

Ostrowiec Świętokrzyski, 16 września 2021 roku

**Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Kielcach**

za pośrednictwem
**Prezesa Regionalnej
Izby Obrachunkowej w Kielcach**
ul. Targowa 18
25-520 Kielce

Zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych

w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 2 września 2021 r., znak: WK.60.15.2021

Na podstawie art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2137) składam zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 5 i nr 6 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach z dnia 2 września 2021 r., znak: WK.60.15.2021, dotyczącym kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Gminy Ostrowiec Świętokrzyski za 2020 rok i innych wybranych okresów.

I.

Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia do wniosku nr 5 zawartego w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 2 września 2021 r. jest zarzut naruszenia prawa tj. art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1282) poprzez jego błędną wykładnię.

Wniosek pokontrolny został sformułowany na podstawie stwierdzonej nieprawidłowości opisanej w punkcie 5 wystąpienia pokontrolnego.

Gmina nie dopuściła się natomiast żadnej nieprawidłowości a stwierdzenie w wystąpieniu pokontrolnym jest wynikiem błędnej wykładni przepisu.

371/2021

1. P. D. G. 17.10.1.9.2021
2. Jasp. karto
Des o staworko
w 7 pr. zoheneis 19.5.16
20.09.2021 20.09.2021
NACZELNIK
Kontrolni Gminy Ostrowiec Świętokrzyski
mgr Jerzy Mierzan

Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych upoważnia do przyznania dodatku specjalnego w sytuacji "okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań". Ani ustawa o pracownikach samorządowych, ani rozporządzenie Rady Ministrów z 15 maja 2018 r. w sprawie wynagradzania pracowników samorządowych nie precyzują przesłanek nabycia, wysokości i okresu przyznawania dodatku. Ustawa o pracownikach samorządowych nie precyzuje pojęcia okresowości ani nie wprowadza ograniczeń czasowych.

Zgodnie z § 10 ust. 1 Regulaminu Wynagradzania Pracowników Urzędu Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań o wysokim stopniu złożoności lub odpowiedzialności kierownik Urzędu może przyznać pracownikowi dodatek specjalny. Zgodnie z ust. 2 dodatek specjalny przyznaje się na czas określony.

Okresowe zwiększenie obowiązków służbowych lub powierzenie dodatkowych zadań uzasadnia przyznanie dodatku specjalnego.

W związku z tym w Urzędzie Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego dodatek specjalny przyznawany jest czasowo z tytułu okresowego zwiększenia obowiązków służbowych lub powierzenia dodatkowych zadań.

Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że opisane w wystąpieniu pokontrolnym 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. 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”. W przepisie mowa jest bowiem o okresowym zwiększeniu obowiązków służbowych lub powierzeniu dodatkowych zadań, nie ma zaś mowy o „krótkookresowym” zwiększeniu obowiązków służbowych lub powierzeniu zadań, nie ma również mowy o „jednorazowym” zwiększeniu obowiązków służbowych lub powierzeniu zadań.

Ustalony stan faktyczny w wystąpieniu pokontrolnym wskazuje na to, że dodatki specjalne zostały faktycznie przyznane na określony czas, podany precyzyjnie poprzez wskazanie daty początkowej i końcowej w pismach o przyznaniu dodatku, zgodnie z § 10 ust. 2 Regulaminu Wynagradzania Pracowników Urzędu Miasta Ostrowca Świętokrzyskiego.

Wskazane zostały również powierzone dodatkowe zadania. Zastosowano więc wszystkie elementy wskazane w przepisie art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych. Dodatki nie były w takim razie elementem stałym wynagrodzenia, gdyż nie zostały przyznane na czas nieokreślony, czyli na stałe. Miały charakter okresowy a dodatkowe zadania zostały określone.

Długość okresu powierzenia dodatkowych zadań determinowana jest jedynie okresem trwania konieczności wykonywania tych zadań. Podkreślam, że kierownik Urzędu posiada prawo do oceny, czy określone rozwiązanie w postaci powierzenia określonej osobie dodatkowych zadań o wysokim stopniu złożoności lub odpowiedzialności sprawdzi się zarówno pod względem organizacyjnym jak i osobowościowym. Ustawodawca nie wskazał jaki okres jest właściwy dla zweryfikowania efektywności przyjętych rozwiązań. Decyduje o tym kierownik Urzędu - jest to dodatek fakultatywny. Przepis art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych nie precyzuje bowiem okresu na jaki może być przyznany dodatek. Wskazać należy, że okresowość nie znalazła ustawowej definicji. Interpretacja okresu przyznawania dodatku była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który w postanowieniu z dnia 27 lutego 2019 r. III PK 82/18 stwierdził: „Treść przepisu art. 36 ust. 5 ustawy z 2008 r. o pracownikach samorządowych nie wskazuje jednak przesłanek nabycia, wysokości i okresu przyznawania dodatku. W tym zakresie ustawa o pracownikach samorządowych, podobnie jak w przypadku dodatku funkcyjnego, przewiduje, że warunki i sposób przyznawania tego dodatku mają być określone w regulaminie wynagradzania (art. 39 ust. 2 pkt 2 ustawy o pracownikach samorządowych). Innymi słowy, warunkiem koniecznym, umożliwiającym wypłatę fakultatywnych składników wynagrodzenia, jest określenie przez pracodawcę w regulaminie wynagradzania zasad i sposobu ich przyznawania oraz wypłacania.”

Jak wskazała Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 23 czerwca 2016 r. (BDF1.4800.10.2016): „Nie ma żadnych podstaw gramatycznych, żeby przyjmować, iż przesłanka powierzenia dodatkowych zadań (art. 36 ust. 5 ustawy z 2008 r. o pracownikach samorządowych) musi być związana z występowaniem cechy "okresowości". (...) W sytuacji, gdy możliwe są różne interpretacje przepisu, w brzmieniu gramatycznym równouprawnione, zaś żadna z nich nie jest sprzeczna z pozostałymi regulacjami danego aktu prawnego i całą gałęzią prawa, której dotyczy to zastosowanie się do jednej z nich nie może być poczytywane za zachowanie bezprawne. W wyroku z 24 lipca 2006 r. sygn. akt I BP 1/06 Sąd Najwyższy wskazał, iż wybór jednej

z możliwych interpretacji przepisów prawa, choćby (w postępowaniu w wyższej instancji) okazała się ona nieprawidłowa, nie oznacza niezgodności z prawem. Przekształcając ten pogląd na zasady odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - nie ma cech bezprawności działanie polegające na zastosowaniu się do brzmienia przepisu wynikającego z jego gramatycznego brzmienia, nawet jeżeli inne interpretacje są równie uprawnione.”

W wystąpieniu pokontrolnym wskazano, że okoliczności przyznania dodatku specjalnego powinny mieć bezwzględnie charakter okresowości, „co dotyczy zarówno zwiększenia obowiązków służbowych, jak i powierzenia dodatkowych zadań, na co wprost wskazuje ustawodawca” podczas gdy ustawodawca – wbrew wykładni zaprezentowanej w wystąpieniu pokontrolnym - wcale wprost na to nie wskazuje. Ustawodawca wcale nie wskazuje również na to, że zwrot „okresowy” powinien być interpretowany tak, jak w wystąpieniu pokontrolnym jako „krótkookresowy” a w szczególności nie precyzuje po jakim czasie świadczenie przestaje być krótkookresowe, po jakim czasie w ogóle przestaje być okresowe i ma charakter ciągły.

Zarzut Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach, że wskazane dodatki specjalne zostały przyznane z naruszeniem art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych jest więc chybiony i spowodowany błędną wykładnią tego przepisu. W związku z powyższym w tej sytuacji nieadekwatny jest wniosek pokontrolny.

II.

Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia do wniosku nr 6 zawartego w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 2 września 2021 r. 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 został sformułowany na podstawie stwierdzonej nieprawidłowości opisanej w punkcie 6 wystąpienia pokontrolnego.

Gmina (Zamawiający) nie dopuściła się natomiast żadnej nieprawidłowości.

Gmina zajęła stanowisko, że nieterminowe wykonanie umowy nie było spowodowane przez okoliczności związane bezpośrednio z występowaniem COVID-19, a więc niezależnego

i zewnętrznego wobec Wykonawcy. Wykonawca nie poinformował, że na nieterminowe wykonanie umowy uzasadniające naliczenie kar umownych miały wpływ okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, aby można było uznać, że jest to umowa, 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 a to do takich umów stosuje się 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. Nie obejmuje zdarzeń o charakterze generalnym, powszechnym, lecz dotyczy konkretnego przypadku. Zamawiający nie stwierdził braku odpowiedzialności Wykonawcy, o czym Wykonawca został poinformowany. Umowa nie była zmieniana na mocy art. 15r ust. 4 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.

Kara umowna stanowi narzędzie dyscyplinujące wykonawców do należytego wykonywania zobowiązań i ma na celu zagwarantowanie, że umowa zostanie wykonana zgodnie z jej treścią. Ma to szczególnie istotne znaczenie w umowach zawieranych po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego w trybie ustawy o zamówieniach publicznych, tak jak to miało miejsce w tym przypadku.

Podstawową zasadą jest związanie stron wysokością kary ustaloną w umowie zgodnie z art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego. Zamawiający odmawiając zapłaty pełnej kwoty wskazanej na fakturze realizował prawo potrącenia swojej wierzytelności z kar umownych zgodnie z art. 498 § 1 Kodeksu cywilnego.

Umowa z powodem zawarta była w obowiązującym stanie epidemii. Ten stan nie był okolicznością nową, nieprzewidywalną. Takiej nieprzewidywalności nie można już zakładać w przypadku umów, które zostaną zawarte po wystąpieniu epidemii. Zgodnie z umową Zamawiający miał zrealizować prawo potrącenia przy płatności należnego Wykonawcy wynagrodzenia.

Podpisując umowę Wykonawca wyraził zgodę na potrącenie przez Zamawiającego kar umownych z wynagrodzenia umownego (§ 12 ust. 14 umowy). Wykonawca utrzymywał, że opóźnienie w terminie realizacji jest „rzekome”, gdyż kwestionuje jakiegokolwiek opóźnienie. Nie wskazywał również, że na jego opóźnienie skutkujące naliczeniem kary

umownej za opóźnienie wpływ miała okoliczność związana z wystąpieniem COVID-19. Według Wykonawcy umowa była należycie wykonana i nie nastąpiło żadne opóźnienie. Przesunięcie terminu odbioru końcowego było natomiast uzasadniane przez Wykonawcę coroczną przerwą w pracy w okresie świąteczno-noworocznym i zaplanowanymi urlopami pracowników.

Trudno wobec tego wnioskować, że skoro według Wykonawcy umowa była należycie wykonana i nie nastąpiło żadne opóźnienie to należy tę umowę traktować jako umowę, o której mowa w art. 15r ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r., wobec których to umów ustawodawca w art. 15r¹ ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. wprowadził zakaz potrącania kar umownych.

Z uwagi na powyższe dopuszczalne było potrącenie kary umownej, gdyż umowy 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 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 myśl art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do ustalania przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania.

W związku z powyższym czynności podjęte przez Zamawiającego były właściwe i uzasadnione w przypadku umowy z Wykonawcą.

Zarzut Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach jest więc chybiony i spowodowany niewłaściwym zastosowaniem tej normy prawnej (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) w istniejącym stanie faktycznym. W związku z powyższym w tej sytuacji nieadekwatny jest wniosek pokontrolny.

PREZYDENT MIASTA
Ostrowca Świętokrzyskiego

Jarosław Górczyński