

Uchwała Nr 29/2021
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach
z dnia 22 października 2021 roku

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń złożonych przez Prezydenta Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego do wniosków pokontrolnych nr 5 i nr 6 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym WK-60.15.2021 z dnia 2 września 2021 r.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach w składzie:

Przewodniczący: *Zbigniew Rękas – Zastępca Prezesa Izby*

Członkowie: *Wojciech Czerw, Iwona Kudła, Ewa Midura, Ireneusz Piasecki*

na podstawie art. 18 ust. 1 pkt. 5a ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2137)

postanawia

oddalić zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 5 i nr 6 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 2 września 2021 r. znak WK.60.15.2021.

UZASADNIENIE

Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach skierowała w dniu 2 września 2021 r. do Prezydenta Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego wystąpienie pokontrolne znak: WK.60.15.2021 sporządzone po zakończeniu kompleksowej kontroli gospodarki finansowej za 2020 rok i inne wybrane okresy, przeprowadzonej w okresie od dnia 5 maja do dnia 2 lipca 2021 r. Protokół kontroli podpisano w dniu 9 lipca 2021 r. Ww. wystąpienie doręczone zostało Prezydentowi Miasta w dniu 2 września 2021 r.

W dniu 20 września 2021 r. (nadane 16 września 2021 r.) doręczone zostały w trybie art. 9 ust. 4 w/w ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych zastrzeżenia do ww. wystąpienia pokontrolnego, dotyczące wniosków pokontrolnych nr 5 i nr 6 o treści:

Wniosek nr 5:

Dodatki specjalne przyznawać pracownikom z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań, stosownie do art. 36 ust. 5 ustawy o pracownikach samorządowych.

Wniosek nr 6:

Nie dokonywać potrącania wykonawcom kar zastrzeżonych na wypadek nieterminowego wykonania umowy w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, stosownie do art. 15 r¹ ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

Prezydent Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego w piśmie Or.1710.1.9.2021 z 16 września 2021 roku wskazał, że podstawą zgłoszenia zastrzeżenia do wniosku nr 5 jest zarzut naruszenia prawa tj. art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1282) poprzez jego błędną wykładnię natomiast w zakresie wniosku nr 6 podstawą zgłoszenia zastrzeżenia jest zarzut naruszenia prawa tj. art. 15r¹ ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1842) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieprawidłowej subsumpcji tej normy prawnej tj. błędnym identyfikowaniem ustalonego stanu faktycznego z tym przepisem i tym samym nieadekwatnym określeniem skutków prawnych, wynikających z tego przepisu.

Wniosek pokontrolny nr 5 został sformułowany w związku z ustalonym stanem faktycznym opisanym w protokole kontroli (str. 88 – 92) i zawartym w pkt 5 wystąpienia pokontrolnego. Ustalony stan faktyczny wskazuje, że w latach 2018-2021 Prezydent Miasta przyznał: I Wiceprezydentowi, II Wiceprezydentowi, Skarbnikowi, Z-cy Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju dodatek specjalny na czas określony z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych w związku z realizacją nw. zadań, tj.:

a) Skarbnikowi:

- pismem nr Or.220.1438.2018 z dnia 30.10.2018 r. na okres od dnia 30.10.2018 r. do dnia 30.06.2019 r. tytułem powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Finansowego.
- pismem nr Or.220.1438.2019 z dnia 27.06.2019 r. na okres od dnia 01.07.2019 r. do dnia 30.06.2020 r. tytułem powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Finansowego.
- pismem nr Or.220.1438.2020 z dnia 18.06.2019 r. na okres od dnia 01.07.2020 r. do dnia 30.06.2021 r. z tytułu powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Finansowego.

b) Z-cy Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju:

- pismem nr Or.220.1652.2018 z dnia 27.11.2018 r. na okres od dnia 01.12.2018 r. do dnia 30.11.2019 r. z tytułu powierzenia dodatkowych zadań związanych z pełnieniem w moim imieniu funkcji reprezentacyjnych podczas spotkań i wydarzeń wynikających z kalendarza oraz dyspozycyjnością w trakcie organizowanych różnego rodzaju imprez w Ostrowcu Świętokrzyskim.
- pismem nr Or.220.1652.2019 z dnia 29.11.2018 r. na okres od dnia 01.12.2019 r. do dnia 30.11.2020 r. tytułem powierzenia dodatkowych zadań związanych z pełnieniem w moim imieniu funkcji reprezentacyjnych podczas spotkań i wydarzeń wynikających z kalendarza oraz

dyspozycyjnością w trakcie organizowanych różnego rodzaju imprez w Ostrowcu Świętokrzyskim.

➤ pismem nr Or.220.1652.2020 z dnia 26.11.2020 r. na okres od dnia 01.12.2020 r. do dnia 30.11.2021 r. z tytułu powierzenia dodatkowych zadań związanych z pełnieniem w moim imieniu funkcji reprezentacyjnych podczas spotkań i wydarzeń wynikających z kalendarza oraz dyspozycyjnością w trakcie organizowanych różnego rodzaju imprez w Ostrowcu Świętokrzyskim.

e) I Wiceprezydentowi Miasta:

pismem nr Or.220.1661.2018 z dnia 23.11.2018 r. na okres od dnia 22.11.2018 r. do dnia 30.06.2019 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Miejskie Centrum Kultury
- 2) Biuro Wystaw Artystycznych,
- 3) Miejska Biblioteka Publiczna,
- 4) Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji

➤ pismem nr Or.220.1661.2019 z dnia 30.04.2019 r. na okres od dnia 01.05.2019 r. do dnia 30.04.2020 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Miejskie Centrum Kultury
- 2) Biuro Wystaw Artystycznych,
- 3) Miejska Biblioteka Publiczna,
- 4) Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji
- 5) Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej

(Jednocześnie straciła moc decyzja w przedmiocie przyznania dodatku specjalnego - pisma znak: Or.220.1661.2018 z dnia 23.11.2018 r.).

➤ pismem nr Or.220.1661.2020 z dnia 06.02.2020 r. na okres od dnia 01.02.2020 r. do dnia 31.01.2021 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Miejskie Centrum Kultury
- 2) Biuro Wystaw Artystycznych,
- 3) Miejska Biblioteka Publiczna,
- 4) Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji
- 5) Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej

(Jednocześnie straciła moc decyzja w przedmiocie przyznania dodatku specjalnego - pismo znak: Or.220.1661.2019 z dnia 30.04.2019 r.).

➤ pismem nr Or.220.1661.2021 z dnia 23.02.2021 r. na okres od dnia 01.02.2021 r. do dnia 31.01.2022 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Miejskie Centrum Kultury
- 2) Biuro Wystaw Artystycznych,
- 3) Miejska Biblioteka Publiczna,
- 4) Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji
- 5) Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej.

d) II Wiceprezydentowi Miasta:

➤ pismem nr Or.220.1505.2018 z dnia 23.11.2018 r. na okres od dnia 22.11.2018 r. do dnia 30.06.2019 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Środowiskowy Dom Samopomocy „Przystań”,
- 2) placówki oświatowe,
- 3) Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej

oraz z tytułu powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju.

➤ pismem nr Or.220.1505.2019 z dnia 06.02.2019 r. na okres od dnia 01.02.2019 r. do dnia z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Środowiskowy Dom Samopomocy „Przystań”,
- 2) placówki oświatowe,
- 3) Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej

oraz z tytułu powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju.

➤ pismem nr Or.220.1505.2019 z dnia 30.04.2019 r. na okres od dnia 01.05.2019 r. do dnia 30.06.2020 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Środowiskowy Dom Samopomocy „Przystań”,
- 2) placówki oświatowe,

oraz z tytułu powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju.

(Jednocześnie straciła moc decyzja w przedmiocie przyznania dodatku specjalnego pismo znak: Or.220.1505.2019 z dnia 06.02.2019 r.).

➤ pismem nr Or.220.1505.2020 z dnia 06.02.2020 r. na okres od dnia 01.02.2020 r. do dnia 31.01.2021 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Środowiskowy Dom Samopomocy „Przystań”,
- 2) placówki oświatowe,

oraz z tytułu powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju.

(Jednocześnie straciła moc decyzja w przedmiocie przyznania dodatku specjalnego - pismo znak: Or.220.1505.2019 z dnia 30.04.2019 r.).

➤ pismem nr Or.220.1505.2021 z dnia 23.02.2021 r. na okres od dnia 01.02.2021 r. do dnia 31.01.2022 r. z tytułu powierzenia bezpośredniego nadzoru nad następującymi jednostkami organizacyjnymi:

- 1) Środowiskowy Dom Samopomocy „Przystań”,
- 2) placówki oświatowe,

oraz z tytułu powierzenia funkcji Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju.

Dodatek ten był naliczany i wypłacany co miesiąc. W ww. dokumentacji kontroli wskazano, że ciągły charakter tego świadczenia przesądza, że ww. dodatek został przyznany z naruszeniem art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych i w konsekwencji stał się stałym składnikiem wynagrodzenia.

Prezydent Miasta nie zgodził się z ww. stwierdzeniem, że dodatki specjalne zostały przyznane z naruszeniem art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych ze względu na ciągły charakter tego świadczenia i w konsekwencji stały się one stałym

składnikiem wynagrodzenia. W ocenie Prezydenta błędna jest wykładnia tego przepisu podana w wystąpieniu pokontrolnym a mianowicie w aspekcie dodatku specjalnego przewidzianego w art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych stwierdzenie, że „jest to świadczenie o charakterze jednorazowym lub też krótkookresowym”.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach analizując zgromadzoną w wyniku kontroli dokumentację oraz argumentację Prezydenta Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego w złożonych zastrzeżeniach, stwierdza, że zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego Nr 5 nie zasługuje na uwzględnienie.

Kolegium Izby ustaliło, że kontrola wydatków bieżących wykazała, że Prezydent przyznawał dodatki specjalne z zachowaniem ciągłości: Skarbnikowi 3-krotnie w okresie od 30.10.2018 r. do 30.06.2021 r.; Z-cy Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju 3-krotnie w okresie od 01.12.2018 r. do 30.01.2021 r.; I Wiceprezydentowi Miasta: 4-krotnie w okresie od 22.11.2018 r. do 31.01.2022 r.; II Wiceprezydentowi Miasta: 5-krotnie w okresie od 22.11.2018 r. do 31.01.2022 r. Wyplacony dodatek specjalny ww. pracownikom Urzędu Miasta do dnia 30.05.2021 r. w danym okresie wyniósł odpowiednio: Skarbnik – 57.311,60 zł, Z-ca Naczelnika Wydziału Planowania i Rozwoju – 39.952,38 zł, I Wiceprezydent Miasta – 89.597,75 zł, II Wiceprezydent Miasta – 78.637,75 zł.

Kolegium zwraca uwagę, że zgodnie z treścią art. 39 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, pracodawca samorządowy ma obowiązek wydać regulamin wynagradzania, który podmiotowo ma obejmować wszystkich pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Z powyższego artykułu wynika jednoznacznie, że regulamin wynagradzania nie może obejmować pracowników zatrudnionych na podstawie wyboru oraz powołania, a także mianowania, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Kolegium wskazuje, iż przesłanki umożliwiające pracodawcy przyznanie dodatku specjalnego określone zostały w art. 36 ust. 5 ustawy o pracownikach samorządowych, zgodnie z którym pracownikowi samorządowemu z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań może zostać przyznany dodatek specjalny. Dodatek specjalny ma wprawdzie charakter fakultatywny, ale jego przyznanie uzależnione jest nie tylko od woli pracodawcy, ale również od spełnienia określonych ustawowo przesłanek. Użyte przez ustawodawcę określenie tytułu uzasadniającego przyznanie dodatku specjalnego bezwzględnie związane jest z okresowością sytuacji wskazanych w wymienionym przepisie. Powyższe dotyczy zarówno sytuacji związanej ze zwiększeniem obowiązków służbowych jak i powierzeniem dodatkowych zadań. Z brzmienia art. 36 ust. 5 ustawy o pracownikach samorządowych wynika po pierwsze, że przyznanie dodatku może nastąpić przy zaistnieniu jednej z dwóch określonych w nim przesłanek, po drugie zaś, że pracownikowi nie można przyznać dodatku specjalnego na czas nieokreślony, ponieważ okolicznością uzasadniającą przyznanie tego składnika wynagrodzenia jest okresowe zwiększenie obowiązków lub powierzenie zadań, co powoduje, że ma on charakter świadczenia tymczasowego.

Prezydent Miasta Ostrowiec Świętokrzyski ustalił zasady przyznawania dodatku specjalnego dla pracowników Urzędu - dla pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w § 10 Regulaminu Wynagradzania wprowadzonego zarządzeniem nr II/409/2009 Prezydenta z dnia 22 czerwca 2009 r. (wraz z późniejszymi zmianami wprowadzonymi zarządzeniami Prezydenta: nr IV/17/2014 z dnia 17 grudnia 2014 r., nr IV/686/2017 z dnia 27 grudnia 2017 r., IV/321/2018 z dnia 5 lipca 2018 r.) stanowiącego załącznik do ww. zarządzenia.

Analiza dokumentów związanych z przeprowadzoną kontrolą wskazuje, że w odniesieniu do osób w nich wymienionych stosowana była praktyka polegająca na automatycznym przedłużaniu dodatków specjalnych na kolejne następujące po sobie okresy. Działanie takie nie znajduje oparcia w przywołanych wyżej przepisach normujących tę kwestię.

Zauważyć należy, że już sama nazwa dodatek „specjalny” uzasadnia twierdzenie, że powinien być on przyznawany w sytuacjach szczególnych, wyjątkowych. Dodatek specjalny nie powinien być zatem stałym elementem wynagrodzenia, związanym ze stałym zwiększeniem obowiązków lub zadań pracownika, a powinien pojawiać się jedynie wówczas, gdy zwiększenie obowiązków lub powierzenie dodatkowych zadań ma charakter okresowy. Dodatki przyznawane osobom, o których mowa w wystąpieniu pokontrolnym, nie spełniają ww. przesłanek. Wpłaty dodatków nie były dokonywane co pewien czas za wykonywanie pewnego typu zadań, przeciwnie — miały one charakter stały (regularny) i długookresowy. Przyznawanie dodatków specjalnych w sposób ciągły, tj. na czas od stycznia do grudnia (czy co kwartał bądź co pół roku) i stosowanie tego samego mechanizmu w następnych latach, zaprzecza istocie dodatku specjalnego uregulowanego w art. 36 ust. 5 ustawy o pracownikach samorządowych. W ten sposób dodatki specjalne stają się bowiem stałym składnikiem wynagrodzenia. Podkreślić należy, że jeżeli pracodawca zamierza na czas nieokreślony (stały) powierzyć pracownikowi dodatkowe obowiązki, wykraczające poza dotychczas wykonywany zakres pracy, powinien to zrobić w formie wypowiedzenia zmieniającego lub zawarcia z pracownikiem porozumienia zmieniającego jego dotychczasowe warunki pracy. Sposób, w jaki dodatek specjalny jest przyznawany, powinien w pełni urzeczywistniać normę prawną wynikającą z przepisu stanowiącego podstawę jego udzielania. Dlatego też jeżeli nawet dodatek specjalny przyznawany jest na czas określony (np. na 6 miesięcy), a następnie na kolejne następujące po sobie okresy, to zwiększenie obowiązków służbowych lub powierzenie dodatkowych zadań następuje faktycznie na czas nieokreślony (bezterminowo) albo na okres kilku lat, a takie działanie nie znajduje oparcia w art. 36 ust. 5 ustawy o pracownikach samorządowych.

Ustalając przesłanki nabycia prawa do omawianego dodatku w regulaminie wynagradzania, należy pamiętać, że jest to świadczenie, które może być przewidziane jedynie za wykonanie dodatkowych zadań, poza bieżącymi zadaniami służbowymi lub z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych. W żadnym zaś razie nie może być elementem stałym wynagrodzenia. Dodatek ten może być ustalony dla wszystkich pracowników umownych, w tym zatrudnionych na stanowiskach urzędniczych, kierowniczych stanowiskach urzędniczych, pomocniczych i obsługi, a także doradców i asystentów. – *por. A. Rycak [w:] M. Rycak, J. Stelina, J. Stępień, A. Rycak, Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2016, art. 36, art. 37.*

W podobnym tonie wypowiedziały się również inne Regionalne Izby Obrachunkowe m.in. Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu (uchwała nr 130/2018 z dnia

14 listopada 2018 r.), Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Opolu (uchwała nr 23/64/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r.), Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu (uchwała nr 9/562/2016 z dnia 5 maja 2016 roku) Kolegium Regionalnej izby Obrachunkowej w Krakowie (uchwała nr KI.412.113.2021 z dnia 9 czerwca 2021 r.).

Kolegium Izby zwraca dodatkowo uwagę za Bochenek Michał - opublikowano LEX/el. QA 772946: „Czy na podstawie regulaminu wynagradzania jednostka samorządowa może wypłacać dodatek specjalny przez czas nieokreślony?”, gdzie wskazano [cyt.]: „(...) *Dodatek specjalny jest świadczeniem pieniężnym, które pracownik samorządowy może otrzymywać wówczas, gdy okresowo (nie na stałe) zostanie zwiększony zakres jego zadań lub gdy wykonuje dodatkowe, szczególne zadania. Zasady jego przyznawania oraz wysokość powinien określać regulamin wynagradzania obowiązujący w jednostce. Dodatek ten powinien być przyznawany na czas określony. Okresowe zwiększenie obowiązków oznacza zwiększenie ilości pracy. Może to być spowodowane np. nieobecnością innego pracownika. Zwiększenie obowiązków może mieć nie tylko charakter ilościowy (więcej pracy), ale także jakościowy – polegający na wykonywaniu większej liczby prac związanych ze zwiększoną odpowiedzialnością spośród prac wchodzących w zakres zadań pracownika. Powierzenie dodatkowych zadań powinno być związane z powierzeniem pracownikowi na czas określony zadań, których do tej pory nie wykonywał. Jeżeli pracodawca zamierza na stałe powierzyć pracownikowi dodatkowe obowiązki, wykraczające poza dotychczas wykonywany zakres pracy, powinien to zrobić w formie wypowiedzenia zmieniającego lub zawarcia z pracownikiem porozumienia zmieniającego dotychczasowe warunki pracy. Dodatek specjalny może być zatem przyznawany na czas określony.*”

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 22 listopada 2018 r., sygn. akt III SA/Gd 741/18, LEX nr 2592722 wskazał również, cyt. „*Z kolei świadczenie, o którym mowa w art. 36 ust. 5 u.p.s., mające charakter fakultatywny, może być przewidziane jedynie za wykonanie dodatkowych zadań, poza stricte bieżącymi zadaniami służbowymi lub z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych. Jest to świadczenie o charakterze jednorazowym lub krótkookresowym, które może być ustalone dla wszystkich pracowników umownych, w tym zatrudnionych na stanowiskach urzędniczych, kierowniczych stanowiskach urzędniczych, pomocniczych i obsługi, a także doradców i asystentów.*”

Mając na uwadze powyższe Kolegium Izby stwierdza, iż dodatek specjalny jest świadczeniem pieniężnym, które może być przyznawane jedynie za wykonanie dodatkowych zadań poza bieżącymi zadaniami służbowymi, bądź z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych. Przyznanie dodatku specjalnego powinno być związane z powierzeniem pracownikowi na czas określony dodatkowych zadań, których do tej pory nie wykonywał. Dodatek specjalny winien być zatem świadczeniem o charakterze jednorazowym okresowym i dotyczy to obu przesłanek wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy o pracownikach samorządowych, tj. okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań. Dodatek ten nie powinien stanowić stałego elementu wynagrodzenia. Jeżeli pracodawca zamierza na stałe powierzyć pracownikowi dodatkowe obowiązki, wykraczające poza dotychczas wykonywany zakres pracy, powinien to zrobić w formie wypowiedzenia zmieniającego lub zawarcia z pracownikiem porozumienia zmieniającego dotychczasowe warunki pracy. W ocenie Kolegium Izby odmienna wykładnia art. 36 ust. 5 ustawy o pracownikach samorządowych prowadziłaby, w obowiązującym stanie prawnym,

do naruszenia zasad ogólnych nawiązywania z pracownikiem samorządowym stosunku pracy i zasad jego wynagradzania (z zastrzeżeniem szczególnych zasad wynagradzania określonych w art. 36 ust. 3 i 4 o pracownikach samorządowych) oraz zmian nawiązanego uprzednio stosunku wskutek zmian warunków pracy na czas nieokreślony - art. 42 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1320 z późn. zm.). Kolegium zwraca uwagę, że zasady przyznawania i wypłacania dodatku specjalnego określone w regulaminie wynagradzania, dotyczą jedynie pracowników zatrudnionych na umowę o pracę i nie mogą być sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa. Osobom zatrudnionym na podstawie powołania dodatek ten przyznaje się natomiast na podstawie przepisów ustawy.

Kolegium Izby stwierdziło, że z wyżej określonych przyczyn brak jest podstaw do uwzględnienia wniesionych zastrzeżeń, a wniosek pokontrolny nr 5 należy uznać za prawidłowy.

Wniosek nr 6 w wystąpieniu pokontrolnym został sformułowany w związku z ustalonym stanem faktycznym opisanym w protokole kontroli (str. 159 – 160) i zawartym w pkt 6 wystąpienia wskazującym na to, że Dnia 12.02.2021 r. naliczono kary umowne z tytułu nieterminowego wykonania zadania pn. „Wykonanie ogrodu zdrowia na osiedlu Ogrody w Ostrowcu Świętokrzyskim w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rewitalizacja obszarów zdegradowanych o silnym potencjale gospodarczym społecznym i rekreacyjno – kulturowym na terenie miasta Ostrowca Świętokrzyskiego – Ogród zdrowia na osiedlu Ogrody” realizowanego na podstawie umowy nr UM/695-W/UI/30/WK/29/2020 z dnia 28.07.2020 r., wystawiając notę księgową nr WIK/02/02/2021 na kwotę 100.358,16 zł w tym:

- w związku z nieterminowym wykonaniem robót budowlanych będących przedmiotem odbioru częściowego I etapu w dniu 23 października 2020 r., które powinny być zakończone do dnia 10 września 2020 r., tj. 43 dniowe opóźnienie została naliczona kara umowna w wysokości 34.801,62 zł,
- w związku z nieterminowym wykonaniem robót budowlanych będących przedmiotem odbioru częściowego II etapu w dniu 01 grudnia 2020 r., które powinny być zakończone do dnia 15 października 2020 r., tj. 47 dniowe opóźnienie została naliczona kara umowna w wysokości 38.038,98 zł,
- w związku z nieterminowym wykonaniem robót budowlanych będących przedmiotem odbioru częściowego III etapu w dniu 19 stycznia 2021 r., które powinny być zakończone do dnia 16 grudnia 2020 r., tj. 34 dniowe opóźnienie została naliczona kara umowna w wysokości 27.517,56 zł.

Wysokość kar umownych określona została w § 12 umowy Nr UM/695-W/UI/30/WK/29/2020 z dnia 28.07.2020 r., zgodnie z którym Zamawiający może nałożyć na wykonawcę karę w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w terminie o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy (16 grudnia 2020 r.) wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% łącznego wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 3 ust. 7 umowy (1.618.680,49 zł), oraz w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w terminach wykonania poszczególnych transz harmonogramu rzeczowo – finansowego stanowiącego załącznik nr 2 do umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 3 ust. 7 umowy.

Należność z tytułu naliczonych przez Zamawiającego kar umownych w kwocie 100.358,16 zł została potrącona przez Zamawiającego z faktury końcowej. Stosownie do art. 15 r¹ ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Prezydent Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego, w odniesieniu do wniosku pokontrolnego nr 6 wystąpienia wskazał, że Gmina zajęła stanowisko zgodnie z którym nieterminowe wykonanie umowy nie było spowodowane przez okoliczności związane bezpośrednio z występowaniem COVID-19, a więc niezależnego i zewnętrznego wobec Wykonawcy. Tym samym w ocenie składającego zastrzeżenia dopuszczalne było potrącenie kary umownej, gdyż umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą nie można traktować jako umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, wobec nie spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie a w konsekwencji czego nie ma zastosowania w tym stanie faktycznym art. 15r¹ ww. ustawy.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach analizując zgromadzoną w wyniku kontroli dokumentację oraz argumentację Prezydenta Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego w złożonych zastrzeżeniach, stwierdza, że zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego nr 6 nie zasługuje na uwzględnienie.

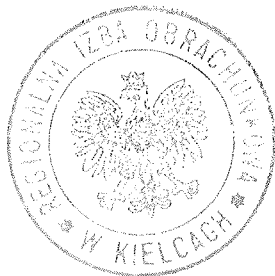
Kolegium zwraca uwagę, że przepis art. 15r¹ ust. 1 ww. ustawy stanowi, iż w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z CoVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania tego stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono karę, nastąpiło w okresie obowiązywania zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii.

Wskazany przepis art. 15r¹ ust. 1 dotyczy więc wyłącznie roszczenia o potrącenie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z wynagrodzenia wykonawcy. Z przepisu tego nie wynika konieczność dochowania przez wykonawcę obowiązków informacyjnych, o których mowa w art. 15r ust. 1.

Biorąc powyższe pod uwagę Kolegium stwierdza, iż zamawiający był uprawniony do naliczenia wykonawcy kar umownych, lecz wobec treści art. 15 r¹ ust. 1 nie był uprawniony do potrącenia kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego.

W ustalonym przez Kolegium stanie faktycznym za prawidłową uznać należy wykładnię wskazanych we wniosku pokontrolnym nr 6 przepisów prawa i nie uwzględnić złożonych zastrzeżeń.

Mając powyższe na uwadze Kolegium RIO w Kielcach postanowiło jak w sentencji.



Przewodniczący Kolegium

ZASTĘPCA PREZESA
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Kielcach
Zdzisław Rekas
mgr Zdzisław Rekas