



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

Warszawa, dnia 28 września 2015 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Zastępca przewodniczącego GKO:</i>	<b>Wojciech Robaczyński</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Agata Mikołajczyk</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Piotr Gryśka (spr.)</b>
<b>Protokolant:</b>		<b>Paweł Matusiak</b>

przy udziale zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2015 r. odwołania wniesionego przez Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 12 maja 2015 r. sygn. akt: DB-0965/9/15, w zakresie, w którym uznano Obwinionego (...) pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Zarządu Dróg Miejskich (...), (cytat z sentencji orzeczenia) „winnym popełnienia czynu, polegającego na dokonywaniu zmian umowy zawartej w dniu 18.07.2012 r. na wykonanie zadania na „(...)”, w drodze:

- Aneksu nr 2 z dnia 3 września 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wysokość wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 64.967,27 zł;
- Aneksu nr 3 z dnia 10 października 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wysokość wynagrodzenia o kwotę 139.244,15 zł;
- Aneksu nr 8 z dnia 01 lipca 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wynagrodzenie o kwotę 236.824,27 zł;
- Aneksu nr 9 z dnia 11 września 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych zwiększono wynagrodzenie o kwotę 539.899,97 zł

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 13 pkt 6 lit. a oraz z art. 17 pkt 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168), powyższe stanowiło naruszenie:

- art. 144 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm., a obecnie tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.),
- postanowień § 4 ust. 4 i 6 pkt 1 i 2 oraz §1 pkt 10 Umowy w zw. z art. 184 ust. 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r., nr 157, poz. 1240 ze zm., a obecnie j.t. Dz. U. z 2013r. poz. 885 ze zm.),

oraz:

- art. 13 pkt 6 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż zgodnie z treścią wskazanej normy prawnej: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest wykorzystanie środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w tym (lit. a) procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych - wyłącznie w zakresie określonym w art. 17.
- art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.”

oraz wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i obciążono kosztami postępowania,

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyła orzeczenie pierwszej instancji w zaskarżonym zakresie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu.**

#### **Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

#### **Uzasadnienie**

Orzeczeniem z dnia 12 maja 2015 r. Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Poznaniu, zwana dalej: „Komisją Orzekającą pierwszej instancji” uznała (...) – Dyrektora Zarządu Dróg Miejskich (...) winnym popełnienia czynu, polegającego na dokonywaniu zmian umowy zawartej w dniu 18.07.2012 r. na wykonanie zadania na (...), w drodze:

- 1) Aneksu nr 2 z dnia 3 września 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wysokość wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 64.967,27 zł,

- 2) Aneksu nr 3 z dnia 10 października 2012 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wysokość wynagrodzenia o kwotę 139.244,15 zł,
- 3) Aneksu nr 8 z dnia 01 lipca 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, którym zwiększono wynagrodzenie o kwotę 236.824,27 zł,
- 4) Aneksu nr 9 z dnia 11 września 2013 r. z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych zwiększono wynagrodzenie o kwotę 539.899,97 zł,

tj. winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 13 pkt 6 lit. a oraz z art. 17 pkt 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji powyższe działania stanowiły naruszenie:

- 1) art. 144 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) postanowień § 4 ust. 4 i 6 pkt 1 i 2 oraz § 1 pkt 10 Umowy w zw. z art. 184 ust. 1 ustawy o finansach publicznych

oraz:

- 1) art. 13 pkt 6 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż zgodnie z treścią wskazanej normy prawnej: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest wykorzystanie środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w tym (lit. a) procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych - wyłącznie w zakresie określonym w art. 17,
- 2) art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Za przypisane czyny Komisja Orzekająca pierwszej instancji wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła go kosztami postępowania.

Tym samym orzeczeniem Obwiniony został uniewinniony od zarzutu popełnienia czynu z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez opis przedmiotu zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na (...) w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

We wniosku o ukaranie złożonym w sprawie w dniu 2 lutego 2015 r. rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji zarzucił Obwinionemu „*dokonanie zmiany zawartej w dniu 18.07.2012 r. umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych ponieważ zawarł szereg aneksów do umowy, zmieniając zakres wykonywanych robót, termin zakończenia robót i wynagrodzenie wykonawcy*”. Rzecznik wskazał w zarzucie 10 aneksów, którymi Obwiniony zmienił przedmiotową umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu wydanego orzeczenia Komisja Orzekająca pierwszej instancji obszernie przytoczyła wyjaśnienia Obwinionego, założone zarówno w trakcie postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji, jak i składane w trakcie rozprawy w pierwszej instancji. Jak wynika z wyjaśnień Obwinionego, uznaje on, że zawarte aneksy do Umowy o nr 1-10, dotyczyły zmian: terminu realizacji robót budowlanych, wartości robót budowlanych, osób zaangażowanych w realizację przedmiotowego zadania. Możliwość zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia została przewidziana w § 2 ust. 3 Umowy, natomiast możliwość zwiększenia wynagrodzenia umownego w przypadku zlecenia wykonawcy robót dodatkowych w § 14 ust. 7 Umowy, natomiast warunki na jakich taka zmiana powinna zostać dokonana zostały określone w § 14 oraz § 15 Umowy, w którym określono w jaki sposób będzie kształtowała się wycena dodatkowych prac. W związku z powyższym Obwiniony uznaje, iż zamawiający zawarł w Umowie z dnia 18.07.2012 r. możliwość zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia na zasadach określonych ww. postanowieniach, co wyczerpuje przesłanki zgodności z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo Obwiniony wskazywał, iż zawsze możliwa jest zmiana umowy o zamówienie publiczne w zakresie zmian nieistotnych. Za nieistotne należy uznać zmiany, które nie były elementem składanej przez wykonawcę oferty czyli nie wpływały na ostateczną wycenę zamówienia przez wykonawcę. Obwiniony w swych wyjaśnieniach odniósł się również do każdego z dziesięciu zawartych aneksów do Umowy wskazując w odniesieniu do każdego z nich, na jakiej podstawie został zawarty.

W toku rozprawy Obwiniony podtrzymał wyjaśnienia złożone w ww. piśmie. W jego ocenie nie doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie, o którym mowa we wniosku o ukaranie. Wnosił o uniewinnienie od postawionych zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Uzasadniając wydane w sprawie rozstrzygnięcie, Komisja Orzekająca pierwszej instancji wskazała przede wszystkim, iż Obwiniony (...)– Dyrektor Zarządu Dróg Miejskich

(...)— legitymujący się pełnomocnictwem Prezydenta Miasta (...) do wykonywania w imieniu Miasta (...), czynności koniecznych do prawidłowej realizacji projektu (...) realizowanego w ramach (...) Programu Operacyjnego na lata 2007-2013 w tym do podpisywania umów z wykonawcami oraz dokumentacji procedury przetargowej” – udzielił zamówienia publicznego, podpisując w dniu 18.07.2012 r. umowę z wybranym w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcą na realizację przedmiotowego zadania za wynagrodzeniem w wysokości 4.184.564,02 zł brutto i terminem zakończenia robót budowlano – montażowych do 16.11.2012 r. Umowa na wykonanie robót budowlanych została zmieniona dziesięcioma aneksami, w wyniku których został przesunięty termin wykonania zadania z 16.11.2012 r. (termin zakończenia robót) i 30.11.2012 r. (termin rozliczenia) na terminy odpowiednio: 31.10.2013 r. i 10.11.2013 r., została zwiększona wartość przedmiotu zamówienia z 4.184.564,02 zł o kwotę 824.848,02 zł do kwoty 5.009.412,04 zł, został zmieniony przedmiot zamówienia, gdyż pod nazwą pierwotną zadania: (...) faktycznie zrealizowano przebudowę ulicy (...) na odcinku od (...).

Komisja Orzekająca pierwszej instancji stwierdziła, że z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zlecenia robót budowlanych zamawiający winien dokonać w jednym z trybów konkurencyjnych. Odnosząc się do wyjaśnień Obwinionego, że realizacja zamówienia podstawowego nie byłaby możliwa bez realizacji zamówień dodatkowych, bowiem wykonanie tych zamówień powodowałoby konieczność niszczenia tego, co już zostało wykonane, Komisja Orzekająca pierwszej instancji podzieliła stanowisko oskarżyciela, że praktyka wykonania całości potrzebnych prac w jednym czasie zasługuje na społeczną aprobatę, jednak nie może stanowić podstawy zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Sam fakt oszczędności na kosztach, konieczność wywiązywania się z terminów w celu uzyskania kolejnych transzy dofinansowania, czy gospodarność nie są wystarczające dla uznania zaistnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przy zamówieniach dodatkowych, przesłanką ich udzielenia jest nieprzewidywalność na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, konieczności wykonania zamówienia dodatkowego, a tej nieprzewidywalności Obwiniony nie wykazał. Aby wykazać zaistnienie tej przesłanki konieczne jest bowiem wykazanie, że bez robót dodatkowych zamówienie podstawowe nie zostanie prawidłowo wykonane. Tym samym chodzi tu nie o to, aby zamówienie podstawowe wobec braku zamówienia dodatkowego, było gorsze, mniej nowoczesne, czy w mniejszym stopniu wykorzystujące nowoczesne technologie, ale aby nie mógł nastąpić odbiór zamówienia podstawowego. Komisja Orzekająca pierwszej instancji wskazała, że roboty

dotkające, wynikające z zaleceń konserwatora zabytków odnośnie kolorystyki jezdni, nawierzchni chodnika trudno uznać za nieprzewidziane na etapie projektowania, gdyż inwestor winien odpowiednio wcześniej uzyskać stosowne uzgodnienia. Podobnie wykonanie zjazdu na nieruchomość położoną przy ulicy (...) wykonanie przebudowy dwóch zjazdów na posesje położone przy przebudowywanej ulicy (...) w celu zapewnienia obsługi komunikacyjnej posesji nie gorszej niż przed przebudową ulicy, zły stan techniczny zlokalizowanych przy budynkach wstępów piwnicznych, dostosowania wpustów deszczowych do prawidłowego pod względem technicznym usytuowania umożliwiającego właściwe funkcjonowanie odwodnienia jezdni, wycinka trzech drzew znajdujących się w bezpośredniej bliskości przyczółków mostu na zboczu koryta rzeki można było przewidzieć na etapie projektowania inwestycji. Natomiast wykonanie odejścia kanału deszczowego umożliwiającego przyszłą realizację połączenia z przyszłym nowo wybudowanym wylotem, które Obwiniony uzasadniał tym, iż prowadzenie przyszłych prac nie będzie wymagało dokonania rozbiórki i ingerencji w wykonane w ramach aktualnie realizowanego zamówienia elementy kanalizacji deszczowej, infrastruktury drogowej w tym jezdni i chodnika nie wskazuje, aby bez przedmiotowych robót dodatkowych zamówienie podstawowe nie zostało prawidłowo wykonane.

W ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji, zmiany umowy dokonane aneksami nr 2, 3, 8 i 9 trudno uznać za nieistotne, bowiem oprócz zmiany terminu wykonania rozszerzony został przedmiot zamówienia i zwiększone zostało w sposób istotny wynagrodzenie za wykonane prace. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a także z umową zawartą z Wykonawcą udzielenie zamówienia dodatkowego wymagało nie tylko zawarcia odrębnych umów, ale także prowadzenia odrębnie dla każdego z tych postępowań protokołów.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji wskazała, że zgodnie z zawartą umową, do obowiązków Beneficjenta należała realizacja projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo i rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz poszanowaniem obowiązujących zasad, postanowień i reguł wynikających z Programu oraz Uszczegółowienia Programu, procedur, wytycznych oraz informacji Instytucji Zarządzającej, w tym także z obowiązkiem przestrzegania przepisów prawa wspólnotowego i krajowego. Konieczność przestrzegania procedur obowiązujących przy wykorzystywaniu środków pochodzących z programów unijnych wynika z art. 184 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. Działanie

polegające na nieprzestrzeganiu wyżej wymienionych norm prawnych oraz ustalonych na ich podstawie zasad wydatkowania środków pomocowych, wypełniło przedmiotowe znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odpowiedzialność Obwinionego wynika z faktu, iż pełnił w momencie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcje kierownika jednostki oraz tego, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, odpowiadał on za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo legitymował się on pełnomocnictwem Prezydenta Miasta (...). Podpis Obwinionego złożony na protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na umowie o udzielenie zamówienia publicznego oraz na każdym z aneksów powoduje, że czynność uzyskuje walor czynności prawnej dokonanej w imieniu zamawiającego. Dokonując czynności polegających na zmianie w drodze aneksów umowy z dnia 18.07.2012 r. naruszył postanowienia art. 144 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Komisja ustaliła również, że ujawnione w toku kontroli przeprowadzonej przez Urząd Marszałkowski Województwa (...) Departament Wdrażania Programu Regionalnego – nieprawidłowości były podstawą do zastosowania przez Instytucję Zarządzającą korekty finansowej. Wniosek o płatność refundacyjną (końcowy) za okres od 14.01.2011 r. do 31.12.2013 r. został zweryfikowany pozytywnie. Poświadczona kwota wydatków kwalifikowanych objętych wnioskiem wyniosła 2 991 913, 59 zł (kwota 3 334 506, 26 zł została umniejszona o 323 056,68 zł tytułem korekty finansowej oraz 19 535,99 zł tytułem uznania kosztu dotyczącego audytu i dokonania dokumentacji projektowej kanalizacji w ul. (...) wraz z dwoma operatami wodno–prawnymi za koszt niekwalifikowalny). Kwota do refundacji poniesionych wydatków wynosi 2 393 530, 87 zł, z czego 2 393 530, 87 zł z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (kwota 2 667 605,00 zł została umniejszona o 258 445,34 zł tytułem korekty finansowej oraz 5 628,79 zł tytułem uznania kosztu dotyczącego audytu i wykonania dokumentacji projektowej kanalizacji ul. (...) wraz z dwoma operatami wodno–prawnymi za koszt niekwalifikowany).

Wymierzając Obwinionemu karę upomnienia skład orzekający wziął pod uwagę dotychczasową niekaralność oraz okoliczności, w jakich doszło do popełnienia czynów. Komisja uznała, że kara upomnienia spełnia swoją rolę represyjną i prewencyjną.

Obwiniony odwołał się od orzeczenia Komisji Orzekającej pierwszej instancji pismem z dnia 30.06.2015 r. zaskarżając je w zakresie przypisania mu odpowiedzialności za

naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wymierzenia mu kary upomnienia oraz obciążenia kosztami postępowania. Z tego względu niniejsze uzasadnienie nie odnosi się do orzeczenia Komisji Orzekającej pierwszej instancji w zakresie w jakim Obwiniony został uniewinniony od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, bowiem orzeczenie pierwszej instancji w tym zakresie, jako niezaskarżone, zgodnie z art. 141 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stało się prawomocne.

Obwiniony zarzucił orzeczeniu pierwszej instancji błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że pełniąc funkcję Dyrektora Zarządu Dróg Miejskich w (...) dokonywał zmian umowy aneksami nr 2, nr 3, nr 8, nr 9 z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, co wypełniło znamiona czynu opisanego w art. 13 pkt 6 lit. a oraz art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wniósł o uchylenie orzeczenia w zaskarżonym zakresie, uniewinnienie od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, uchylenie kary upomnienia i nieobciążanie kosztami postępowania.

Na rozprawie przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej zwaną: „GKO” Obwiniony podtrzymał złożone odwołanie i zawarty w nim wniosek o uniewinnienie od przypisanego zarzutu. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, iż zgodnie z art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych Obwiniony przewidział możliwość dokonania zmian umowie i określił warunki takiej zmiany zarówno w SIWZ, jak i w projekcie umowy dołączonym do SIWZ. Jak podniósł Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, Obwiniony nie ma w postępowaniu obowiązku dowodzenia swojej niewinności i może bez podania dowodów odmówić składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania, więc stwierdzenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji znajdujące się na stronie 16 zaskarżonego w części orzeczenia, że Obwiniony nie wykazał nieprzewidywalności, nie zasługuje na uwzględnienie, bo to Komisja Orzekająca I instancji powinna wykazać, że kwestionowane roboty dodatkowe można było przewidzieć na etapie projektowania zamówienia. Odpowiadając na pytania składu orzekającego GKO, Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wskazał, że orzeczenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji zawiera uchybienia w zakresie rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów postawionych Obwinionemu w postępowaniu oraz kwalifikacji prawnej czynów przypisanych Obwinionemu.



**GKO, rozpoznając sprawę, stwierdziła co następuje.**

Wydane w sprawie rozstrzygnięcie zawiera istotne wady, które uniemożliwiają jego merytoryczną ocenę. Tym samym, w ocenie GKO, uwzględnienie zgodnych wniosków stron przedstawionych na rozprawie odwoławczej byłoby przedwczesne, gdyż zostały one przedstawione na podstawie rozstrzygnięcia, które nie odnosi się należycie do istoty sprawy i nie wskazuje w wyczerpujący sposób toku rozumowania Komisji Orzekającej pierwszej instancji, który doprowadził ją do przypisania Obwinionemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Komisja Orzekająca pierwszej instancji w uzasadnieniu swego orzeczenia nie odniosła się w należyty do zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jaki został Obwinionemu przypisany w sentencji zaskarżonego orzeczenia. Jak już wyżej wskazano, Obwinionemu przypisane zostało naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na dokonywaniu zmian umowy zawartej w dniu 18.07.2012 r. na wykonanie zadania na (...) w drodze 4 aneksów (z dnia 3 września 2012 r., z dnia 10 października 2012 r., z dnia 01 lipca 2013 r. oraz z dnia 11 września 2013 r.), a czyny te zakwalifikowano z art. 13 pkt 6 lit. a oraz z art. 17 pkt 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jak wynika zatem z sentencji orzeczenia pierwszej instancji, naruszenie dyscypliny finansów publicznych przypisane Obwinionemu polegało na wykorzystaniu środków publicznych (...) z naruszeniem procedur przy ich wykorzystaniu w tym procedurami określonymi przepisami o zamówieniach publicznych (...) – art. 13 pkt 6 lit. a oraz zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych – art. 17 ust. 6 (w zaskarżonym orzeczeniu omyłkowo wskazano art. 17 pkt 6). Uzasadnienie wydanego w sprawie rozstrzygnięcia sprowadza się natomiast w całości do możliwości udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Komisja Orzekająca pierwszej instancji rozważa istotność zmian wprowadzonych na podstawie zakwestionowanych aneksów, ich niezbędność oraz możliwość przewidzenia (str. 16 – 18 zaskarżonego orzeczenia). Również orzecznictwo KIO oraz sądów administracyjnych przywoływane jest w zakresie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych. GKO nie kwestionuje w tym zakresie prawdziwości i zasadności tych stwierdzeń, natomiast musi wskazać, że udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki stanowi odrębne naruszenie dyscypliny finansów publicznych

kwalifikowane z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obwinionemu został natomiast zarzucony i przypisany inny czyn – polegający na sprzecznej z przepisami zmianie umowy.

Wskazać należy, że komisja orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma możliwość – o ile nie przekracza to granic wniosku o ukaranie – zmiany kwalifikacji naruszenia dyscypliny finansów publicznych zarzuconego obwinionemu. Zmiana taka musi jednak nastąpić z zachowaniem wymagań określonych w art. 131 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i znaleźć swoje odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia w zakresie opisanego czynu przypisanego i jego prawnej kwalifikacji. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie zaszła, czego skutkiem jest istotny rozdzźwięk między czynem przypisanym orzeczeniem pierwszej instancji zawartym w sentencji a uzasadnieniem wydanego w sprawie rozstrzygnięcia.

Z sentencji orzeczenia (kwalifikacji prawnej czynu) wynika również, że Komisja Orzekająca pierwszej instancji przypisała Obwinionemu czyn polegający na wykorzystaniu środków publicznych (...) z naruszeniem procedur przy ich wykorzystaniu w tym procedurami określonymi przepisami o zamówieniach publicznych (...) – zakwalifikowany z art. 13 pkt 6 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zarzut ten nie znajduje jednak odzwierciedlenia w zakresie opisu czynu zarzuconego (a następnie przypisanego) Obwinionemu. W samym opisie czynu nie ma jakiegokolwiek wzmianki o wykorzystaniu środków publicznych. Nie jest wskazana ich wartość, ani jakakolwiek kwota. Komisja nie próbowała nawet wywieść, że zmiana umowy dokonana poszczególnymi aneksami jest tożsama z czynem polegającym na wykorzystaniu środków publicznych. Wskazać należy, że ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określa te naruszenia jako dwa odrębne, niezależne od siebie działania a opis ich znamion (w jednym przypadku zmiana umowy, w drugim – wykorzystanie środków) powoduje, że nie mogą być one dokonane tym samym działaniem. Komisja Orzekająca pierwszej instancji nie wskazuje w końcu w jaki sposób można przypisać Obwinionemu niezgodne z przepisami wykorzystanie publicznych środków w sytuacji, gdy ustala (str. 18 – 19), że wskutek zastrzeżeń Instytucji Zarządzającej kwota do refundacji poniesionych wydatków została zmniejszona tytułem korekty finansowej? Tym samym refundacja wydatków nastąpiła w mniejszej wysokości, a zatem zakwestionowane wydatki nie zostały pokryte z tzw. środków europejskich.. Wszystkich tych wątpliwości nie rozstrzyga jedyny fragment uzasadnienia odnoszący się do tej kwestii (trzyliniowy akapit na str. 18), a

sprowadzający się do stwierdzenia, że (cyt. :) „działanie polegające na nieprzestrzeganiu wyżej wymienionych norm prawnych oraz ustalonych na ich podstawie zasad wydatkowania środków pomocowych wypełniło przedmiotowe znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określone w petitum wniosku”.

Zgodnie z art. 137 ust. 2 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej orzeczenia. Wymóg ten odnosi się zarówno do kwestii kwalifikacji prawnej naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jak i wskazania naruszonego przepisu prawa. Działania Obwinionego zostały zakwalifikowane jako naruszające art. 144 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowienia § 4 ust. 4 i 6 pkt 1 i 2 oraz § 1 pkt 10 Umowy w zw. z art. 184 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. Komisja Orzekająca pierwszej instancji w żaden sposób nie wskazała, dlaczego uznała, że Obwiniony naruszył art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, gdy w SIWZ przewidział on możliwość takiej zmiany? Nie przesądzając w tym miejscu, na ile zmiany dokonane w poszczególnych aneksach mieściły się w granicach określonych w SIWZ (i załączonym do niej wzorze umowy), należy wskazać, że Komisja Orzekająca pierwszej instancji w ogóle nie rozważała tej kwestii ograniczając się (str. 18) do przywołania treści przepisu oraz stwierdzając, że Obwiniony dokonując czynności polegających na zmianie umowy w drodze aneksów przepis ten naruszył.

W zakresie dotyczącym wskazywania przepisów umowy jako naruszonego przepisu prawa przywołać należy pogląd, który ukształtował się już w orzecznictwie Głównej Komisji Orzekającej. Zasadnym więc wydaje się powtórzyć stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu orzeczenia GKO z dnia 24 maja 2007 r. (sygn. DF/GKO-4900-9/9/RN-3/07/427), że zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, członkowie komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, są niezawiśli w zakresie orzekania i podlegają wyłącznie przepisom prawa. Podstawa orzekania w przypadku członków komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obejmuje zatem prawo w rozumieniu źródeł prawa ustalone przez normy wynikające z przepisu art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego bardzo wcześnie ukształtowała się linia orzecznicza, zgodnie z którą przepis prawa obowiązującego obejmuje nie tylko ratyfikowane umowy międzynarodowe, akty ustawodawcze, ale także akty wykonawcze wydane na podstawie i w granicach wyraźnego upoważnienia zawartego w akcie ustawodawczym, tj. rozporządzenia, a także akty

prawa miejscowego obowiązujące na obszarze działania organów, które je ustanowiły. Z dniem wejścia Polski do Unii Europejskiej źródłami prawa stało się także prawo wspólnotowe pierwotne i pochodne. Również w orzeczeniu z dnia 21 lipca 2010 r. (sygn. BDF1/4900/41/47/RN-13/11/1524) Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że przepis prawa miejscowego (jako jednego z konstytucyjnych źródeł prawa) może być wskazany jako naruszony czynem kwalifikowanym jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tą konsekwencją, że jego zmiana musi być uwzględniana przy ocenie zarzutu na wszystkich etapach postępowania, zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 24 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Uwzględniając w całości powyższe wywody, GKO podkreśla, że za przepis prawa, którego naruszenie może skutkować odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie może zostać uznany przepis aktu o innym charakterze niż przepis powszechnie obowiązujący, w przypadku niniejszej sprawy – przepis umowy. GKO w niniejszym składzie podziela wywody zawarte w orzeczeniu GKO z dnia 6 września 2012 r., sygn. akt BDF1/4900/61/61/12/1636, w którym uznano, że za naruszony przepis prawa nie może zostać uznany przepis o charakterze wewnętrznie obowiązującym (w przywołanej sprawie chodziło o zarządzenia dyrektora Miejskiego Ośrodka Kultury). Przeciwności uznania takich normy za przepis prawa w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przemawia przywołany wyżej konstytucyjny katalog źródeł prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Gdyby uznać, że przepisy wewnętrzne lub umowne wyznaczały ramy prawne działań obwinionych, paradoksalnie prowadziłyby to do konkluzji, że mogą oni sami kształtować swoją sytuację. Jeżeli bowiem normy te zostałyby uznane za przepisy w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, to ich zmiana musiałaby konsekwentnie być rozważana w kontekście art. 24 tej ustawy, a zatem być uwzględniana na korzyść obwinionego. W konsekwencji to obwiniony, korzystając z możliwości zmiany lub uchylecia takich przepisów (umów lub zarządzeń wewnętrznych) w sposób bezpośredni wpływałby na kształt orzeczenia organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co oczywiście prowadzi do absurdalnych wniosków.

W konsekwencji, Komisja Orzekająca pierwszej instancji ponownie rozpoznając sprawę musi należycie rozważyć powyższą kwestię.

Istotną wadą wydanego w sprawie orzeczenia jest również nierozpoznanie wszystkich zarzutów postawionych Obwinionemu przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych

pierwszej instancji. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowy i podmiotowy zakres postępowania wyznacza postanowienie o wszczęciu postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Wyznaczenie zakresu postępowania stanowi z jednej strony gwarancję dla obwinionego, że sprawa rozstrzygana będzie tylko co do tych zarzutów, które objęte zostały tym postanowieniem. Wyrazem tej gwarancji jest m.in. obowiązek doręczenia obwinionemu odpisu wniosku o ukaranie (art. 113 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych) oraz określenia zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zawiadomieniu o terminie rozprawy (art. 121 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Z drugiej strony, określenie zarzutów w postanowieniu o wszczęciu postępowania obliguje organ orzekający do ich całościowego rozstrzygnięcia w drodze orzeczenia. Nie jest możliwa sytuacja, w której część zarzutów objętych wnioskiem o ukaranie oraz postanowieniem o wszczęciu postępowania nie zostaje rozstrzygnięta orzeczeniem. W niniejszej sprawie rzecznik dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji zarzucił Obwinionemu dokonanie (cyt.): „zmiany zawartej w dniu 18.07.2012 r. umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych ponieważ zawarł szereg aneksów do umowy”. Następnie wymienił 10 aneksów, których podpisanie miało stanowić naruszenia dyscypliny finansów publicznych zarzucone Obwinionemu. Nie ulega wątpliwości, że podpisanie każdego aneksu stanowi odrębny czyn (zachowanie sprawcy), który może być kwalifikowany z tego samego przepisu określającego naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja Orzekająca pierwszej instancji natomiast przypisała Obwinionemu naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na zmianie umowy, ale dokonane wyłącznie przez podpisanie czterech aneksów (z 10 zarzuconych przez oskarżyciela). W orzeczeniu brak jest więc rozstrzygnięcia co do 6 postawionych przez rzecznika zarzutów.

Zgodnie z art. 137 ust. 2 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać przytoczenie okoliczności, które skład miały na względzie przy wymierzaniu kary albo odstąpieniu od jej wymierzania. Orzecznictwo organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz sądów administracyjnych (np. orzeczenie GKO z 30 września 2010 r. o sygn. akt BDF1/4900/51/58/10/1397 czy z 23 października 2006 r. o sygn. akt DF/GKO-4900-71/89/06/2191, LEX nr 1724666). Trzyliniowy fragment uzasadnienia w tym zakresie znajdujący się na stronie 19 orzeczenia Komisji Orzekającej pierwszej instancji z całą

pewnością tego wymogu nie spełnia, niezależnie od tego, że komisja postanowiła wymierzyć najniższą z kar przewidzianych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Nie wiadomo bowiem jakie okoliczności „w jakich doszło do popełnienia czynów” Komisja Orzekająca pierwszej instancji uwzględniła. Ogranicza to nie tylko możliwość instancyjnej kontroli wydanego w sprawie orzeczenia, ale również pozbawia Obwinionego możliwości odniesienia się do motywów działania Komisji Orzekającej pierwszej instancji w zakresie zasadności i wysokości wymierzonej mu kary.

Z powyższych względów Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji orzeczenia.