należą ponadto do szczególnej kategorii zamawiających, zobowiązanych do stosowania nie tylko przepisów Pzp, ale również przepisów o finansach publicznych.

RKO słusznie podkreślała, że zamawiający – jako jednostka sektora finansów publicznych, a nie podmiot prywatny – nie mógł swobodnie decydować o rezygnacji z należności z tytułu kar umownych, gdyż należą one do kategorii środków publicznych, których realizacja poddana jest szczególnym rygorom prawnym.

Zgodnie z art. 254 pkt 1 ustawy o finansach publicznych w toku wykonywania budżetu jednostki samorządu terytorialnego mają obowiązek ustalania, pobierania i odprowadzania dochodów budżetowych na zasadach i w terminach wynikających z obowiązujących przepisów. Przepisy ustawy o finansach publicznych nie przewidują w zasadzie możliwości odstąpienia od egzekwowania należności przysługujących jednostce budżetowej. Wyjątek stanowią sytuacje określone w przepisach dotyczących stosowania ulg w spłacie należności (umarzanie, odraczanie terminów lub rozkładanie spłat na raty). Do ulg w spłacie należności o charakterze cywilno-prawnym, przysługujących jednostkom samorządu terytorialnego, mają zastosowanie przepisy art. 59 ust. 1 – 3 ustawy. Zgodnie z tymi przepisami, w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem dłużnika lub interesem publicznym, mogą być stosowane ulgi w spłacie należności na zasadach określonych przez organ stanowiący jednostki.

Z dokumentacji sprawy nie wynika, by Obwiniony, podpisując porozumienie z firmą „(...)”, działał na podstawie zasad określonych przez organ stanowiący gminy w trybie art. 59 ust. 1 ustawy o finansach publicznych.

W przypadku potwierdzenia tej tezy przez RKO należy uznać, że podpisanie porozumienia, na podstawie którego Obwiniony odstąpił od pobrania odsetek za każdy dzień uchybienia terminowi zakończenia II etapu budowy, stanowiło zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, czyli naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 6 uoondfp.

W takim przypadku Regionalna Komisja Orzekająca rozważy zasadność podjęcia działań wynikających z art. 131uondfp.

Kolejną istotną kwestią, wymagającą weryfikacji przez RKO, jest brak spójności w ocenie prawnej stanu faktycznego. W sentencji orzeczenia oraz w jego uzasadnieniu RKO stwierdza naruszenie przez Obwinionego art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego (dotyczącego kary umownej). Jednocześnie na str. 11 uzasadnienia uznaje, że w sprawie *mamy do czynienia z zastrzeżeniem o charakterze gwarancyjnym, nakładającym obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej.*

Główna Komisja Orzekająca dostrzega tu istotną niekonsekwencję. Skoro – zdaniem Regionalnej Komisji Orzekającej – postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu” wskazuje na zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, a nie na karę umowną, to nieuzasadnione jest wskazywanie przepisu dotyczącego kary umownej, jako przepisu prawa naruszonego przez Obwinionego. Podkreślić przy tym trzeba, że dotyczy to także sentencji orzeczenia, nie zaś tylko argumentacji zawartej w uzasadnieniu.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej nie ma podstaw do twierdzenia, że pojęcia użyte w umowie zawartej między zamawiającym a wykonawcą mają inne znaczenie, niż ich literalne brzmienie zapisane w umowie. Główna Komisja Orzekająca nie kwestionuje przy tym znaczenia art. 65 Kodeksu cywilnego, na który powołał się Obrońca Obwinionego. Zauważyć jednak należy, że art. 65 Kodeksu cywilnego wskazuje pewne reguły interpretacyjne, które nie przekreślają ustalonych metod wykładni. W toku postępowania nie wykazano, aby w konkretnym stanie faktycznym zamiarem zamawiającego było odejście od przyjętych reguł interpretacji postanowień umowy w odniesieniu do zastrzeżenia kary umownej. Kwestionowanie powszechnie przyjętego znaczenia pojęcia kary umownej stanowiłoby daleko posuniętą ingerencję w treść umowy, w dodatku mającą miejsce po jej sfinalizowaniu.

Odrębną sprawą jest kwestia skutków faktycznych i prawnych, związanych z charakterem kary umownej jako formy naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483 Kodeksu cywilnego). Rozstrzygnięcie ewentualnych sporów w sprawach związanych z umową strony pozostawiły sądowi powszechnemu właściwemu dla siedziby zamawiającego (§ 21 umowy z dnia 25 kwietnia 2012 r.). Biorąc to pod uwagę nie można jednak przyjąć, jak czyni to Komisja I instancji, że „w tej sytuacji nieważna jest przyczyna niewykonania zobowiązania [...]; dłużnik (wykonawca umowy) zobowiązany jest do zapłaty kary pieniężnej ustalonej umową każdorazowo, gdy uchybi terminowi wykonania”. Należy podkreślić, że kara umowna jest elementem całokształtu regulacji dotyczącej odpowiedzialności kontraktowej, w związku z czym obowiązki dłużnika w tym zakresie oceniane być muszą przez pryzmat zasad tej odpowiedzialności. Przypisanie odpowiedzialności wymaga zatem wykazania, że w sprawie były podstawy do powstania obowiązku zapłaty kary umownej przy rozumieniu spornego zastrzeżenia zawartego w umowie jako wprowadzającego karę umowną. Ta kwestia będzie wymagała – niezależnie od ostatecznej konkluzji – głębszego uzasadnienia ze strony Komisji I instancji.

Ponadto Główna Komisja Orzekająca zauważa, że warunki atmosferyczne w okresie jesienno-zimowym są przewidywalne i składający ofertę na wykonywanie robót budowlanych na terenie otwartym musi uwzględniać możliwość wystąpienia w tym okresie niekorzystnych zjawisk pogodowych. Oferując wykonanie zamówienia w wymaganym przez zamawiającego terminie i godząc się na zapłatę kar umownych za każdy dzień uchybienia temu terminowi, wykonawca był świadomy podejmowanego ryzyka.

W ocenie GKO, w rozpatrywanym stanie faktycznym, brak jakichkolwiek działań wykonawcy po nieskutecznej próbie dokonania odbioru końcowego prac, w tym brak reakcji na wezwania inwestora do podjęcia takich działań, a nie warunki atmosferyczne, były przyczyną niedotrzymania terminu wykonania zamówienia przez firmę „(...)”, z wyjątkiem okresu stanowiącego podstawę zawarcia aneksu z dnia 19 lipca 2013 r., przedłużającego ten termin o 1 miesiąc, tj. do 30 września 2013 r. Powoływanie się na warunki atmosferyczne w pozostałym okresie jest bezpodstawne.

GKO nie podzieliła stanowiska Obrońcy, że Obwiniony nie może odpowiadać za niepobranie należności, lecz – ewentualnie – za ich niedochodzenie. Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że ustalenie należności wymagało złożenia przez zamawiającego odrębnego oświadczenia woli w ramach *podejmowania określonych prawem czynności, których celem jest wyegzekwowanie ustalonej należności*. W rozpatrywanej sprawie słusznie przypisano Obwinionemu odpowiedzialność za *niepobranie należności w sytuacji gdy nie doszło do uiszczenia należności pomimo istnienia tytułu prawnego*. Tytuł prawny do zapłaty/pobrania odsetek wynikał bezpośrednio z umowy, a nie z zawartego post factum porozumienia. Należy zaznaczyć, że nietrafna jest też argumentacja w brzmieniu: „jedynie w przypadku spełnienia przesłanek obligujących organ wykonawczy gminy do ustalenia, dochodzenia i pobrania należnych gminie kar umownych, może dojść do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co w tej sprawie nie zostało wykazane”. Przesłanki, o których mowa, zostały spełnione (wynikają one z omówionych wyżej przepisów ustawy o finansach publicznych), a tym samym – wbrew stanowisku Obrońcy Obwinionego – możliwość naruszenia dyscypliny finansów publicznych została wykazana.

Wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma żadnego wpływu na przebieg realizacji umowy w sprawie tego zamówienia (służy zabezpieczeniu interesów zamawiającego po dokonaniu odbioru przedmiotu umowy).

Zdaniem GKO, ewentualne wątpliwości co do okresu naliczania odsetek może nasuwać czas prowadzenia przez inwestora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sprawie wykonania zastępczego remontu nawierzchni lub warunki tego zamówienia (w tym termin realizacji). Kwestia ta nie została przeanalizowana przez Regionalną Komisję Orzekającą, jednak nie było to przedmiotem wniosków żadnej ze stron, a Obwiniony podnosił tę okoliczność jedynie jako hipotetyczny argument w postępowaniu sądowym (podobnie jak argument dotyczący żądania miarkowania kary, który również tylko sąd mógłby rozważyć).

Powołane w uzasadnieniu odwołania wyroki sądowe i orzeczenia GKO, niemające związku ze sprawą bądź wpływu na jej rozstrzygnięcie (np. orzeczenie GKO z 28.10.2002 r., sygn. DF/GKO/Odw.-87/118/2002, wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. IV CSK 90/09), GKO pozostawiła bez ustosunkowania się.

GKO w dużym stopniu podzieliła natomiast zarzuty odwołania odnoszące się do sposobu sformułowania uzasadnienia orzeczenia, zwłaszcza w części dotyczącej jego lakoniczności, niedostatecznie szczegółowego przedstawienia toku myślenia RKO w zakresie prowadzącym do przyjętego rozstrzygnięcia oraz niewskazania Obwinionemu, jak powinien działać, aby uniknąć naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ponowne rozpoznanie sprawy przez Komisję Orzekającą I instancji powinno przyczynić się do wyjaśnienia wątpliwości oraz wyeliminowania uchybień wskazanych przez GKO.

W związku z powyższym Główna Komisja Orzekająca orzekła, jak w sentencji.