



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2014 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Kaczorkiewicz</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Przemysław Szelerski (spr.)</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jadwiga Walaszczyk-Fedorowicz</i>
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 r., odwołania Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 19 listopada 2013 r., sygn. akt: RKO-522/60/13, którym uznano Obwinionego (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na podpisaniu w dniu 24 czerwca 2010 r. aktu notarialnego repertorium A numer 2174/2010, którego przedmiotem była zamiana przysługującego (...) prawa użytkowania wieczystego działek nr 500/2 i nr 500/9 położonych w (...), wraz z dokumentacją projektowo-budowlaną i wykonawczą na budowę kompleksu sportowo-rekreacyjnego na (...), na przysługujące Miastu i Gminie (...) prawa własności działek nr: 211/9, 1558, 1559/2, 170, 309/18, 606/2, 309/26 i 316/1, w wyniku czego nabył on dla Gminy prawo własności wyżej określonej dokumentacji wraz z prawami autorskimi do tej dokumentacji, udzielając zamówienia publicznego o wartości 1.030.000,00 zł w cenach netto (1.256.600,00 zł brutto), z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych, bez uprzedniego zastosowania odpowiedniej, określonej w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2013 r. poz. 907, a chwili popełnienia czynu: t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) procedury wyboru najkorzystniejszej oferty.

Obwinionemu wymierzono karę upomnienia oraz obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71 zł;

1) na podstawie art. 147 ust.1 pkt 2a i art. 78 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 78 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529) zwanej dalej ustawą uchyła orzeczenie Komisji I instancji w całości i postanawia umorzyć postępowanie w sprawie,

2) na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy koszty postępowania ponosi Skarb Państwa.

Pouczenie:

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

UZASADNIENIE

W dniu 24 czerwca 2010 r. została zawarta, w formie aktu notarialnego (repertorium A numer 2174/2010), umowa zamiany pomiędzy (...). Zgodnie z § 7 umowy, Burmistrz Miasta i Gminy (...) działający w imieniu Gminy (...) przeniósł na Spółkę pod firmą (...) własność położonych w (...) nieruchomości składających się z działek nr nr 211/9 obr. 1 o powierzchni 0,2077 ha, 1558 obr. 1 o powierzchni 0,7227 ha, 1559/2 obr. 1 o powierzchni 0,2473 ha, 170 obr. 3 o powierzchni 0,9440 ha, 309/18 obr. 1 o powierzchni 0,3375 ha, 606/2 obr. 1 o powierzchni 0,0133 ha, 309/26 obr. 1 o powierzchni 0,5499 ha i 316/1 obr. 1 o powierzchni 0,1112 ha, w zamian za co (...) przeniosła na Gminę (...) prawo użytkowania wieczystego nieruchomości składającej się z działek nr nr 500/2 i 500/12 o powierzchni łącznej 6,7253 ha, położonych w (...) obr. 2, a także prawo własności dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej, dotyczącej budowy kompleksu sportowo-rekreacyjnego na (...)” wraz z prawami autorskimi nabytymi przez (...). W celu zapewnienia ekwiwalentności umowy, zgodnie z § 11 tej umowy, (...) zobowiązana była dopłacić 37.697,14 zł Gminie (...) kwotę różnicy w wartościach zamienianych pomiędzy stronami umowy praw.

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (dalej zwana RKO), orzeczeniem z dnia 19 listopada 2013 r., sygn. RKO 522/60/13, uznała Obwinionego (...), pełniącego od 2006 r. funkcję Burmistrza Miasta i Gminy (...), odpowiedzialnym za podpisanie w dniu 24 czerwca 2010 r. aktu notarialnego repertorium A numer 2174/2010, którego przedmiotem była zamiana przysługującego (...) prawa użytkowania wieczystego działek nr 500/2 i nr 500/9 położonych w (...), wraz z dokumentacją projektowo-budowlaną i wykonawczą na budowę kompleksu sportowo-rekreacyjnego na (...), na przysługujące Miastu i Gminie (...) prawa własności działek nr: 211/9, 1558, 1559/2, 170, 309/18, 606/2, 309/26 i 316/1, w wyniku czego nabył on dla Gminy prawo własności wyżej określonej dokumentacji wraz z prawami autorskimi do tej dokumentacji, udzielając zamówienia publicznego o wartości 1.030.000,00

zł w cenach netto (1.256.600,00 zł brutto), z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych, bez uprzedniego zastosowania odpowiedniej, określonej w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2013 r. poz. 907, a chwili popełnienia czynu: t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) procedury wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. czyn, o którym mowa w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej zwanej ustawą). Wymierzono Obwinionemu karę upomnienia i zobowiązano go do zwrotu kosztów postępowania.

RKO uznała za udowodniony fakt wszczęcia przez właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych postępowania wyjaśniającego w dniu 24 czerwca 2013 r., skutkiem czego rozpoznała sprawę merytorycznie. RKO ustaliła, że w dniu 24 czerwca 2010 r. została zawarta w formie aktu notarialnego (repertorium A numer 2174/2010) umowa zamiany pomiędzy (...) a Gminą (...), w wyniku której jednostka samorządu terytorialnego nabyła dokumentację projektową budowlaną i wykonawczą na budowę kompleksu sportowo-rekreacyjnego na (...) wraz z prawami autorskimi. RKO zwróciła uwagę, iż jednostka kierowana przez Obwinionego zalicza się do sektora finansów publicznych i zobowiązana jest do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. W uzasadnieniu przeanalizowano definicję zamówienia publicznego koncentrując się na tym aspekcie odpłatności umowy. Umowa zamiany, w zakresie ww. dokumentacji i praw autorskich, została uznana za zamówienie publiczne, do którego nie zastosowano przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 30 grudnia 2013 r., zostało wniesione, przez obrońcę Obwinionego odwołanie od orzeczenia RKO w całości i na korzyść Obwinionego z wnioskiem o:

- 1) uchylenie zaskarżonego orzeczenia i umorzenie postępowania lub uniewinnienie Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych zawartego we wniosku o ukaranie, a w razie nie podzielenia przez Główną Komisję Orzekającą (dalej zwaną GKO) powyższego wniosku,
- 2) uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez RKO.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuca się:

- 1) naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 38 ust. 1 ustawy, poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, czego skutkiem było przyjęcie przez RKO, że nie doszło do przedawnienia karalności w niniejszej sprawie, a postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego z dnia 24 czerwca 2013 roku wydłużyło termin karalności popełnionego czynu o 2 lata, a także, że w dniu 24 czerwca 2013 roku doszło do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, pomimo uzewnętrznienia tego aktu poprzez jego wysłanie dopiero w dniu 1 lipca 2013 r. a następnie doręczenie w dniu 8 lipca 2013 r. [powinno być: 3 lipca 2013 r.],
- 2) naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 17 ust. 1b pkt. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 3, art. 2 pkt. 13 oraz art. 4 pkt. 3 lit. i. ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 2 pkt 13 powyższej ustawy oraz pominięcie przepisu art. 4 pkt. 3 lit. i. tej ustawy polegające na przyjęciu, że w sytuacji faktycznej i prawnej rozpoznawanej sprawy zawarta przez Gminę (...) umowa zamiany nieruchomości, podlegała reżimowi prawa zamówień publicznych,
- 3) naruszenie przepisu art. 19 ust. 2 ustawy poprzez bezzasadne przypisanie Obwinionemu winy bez rozważenia wszelkich okoliczności sprawy oraz uwarunkowań faktycznych i prawnych, którym podlegał Obwiniony w czasie zawierania umowy z dnia 24 czerwca 2013 r. [powinno być 2010 r.] oraz bez wskazania Obwinionemu prawidłowego wzorca postępowania, aby w wyżej wymienionych uwarunkowaniach nie popełnić naruszenia dyscypliny finansów publicznych,

4) przypisanie Obwinionemu popełnienia czynu opisanego w pkt. I zaskarżonego orzeczenia, którego opis jest sprzeczny z treścią zebranego materiału dowodowego, a to z § 7 Aktu Notarialnego rep. A nr 2174/2010 z dnia 24 czerwca 2010 roku, poprzez sprzeczne z treścią aktu notarialnego przyjęcie w opisie czynu, że przedmiotem powyższego aktu notarialnego była zamiana przysługującego (...) prawa użytkowania wieczystego dot. m.in. działki nr 500/9 w (...) - podczas gdy zgodnie z § 7 powyższego aktu notarialnego doszło do zamiany innej działki tj. działki o nr 500/12. Wbrew treści powyższego aktu notarialnego w opisie czynu przyjęto wartości netto i brutto – dla dokumentacji projektowo-budowlanej i wykonawczej wraz z prawami autorskimi do tej dokumentacji, których to wartości akt notarialny nie precyzował,

5) naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez niezastosowanie przepisu art. 28 ustawy, w sytuacji, gdy wynikające z zebranego w sprawie materiału dowodowego okoliczności sprawy wskazują na znikomy stopień szkodliwości dla finansów publicznych,

6) rażące naruszenie przepisu art. 137 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 33 ustawy, poprzez całkowite pominięcie w uzasadnieniu orzeczenia (pkt. VII) przewidzianych ustawą wymogów tj. zaniechanie przytoczenia okoliczności, które skład orzekający miał na względzie przy wymierzaniu kary, w tym w szczególności wskazanie okoliczności, które komisja uwzględniła przy wymiarze kary, co w konsekwencji sprawia, że uzasadnienie orzeczenia nie daje stronom możliwości ustosunkowania się do motywów wydanego rozstrzygnięcia, a tym samym utrudnia im realizację prawa do odwołania się od niego.

W uzasadnieniu środka odwoławczego obrona przedstawia obszerną argumentację do poszczególnych zarzutów.

Rozprawa przed GKO została przeprowadzona pod nieobecność Obwinionego, który był jednakże reprezentowany przez obrońcę. Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie orzeczenia RKO w mocy.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ujętego w aktach sprawy, GKO doszła do wniosku, że orzeczenie RKO nie może zostać utrzymane w obrocie prawnym.

W pierwszej kolejności rozważenia wymaga kwestia toku postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych regulowana w ustawie w Dziale IV. Postępowanie to składa się z uporządkowanego ciągu czynności układających się w proces mający na celu rozstrzygnięcie przez właściwe organy kwestii odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Na podstawie zawiadomienia o ujawnionych okolicznościach, wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych rzecznik dyscypliny podejmuje czynności sprawdzające w celu stwierdzenia, czy istnieją podstawy do wszczęcia postępowania wyjaśniającego (art. 96 ust. 1 ustawy). Zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, po zakończeniu czynności sprawdzających rzecznik dyscypliny wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego albo o odmowie jego wszczęcia. Stosownie do art. 102 ust. 1 ustawy, rzecznik dyscypliny doręcza postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego osobie, wobec której postępowanie zostało wszczęte. Doręczenie postanowienia o wszczęciu postępowania wyjaśniającego rozpoczyna bieg terminu do skorzystania z prawa do złożenia wyjaśnień lub wniosków dowodowych, przez co realizuje się prawo do obrony. Jakkolwiek termin ten określa rzecznik w postanowieniu, to nie może on być krótszy niż 14 dni od dnia doręczenia postanowienia. I choć na postanowienie to nie służy zażalenie, to bez wątpienia jest to istotny akt procesowy, bowiem systemowo postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego stanowi moment przejścia procesu z fazy w sprawie (*in rem*) w fazę przeciwko osobie (*in personam*). Osoba wskazana w postanowieniu o wszczęciu postępowania wyjaśniającego nabywa konkretne prawa procesowe. Wszczęcie postępowania jest kluczowym momentem w toku postępowania również z uwagi na przedawnienie karalności naruszenia dyscypliny finansów. Co do zasady

karalność naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęły 3 lata (art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy). Jeżeli jednak – jak stanowi zdanie drugie – w tym okresie wszczęto postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, karalność ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu.

Rozstrzygając kwestię naruszenia przez Obwinionego ustawy GKO uznała, że okoliczność wszczęcia postępowania wyjaśniającego poprzez wydanie postanowienia właściwego rzecznika (złożenie pod nim podpisu) w dacie 24 czerwca 2013 r. oraz okoliczność nadania listu poleconego z tym postanowieniem w dniu 1 lipca 2013 r. jest niesporna, nie była kwestionowana w odwołaniu ani na rozprawie. Rozstrzygnięcie organu odwoławczego ograniczone zostanie do rozpatrzenia zarzutów zawartych w odwołaniu. Obrona w tym zakresie podnosi, że wystąpił błąd w toku postępowania wyjaśniającego, skutkiem czego doszło do przedawnienia karalności zarzucanego obwinionemu naruszenia, gdyż w niniejszej sprawie postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego wydano w dniu 1 lipca 2013 roku, a zatem 7 dni po upływie trzyletniego terminu przedawnienia. Pismo to zostało odebrane przez Obwinionego w dniu 3 lipca 2013 r.

RKO dążyła do ustalenia, dlaczego pomiędzy terminem wydania postanowienia przez rzecznika, a jego wysłaniem minęło kilka dni i przyjęła w tym względzie wyjaśnienia udzielone przez Zastępcę Rzecznika za wystarczające do uznania, że poprzez wydanie w dniu 24 czerwca 2013 r. postanowienia o wszczęciu postępowania wyjaśniającego wobec Obwinionego terminu przedawnienia karalności popełnionego czynu uległ wydłużeniu o dwa lata.

GKO na tym etapie postępowania ocenia, iż czynności w postępowaniu wyjaśniającym zostały podjęte w sposób budzący wątpliwości co do ich prawidłowości. Postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego nie jest wewnętrznym aktem rzecznika; jego prawidłowe wykonanie nie realizuje się jedynie w podpisaniu postanowienia i złożeniu do akt. Ustę 1 art. 102 nakłada na rzecznika obowiązek doręczenia postanowienia, a zatem zawiadomienia o wydaniu postanowienia osoby, wobec której postępowanie zostało wszczęte. W toku procesu czynności te powinny nastąpić po sobie, jedna po drugiej, bez uzasadnionej zwłoki. Podobnie przyznał Zastępca Rzecznika na rozprawie w I instancji. W jego praktyce zawodowej postanowienia wysyłane są do adresatów w tej samej dacie, w której są podpisywane. W rozpatrywanej sprawie oskarżyciel zasłaniał się niepamięcią co do okoliczności, które wpłynęły na tygodniowe opóźnienie w wysyłce pisma.

GKO nie może przyjąć stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika prezentowanego na rozprawie, który uznał, iż tydzień to akceptowalny czas pomiędzy podpisaniem postanowienia a jego wysyłką. Tymczasem okres siedmiu dni, w ocenie GKO, jest okresem zbyt długim i nie uwzględnia zasad sprawnego i efektywnego prowadzenia czynności procesowych przez organy, które powinny doprowadzić do skierowania wniosku o ukaranie do komisji albo umorzenia postępowania. Innymi słowy należy uznać, że postępowanie było prowadzone przewlekle i mogło być dolegliwe dla Obwinionego.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, w opinii GKO, konieczne jest podkreślenie, że w wyniku opóźnienia w wysyłce korespondencji Obwiniony miał skrócony termin do złożenia wyjaśnień lub wniosków dowodowych. Rzecznik w postanowieniu z dnia 24 czerwca 2013 r. wyznaczył Obwinionemu termin do dnia 11 lipca 2013 r. Faktycznie zatem obwiniony miał 8 dni zamiast 14 dni od dnia doręczenia postanowienia, które gwarantowane są w art. 102 ust. 2 ustawy.

Skład orzekający w niniejszej sprawie uznał, że w postępowaniu pierwszoinstancyjnym wyczerpane zostały środki dowodowe mogące wyjaśnić poprawność czynności podejmowanych przez rzecznika a bezpośrednio wpływających na przedawnienie karalności. GKO z prawa do obrony (art. 74 ustawy), z zasady domniemania niewinności (art. 76 ust. 1 ustawy), a w szczególności z zasady *in dubio pro reo* (art. 76 ust. 3 ustawy), wywodzi, iż nie

dające się wyjaśnić ponad wszelką wątpliwość okoliczności wpływające na możliwość wydania orzeczenia o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie mogą prowadzić do rozstrzygnięcia merytorycznego i niekorzystnego dla obwinionego. Powyższe doprowadziło do uznania, że tygodniowa przerwa w czynnościach procesowych pomiędzy podpisaniem postanowienia a jego faktycznym wysłaniem do adresata oznacza, że nastąpiło przedawnienie karalności. Wystąpienie ujemnej przesłanki (przesłanki materialnoprawnej) warunkującej dopuszczalność postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazanych w art. 78 ust. 1 ustawy skutkuje brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, w szczególności odniesienia się do zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Przedawnienie karalności, na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy, zobowiązywało GKO do umorzenia postępowania z urzędu (art. 78 ust. 2 ustawy) z jednoczesnym uchyleniem orzeczenia RKO.

Mając na względzie szczególnie charakter sprawy oraz prewencyjno-edukacyjny cel orzecznictwa GKO, skład orzekający w niniejszej sprawie postanowił odnieść się do niektórych aspektów merytorycznych, jakie pojawiły się na tle niniejszej sprawy. Zastrzec przy tym jednak trzeba, że stan faktyczny niniejszej sprawy stanowi jedynie punkt odniesienia dla wskazywanego wzorca prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że podmioty prawa publicznego zobowiązane są do respektowania zasady praworządności. Wymóg ten wynika wprost z art. 7 Konstytucji RP, który stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Podmioty zaliczane do sektora publicznego są ograniczone w swobodzie działania, w tym w swobodzie zawierania umów oraz w swobodzie gospodarowania mieniem. Ograniczeniem swobody kontraktacji są w szczególności przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zbywanie nieruchomości regulują przepisy ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, z późn. zm.).

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami, nieruchomość stanowiąca własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego może być zamieniona na nieruchomość stanowiącą własność osoby fizycznej lub osoby prawnej, z tym jednak zastrzeżeniem, że w razie nierównej wartości zamienianych nieruchomości konieczna jest dopłata w wysokości różnicy wartości zamienianych nieruchomości (ust. 1); to samo odpowiednio dotyczy zamiany własności nieruchomości na prawo użytkowania wieczystego lub prawa użytkowania wieczystego na własność nieruchomości, a także wzajemnej zamiany praw użytkowania wieczystego (ust. 2). Regulacja ta ma na celu ochronę nieruchomości państwowych oraz nieruchomości samorządu terytorialnego – regułą jest, że umowy te mogą być dokonywane tylko w sytuacjach przewidzianych w ustawie i tylko na ściśle określonych zasadach.

W komentarzu do ustawy o gospodarce nieruchomościami autorstwa J. Jaworskiego, A. Prusaczyka, A. Tułodzieckiego i M. Wolanina (Wyd. C.H.Beck, 2013 r.) przepis ten jest omawiany następująco: *Wskazać należy, iż przepisy GospNierU nie przewidują dokonywania zamiany na innego rodzaju prawa, tym samym nie jest dopuszczalna zamiana nieruchomości na ograniczone prawa rzeczowe na innej nieruchomości, zamiana nieruchomości na rzeczy ruchome czy też na wierzytelności lub na udziały w spółkach itp. Nieruchomość stanowiąca własność lub pozostająca w użytkowaniu wieczystym Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego może być jedynie zamieniona na inną nieruchomość bądź prawo użytkowania wieczystego nieruchomości, bądź też na udziały w takich prawach.*

GKO zwraca uwagę, iż nabycie poprzez umowę zamiany nieruchomości dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej wraz z prawami autorskimi należy uznać za działanie poza granicami ww. ustawy.

Z kolei analiza przepisów Kodeksu cywilnego oraz ustawy Prawo zamówień publicznych skłania GKO, podobnie jak orzekła RKO, do uznania, że umowa zamiany jest umową odpłatną, a zatem jest umową w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z „kodeksową definicją” przez umowę zamiany każda ze stron zobowiązuje się przenieść na drugą stronę własność rzeczy w zamian za zobowiązanie się do przeniesienia własności innej rzeczy (art. 603 kc). W powszechnym obrocie prawnym brak jest przeszkód, aby zamieniane prawa dotyczyły zarówno przedmiotów materialnych, jak i dóbr niematerialnych, np. dopuszczalna jest zamiana autorskich praw majątkowych do oznaczonego dzieła na własność lub inne prawo rzeczowe. Swoboda zawierania umów w tym zakresie została ograniczona w art. 15 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Co więcej, zamiana jest to umowa zobowiązująca (także zobowiązująco-rozporządzająca) konsensualna, kauzalna, odpłatna i wzajemna (por. teza 2. i 4. do art. 603 w E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. C.H.Beck, 2013 r., podobnie: M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. II, 2009, s. 348).

GKO stoi na stanowisku, iż tylko umowa pod tytułem darmym nie podpada pod legalną definicję zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 ustawy - Prawo zamówień publicznych). Ze świadczeniem nieodpłatnym będziemy mieli do czynienia w przypadkach, w których strona w zamian otrzymane świadczenie nie świadczy nic ani obecnie, ani też w przyszłości.

Innymi słowy, tego typu umowa, tj. umowa zamiany nieruchomości wraz z dokumentacją, jest zamówieniem publicznym. Jest to jednak takie zamówienie publiczne, do którego w części nie stosuje się ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wyłączenie to wynika wprost z art. 4 pkt 3 lit. i tej ustawy, który stanowi, że ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu. Ponieważ wyłączenie przedmiotowe stanowi wyjątek od zasady powszechności stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych, to wyłączenie to nie może być interpretowane i stosowane rozszerzająco, w szczególności nie może być przenoszone z nieruchomości na dokumentację projektową jedynie faktycznie związaną z nieruchomością (wynikająca z art. 191 kc zasada *superficies solo cedit* nie znajdzie tu zastosowania).

Mając powyższe uwagi na względzie za zgodne ze wskazanymi przepisami prawa należałoby uznać wydzielenie dokumentacji wraz z prawami autorskimi z umowy zamiany nieruchomości do odrębnej umowy i nabycie przez jednostkę samorządu terytorialnego, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet jeżeli miałyby to być zamówienie z wolnej ręki.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.