



GLÓWNA KOMISJA ORZEKAJĄCA
w Sprawach o Naruszenie
Dyscypliny Finansów Publicznych

Nr akt BDF1/4900/135/142-143/11/4291

ORZECZENIE

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

| | | |
|------------------------|---------------------|--------------------------------------|
| Przewodniczący: | <i>Członek GKO:</i> | Przemysław Szelerski (spr.) |
| Członkowie: | <i>Członek GKO:</i> | Barbara Potocka |
| | <i>Członek GKO:</i> | Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz |
| Protokolant | | Anna Jedlińska |

rozpoznała na rozprawie w dniu 27 lutego 2012 r.. - przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych – Jacka Krawczyka – odwołanie wniesione przez Obrońcę Obwinionego (...) – pełniącego w czasie popełnienia czynu, funkcję Marszałka Województwa (...), zam. ul. (...) oraz Obwinionego (...) – pełniącego w czasie popełnienia czynu, funkcję Wicemarszałka Województwa (...), zam. (...), od orzeczenia Resortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji z 18 października 2011 r., sygn. akt: BMRKO-361/3/5/11.

Zaskarżonym orzeczeniem Komisja Orzekająca I instancji, uznała pana (...) oraz pana (...) winnych nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych polegającego na podpisaniu 31 stycznia 2008 r. aneksu nr 1 do umowy nr WA/33/35/07 z 19 września 2007 r. zawartej z firmą (...) na przebudowę i rozbudowę budynku przy ul. (...), czym naruszyli art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.),
tj. winnych naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonej w art. 17 ust. 6 i art. 5 ust. 1 pkt 1 uondfp.

Za przypisany czyn Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła każdemu z Obwinionych karę upomnienia oraz obciążyła każdego z nich obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 282,26 zł.

Główna Komisja Orzekająca - biorąc pod uwagę zebrane w sprawie materiały - na podstawie:

- art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) – zwanej dalej ustawą,
- art. 147 ust.1 pkt 3 ustawy,

orzeka:

uchyla zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Międzyresortową Komisję Orzekającą przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej.

Pouczenie:

Na niniejsze orzeczenie środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpatrywanych przez Resortową Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji postanowił o skierowaniu wniosku o ukaranie – pismo z 1 lutego 2011 r. Rzecznik wnioskował o uznanie pana (...) i pana (...), w czasie popełnienia przypisanego naruszenia odpowiednio pełniących funkcje Marszałka i Wicemarszałka Województwa (...), za odpowiedzialnych nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, z późn. zm.), zwanej dalej także uondfp.

Resortowa Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji po rozpoznaniu na rozprawie 22 marca 2011 r., 22 czerwca 2011 r. i 18 października 2011 r. niniejszej sprawy postanowiła uznać:

1) pana (...) odpowiedzialnym nieumyślnego popełnienia zarzucanego mu czynu, polegającego na podpisaniu 31 stycznia 2008 r. aneksu nr 1 do umowy nr WA/33/35/07 z 19 września 2007 r. zawartej z firmą (...) na przebudowę i rozbudowę budynku przy ul. (...), czym naruszył dyspozycję art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) dalej także: Pzp, tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 6 i art. 5 ust. 1 pkt 1 uondfp,

2) pana (...) odpowiedzialnym nieumyślnego popełnienia zarzucanego mu czynu, polegającego na podpisaniu 31 stycznia 2008 r. aneksu nr 1 do umowy nr WA/33/35/07 z 19 września 2007 r. zawartej z firmą (...) na przebudowę i rozbudowę budynku przy ul. (...), czym naruszył dyspozycję art. 144 Pzp, tj. o popełnienie czynu określonego w art. 17 ust. 6 i art. 5 ust. 1 pkt 1 uondfp.

Jednocześnie, zgodnie z art. 31 ust. 1 pkt 1 uondfp, Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła kary upomnienia obu Obwinionym oraz obciążyła ich obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokość 282,26 zł każdy.

W toku postępowania dowodowego ustalono niesporny stan faktyczny. Zamawiający (Samorząd Województwa (...)) w dniu 19 września 2007 r. udzielił zamówienia publicznego – podpisano z firmą (...) umowę nr WA/33/35/07 na przebudowę i rozbudowę budynku przy ul. (...). Obwinieni zawarli następnie aneks do tejże umowy, w którym wykonawca miał wyznaczony nowy, dłuższy termin realizacji roboty budowlanej.

W toku rozprawy przed Komisją Orzekającą I instancji Pełnomocnik Obwinionych wniósł o uniewinnienie ich od zarzucanych im czynów z uwagi na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, ewentualnie o umorzenie postępowania ze względu na znikomą szkodliwość czynu dla finansów publicznych albo o odstąpienie od wymierzania Obwinionym kary. Pełnomocnik wywodził, że zawarcie 31 stycznia 2008 r. aneksu do umowy nr WA/33/35/07 było zgodne z przepisem obowiązującego wówczas art. 144 Pzp. Okolicznościami zewnętrznymi, które uzasadniały zawarcie aneksu były opóźnienie w zapewnieniu energii elektrycznej na placu budowy, a także utrudnienia związane z niskimi temperaturami. Pełnomocnik podniósł, iż prowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych należało do obowiązków innego pracownika zamawiającego, który przygotowywał wszystkie dokumenty związane z przetargami. Obwinieni działali natomiast w zaufaniu do wiedzy i kompetencji tej osoby, co stanowi przesłankę wyłączającą ich winę.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisja Orzekająca I Instancji podsumowała, że w chwili zawarcia aneksu nr 1 do umowy nr WA/33/35/07 obowiązywał art. 144 Pzp, który stanowił, iż zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak oceniła to Resortowa Komisja Orzekająca, nie wynika jakoby wydłużenie terminu realizacji zamówienia było dla zamawiającego korzystne. Opóźnienie w oddaniu do użytku inwestycji należy wręcz uznać za okoliczność niekorzystną, powodującą m.in. negatywne skutki dla społeczności lokalnej. Regulacja art. 144 Pzp, w ówczesnym stanie prawnym zakazywała wprowadzania do umowy zmian nie tylko dla zamawiającego niekorzystnych, ale nawet neutralnych. Wprowadzenie zmian do umowy dopuszczalne było także wtedy, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W toku rozprawy przed Komisją Orzekającą I instancji nie wykazano, aby podnoszone przez pełnomocnika okoliczności, tj. opóźnienie w zapewnieniu energii elektrycznej na placu budowy oraz ujemne temperatury mogły zostać uznane za okoliczności, których nie można było przewidzieć, stanowiące postawę do zastosowania art. 144 Pzp. Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca prowadzący działalność gospodarczą – a więc będący podmiotem profesjonalnym, posiadającym wiedzę dotyczącą specyfiki przedmiotu zamówienia zobowiązany jest działać z należytą starannością. Oznacza to, że winien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, które są charakterystyczne dla danej dziedziny, a których wystąpienie może mieć wpływ na wywiązanie się z postanowień umowy, w tym także terminu jej realizacji, będącego jednym z istotnych elementów zobowiązaniowych. Nie można przyjąć, że odnotowane w dzienniku budowy kilkunastodniowe mrozy w miesiącach zimowych są zjawiskiem nienaturalnym w polskich warunkach klimatycznych, których wystąpienia nie można było przewidzieć. RKO uznała, że wykonywanie robót budowlanych w okresie zimowym zawsze winno wiązać się z koniecznością przewidzenia przestojów wynikających z ujemnych temperatur. Jak wynika z dziennika budowy, warunki atmosferyczne panujące tej zimy można raczej uznać za stosunkowo łagodne, co tym bardziej wskazuje na brak podstaw do uznania, iż należały one do grupy zjawisk wyjątkowych, których przy zachowaniu należytej staranności właściwej dla danej dziedziny nie można było przewidzieć.

W orzeczeniu Komisja Orzekająca I Instancji zwróciła uwagę, że również w obecnie obowiązującym stanie prawnym zaistniałe okoliczności nie dawałyby podstaw do zmiany umowy, bowiem zgodnie z art. 144 Pzp, w obecnym brzmieniu zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy stanowi jej integralną część) oraz określił warunki takiej zmiany. Zawarta umowa nr WA/33/35/07 nie zawiera postanowień, które ewentualnie uprawniałyby do dokonania takiej zmiany.

Zgodnie z art. 17 ust. 6 uoondfp, naruszeniem jest zmiana umowy w sprawie zamówienia z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Z przywołanego przepisu wynika, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie aneksu do umowy w sprawie zamówienia publicznego, niezgodnie z art. 144 Pzp, bez względu na to, czy wiąże się to powstaniem jakichkolwiek skutków finansowych dla Skarbu Państwa. Naruszenie art. 144 Pzp wiąże się bowiem z pogwałceniem jednej z fundamentalnych zasad leżących u podstaw prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych, tj. wyrażonej w art. 7 Pzp zasadzie równości i uczciwej konkurencji. Zamawiający w toku wykonywania umowy o zamówienie publiczne nie może arbitralnie decydować o zakresie i warunkach jej zmiany. Zobowiązany jest ściśle przestrzegać przesłanki Pzp, które uprawniają go do wprowadzenia ewentualnych zmian do umowy. Wydłużenie czasu realizacji umowy bez spełnienia określonych przepisami uoondfp przesłanek powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie wykonawcy, który zawarł umowę i nie jest w stanie wykonać jej w terminie, wobec innych podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia, które z uwagi na krótki termin wykonania być może odstąpiły od złożenia oferty w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 144 ust. 2 Pzp, zmiana umowy z naruszeniem wskazanych w ustawie przesłanek jest nieważna. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykonał zamówienia w terminie przewidzianym w umowie, a więc do 28 lutego 2008 r. Z tego tytułu, zgodnie z paragrafem 11 umowy nr WA/33/35/07 zobowiązany był do zapłaty kary umownej w wysokości 0,2 % wartości umowy za każdy dzień zwłoki. Zamawiający bezprawnie, a więc bezskutecznie wydłużając termin wykonania umowy do 15 kwietnia 2008 r. (a więc o 47 dni) naruszył dyscyplinę finansów publicznych poprzez nieustalenie dochodu Skarbu Państwa w wysokości 704 248 000 zł.

Resortowa Komisja Orzekająca uznała za wskazane podkreślić, że ewentualne opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia wynikające z przyczyn niezależnych od wykonawcy mogłoby być postawą do rozważenia, czy w danym przypadku zachodzą przesłanki do odstąpienia od naliczania kar umownych, ewentualnie miarkowania ich wysokości. Brak jest natomiast podstaw do przyjęcia, że niemożność terminowego wykonania zamówienia (nawet nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie wykonawcy) stanowi przesłankę do zawarcia aneksu wydłużającego czas wykonania zamówienia.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w zakresie niezgodnego z Pzp aneksowania umowy w sprawie zamówienia publicznego, obciąża kierownika zamawiającego lub osoby przez niego upoważnione do zawierania umów o wykonanie zamówienia publicznego. Poleganie na wiedzy i doświadczeniu pracowników zamawiającego, którzy ze względu na posiadane kompetencje odpowiedzialni byli za prowadzenie postępowań przetargowych nie wyłącza winy osób występujących w charakterze kierownika zamawiającego. Może jednakże mieć wpływ na wysokość wymierzonej kary. Dlatego też, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności przedmiotowej sprawie, w szczególności świadczące na korzyść Obwinionych Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła im karę upomnienia.

Obrońca Obwinionych wniósł odwołanie od orzeczenia Resortowej Komisji Orzekającej z 18 października 2011 r., sygn. akt: BMRKO-361/2/5/11 (omyłkowe oznaczenie sprawy wyjaśniono w toku rozprawy w II Instancji) na ich korzyść – orzeczenie zaskarżone zostało w całości. W złożonym odwołaniu, Obrona wnosi o uchylenie orzeczenia w całości i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez uniewinnienie Obwinionych lub umorzenie postępowania z uwagi na brak w ich czynie znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Ewentualnie wnosi też o uchylenie powyższego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Resortową Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Zaskarżonemu orzeczeniu, we wniesionym odwołaniu, zarzuca się:

1. naruszenie przepisu art. 17 ust. 6 i art. 5 ust. 1 uondfp poprzez przyjęcie, iż zawarcie przez Obwinionych 31 stycznia 2008 r. aneksu nr 1 do umowy nr WA/33/35/07, stanowiło czyn polegający na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych;

2. naruszenie przepisu art. 31 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 35 uondfp poprzez wymierzenie Obwinionym kary upomnienia pomimo, że nie zachodził ku temu podstawy faktyczne i prawne;

3. naruszenie przepisu art. 144 Pzp (w brzmieniu według stanu prawnego obowiązującego 31 stycznia 2008 r.) poprzez przyjęcie, iż zawarcie przez obwinionych 31 stycznia 2008 r., aneksu nr 1 do umowy nr WA/33/35/07, nie było uzasadnione okolicznościami, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia przedmiotowej umowy;

4. naruszenie przepisu art. 78 ust. 1 pkt 2 uondfp, poprzez zaniechanie umorzenia postępowania w niniejszej sprawie pomimo, iż w zarzucanym obwinionym czynie brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ewentualnie, w szczególności w przypadku nieuwzględnienia zarzutu w pkt 4 zarzucono orzeczeniu:

5. naruszenie przepisu art. 28 ust. 1 i ust. 2 uondfp, poprzez jego niezastosowanie pomimo znikomego stopnia szkodliwości dla finansów publicznych czynu Obwinionych polegającego na zawarciu aneksu nr 1 do umowy nr WA/33/35/07;

6. naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 i ust. 2 uondfp, poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odstąpienia od wymierzenia Obwinionym kary za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

7. naruszenie przepisu art. 167 ust. 1 uondfp, poprzez obciążenie Obwinionych kosztami postępowania.

Obrońca, kwestionując zaskarżone orzeczenie, podniósł, iż jest ono wadliwe, bo błędnie zakwalifikowano postępowanie Obwinionych jako naruszenie przepisu art. 144 Pzp. Zgodnie z przytoczoną regulacją (w brzmieniu według stanu prawnego obowiązującego na 31 stycznia 2008 r.), zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Argumentacja obrońcy, wskazuje, że z zaistnieniem konieczności wprowadzania zmian w umowie będziemy mieli do czynienia w przypadkach zakreślonych klauzulą *rebus sic stantibus* wyrażoną w art. 357¹ k.c. Przepis ten jest wnikliwie analizowany w odwołaniu. Obrońca uznał,

że argumentacja Obwinionych zasługiwała na uwzględnienie zaś stanowisko Komisji Orzekającej I instancji uznać należy za zbyt rygorystyczne i odbiegające od realiów. Brakło zatem podstaw dla uznania zmiany umowy za nieważną w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 2 Pzp i obarczania ich odpowiedzialnością za nienaliczenie wykonawcy kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia. obrońca stwierdził, że brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ostatecznie przy założeniu, że czyn Obwinionych wypełniał znamiona ustawowego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to w opisanym stanie faktycznym zachodziły podstawy dla nie dochodzenia ich odpowiedzialności z uwagi na znikomy stopień szkodliwości dla finansów publicznych w ujęciu przepisu art. 28 ust. 1 uoandfp. obrońca przedstawił rozszerzoną argumentację na uzasadnienie wniosku, iż Resortowa Komisja Orzekająca zaniechała analizy szkodliwości czynu.

W toku rozprawy przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (dalej także GKO) 27 lutego 2012 r., Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wskazał podstawy do uchylenia orzeczenia Komisji Orzekającej I Instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez międzyresortową komisję orzekającą. Oskarżyciel zaznaczył, że orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej pozbawione jest analizy stanu prawnego, która jest wymagana przez art. 24 uoandfp oraz brak pogłębionej analizy okoliczności przedłużenia się realizacji kontraktu. W toku rozprawy obrona podtrzymała argumentację i wnioski zawarte w odwołaniu, wskazując w ślad za rzecznikiem na wady orzeczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, GKO postanowiła uchylić zaskarżone orzeczenie i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania przez międzyresortową komisję orzekającą.

Główna Komisja Orzekająca w całości przychyliła się do argumentacji Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych i doszła do wniosku, że orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Sprawa Wewnętrznych i Administracji wymaga weryfikacji w I instancji. Na częściowe uwzględnienie zasługują również zarzuty obrony.

Orzeczenie to ma wady tak formalne, jak i merytoryczne.

W pierwszej kolejności Główna Komisja Orzekająca uznała, że w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje inny stan prawny niż w czasie dokonania naruszenia. Orzeczenie RKO nie zawiera szczegółowej analizy oraz wprost wyrażonej oceny, który reżim prawny został przyjęty za podstawę wydawanego w sprawie rozstrzygnięcia. Stosownie bowiem do art. 24 uoandfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Przepis powyższy ma zastosowanie nie tylko do uoandfp będącej podstawą wydawania orzeczenia przez organy orzekające (tj. uoandfp), ale również do wszystkich ustaw szczególnych, mających znaczenie dla rozpoznania postawionego zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych (w tym przypadku chodzić będzie o zmiany Pzp, wskazane niżej). Czyn określony w art. 17 ust. 6 uoandfp, który został przypisany Obwinionym polega na niezgodnym z przepisami dokonaniu zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnienie znamion naruszenia następuje więc w przypadku, gdy uprawniona do tego osoba swoim działaniem doprowadza do skutecznej zmiany zawartej umowy, a zmiana ta nie mieści się w granicach dopuszczonych przez obowiązujące przepisy o zamówieniach publicznych.

W tym miejscu należy uwzględnić, że Pzp jest aktem, którego nowelizacje odbywają się niezwykle często, co zawsze wymaga od organów orzekających szczególnej analizy zmian stanu prawnego, zaistniałego w okresie od popełnienia czynu do momentu wydawania orzeczenia przez komisję orzekającą. W niniejszej sprawie podstawą oceny postawionego Obwinionym zarzutu jest art. 144 ust. 1 Pzp. Przepis ten 24 października 2008 r., został zmieniony przez art. 1 pkt 40 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), a następnie nastąpiła jego jeszcze dwukrotna nowelizacja – ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Zgodnie z brzmieniem obowiązującym w dniu orzekania, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem powyższego przepisu podlega unieważnieniu.

Opisana powyżej zmiana w stosunku do poprzedniego brzmienia tego przepisu, który wprost w ustawie określał przesłanki dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jest istotna dla rozpatrzenia sprawy. Obecnie ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w zakresie określania warunków zmiany umowy, nakazując jedynie wskazanie ich w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wskazano powyżej, podstawą oceny zarzutów w postępowaniu w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych są przepisy obowiązujące w chwili orzekania. Istnieje możliwość zastosowania przepisów obowiązujących poprzednio, ale wyłącznie w sytuacji, gdyby miały być one korzystniejsze dla obwinionego. W niniejszej sprawie nastąpiła całkowita zmiana sposobu uregulowania zasad zmian umowy.

Do oceny RKO pozostaje kwestia uznania, którą ustawę (reżim prawny) należy stosować dla oceny postawionego w sprawie zarzutu, co należy wyraźnie omówić w uzasadnieniu orzeczenia.

Po wtóre, Główna Komisja Orzekająca dostrzegła inną wadę formalną orzeczenia pierwszoinstancyjnego polegającą na braku w wydanym orzeczeniu pouczenia o terminie i trybie zaskarżenia, które zgodnie z art. 135 ust. 2 pkt 8 uoondfp stanowi element orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jakkolwiek pouczenie znalazło się pod uzasadnieniem orzeczenia, to jednak taka formuła jest nie do przyjęcia.

Wyżej wymienione wady proceduralne wymagają konwalidacji przez międzyresortową komisję orzekającą z uwagi na brzmienie art. 80 ust. 2 uoondfp. Główna Komisja Orzekająca, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania kierowała się ponadto, zasadą gwarantującą obwinionym prawo do obrony w postępowaniu dwuinstancyjnym.

Przechodząc do oceny merytorycznej orzeczenia Resortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Spraw Wewnętrznych i Administracji, skład orzekający GKO uznaje za trafne uwagi oskarżyciela i obrony odnośnie do niedostatecznego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy.

Stosownie do art. 145 ust. 1 uoondfp, Główna Komisja Orzekająca rozpoznaje odwołanie na podstawie materiału dowodowego zebranego przez komisję orzekającą oraz dokumentów dołączonych do odwołania. Tylko w wyjątkowych przypadkach możliwe jest przeprowadzenie postępowania dowodowego (art. 145 ust. 2 uoondfp). Główna Komisja Orzekająca, przekazując sprawę do Komisji Orzekającej I Instancji wskazuje na konieczność zapoznania się przez

Komisję z wyżej wymienioną regulacją prawną wraz z uzasadnieniem do projektu tej uondfp oraz przeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia analizy okoliczności przedłużenia się realizacji kontraktu.

Dla dodatkowego wyjaśnienia sprawy wymagane jest, aby międzyresortowa komisja orzekająca przeanalizowała zapisy umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz przepisy prawa budowlanego regulujące zakres odpowiedzialności za wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy. Komisja Orzekająca I instancji zobowiązana jest udowodnić, w jaki sposób w zawartej umowie nr WA/33/35/07, rozkładało się ryzyko kontraktowe wykonawcy i zamawiającego, a także, czy całokształt tych okoliczności uzasadniał możliwość aneksowania umowy.

W toku rozprawy należy ustalić liczbę dni, w których warunki pogodowe nie pozwalały na realizację inwestycji i liczbę dni przedłużenia terminu realizacji kontraktu. Pogłębionej analizy wymaga ustalenie związku przyczynowo-skutkowego między tymi ustaleniami oraz ponowna analiza możliwości przedłużenia czasu realizacji inwestycji.

Konieczne jest także szczegółowe ustalenie, w świetle art. 4 uondfp, zakresu podmiotowego odpowiedzialności w stosunku do obu Obwinionych – odrębnie zakresu odpowiedzialności Marszałka Województwa (...) i odrębnie Wicemarszałka Województwa (...). Międzyresortowa Komisja Orzekająca, rozpoznając sprawę powyższego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, winna będzie przeprowadzić wnikliwą i wszechstronną ocenę stopnia szkodliwości tego czynu dla finansów publicznych.

Wszystko to skłoniło skład orzekający do rozstrzygnięcia, jak w sentencji orzeczenia.