



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

Warszawa, dnia 1 grudnia 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Tomasz Ślaboszowski (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Artur Walasik</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Marek Gluch</i>
Protokolant:		<i>Paweł Matusiak</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 24 października i 1 grudnia 2016 r., w sprawie odwołania wniesionego przez Obrońcę Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Białymstoku z dnia 13 czerwca 2016 r. sygn. akt: DFP-RKO-540-29/39/11, DFP-RKO-540-30/44/11, którym Komisja Orzekająca uznała Pana (...)-

pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...) - winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych:

„1) określonego art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (obowiązującym w dacie popełnienia czynu i w dacie wniesienia wniosku o ukaranie) oraz w tym samym brzmieniu art. 17 ust. 1b pkt 1 ww. ustawy (obowiązującym w dacie niniejszego orzekania, t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 168), polegającego na udzieleniu w dniu 26 stycznia 2010 r. Zakładowi (...), który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, zamówienia na wykonanie robót budowlanych - wykopów pod nieckę składowania odpadów i niecki składowania odpadów zawierających azbest dla budowy (...) o wartości 6.380.629,04 zł netto, a więc wbrew przepisowi art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (obowiązującym w tym samym brzmieniu zarówno w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie orzekania);

2) określonego w art. 5 ust 1 pkt 3 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (obowiązującym w dacie popełnienia czynu i w dacie wniesienia wniosku o ukaranie), polegającego na umorzeniu w dniu 2 października 2008 r. - z naruszeniem art. 68 ust. 2c ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami - należności Miasta (...) w wysokości 10.792,00 zł z tytułu zwrotu części kwoty udzielonej bonifikaty od ceny lokalu zasądzonej od (...) wyrokiem Sądu Rejonowego w (...) z dnia 22 sierpnia 2007 r. (sygn. akt I C 67/07);”

Komisja Orzekająca I instancji odstąpiła od wymierzenia kary Obwinionemu oraz obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

orzeka

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 i z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.) – zwanej dalej ustawą, utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie.

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

Orzeczeniem z dnia 26 października 2015 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Białymstoku (zwana dalej także „Regionalną Komisją”) uznała (...) winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych:

- 1) określonego art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy (obowiązującej w dacie popełnienia czynu i w dacie wniesienia wniosku o ukaranie) oraz art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy w dacie orzekania polegającego na udzieleniu 26 stycznia 2010 r. Zakładowi (...), który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, zamówienia na wykonanie robót budowlanych – wykopów pod nieckę składowania odpadów i niecki składowania odpadów zawierających azbest – dla budowy (...) o wartości 6.380.629,04 zł netto, wbrew przepisowi art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (w identycznym brzmieniu zarówno w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie orzekania)

- za ten czyn wymierzyła (...), karę nagany – na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 ustawy;

- 2) określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, polegającego na umorzeniu w dniu 2 października 2008 r. – z naruszeniem art. 68 ust. 2c ustawy o gospodarce nieruchomościami – należności Miasta (...) w wysokości 10.792,00 zł z tytułu zwrotu części kwoty udzielonej bonifikaty od ceny lokalu, zasądzonej od (...) wyrokiem Sądu Rejonowego w Zambrowie z dnia 22 sierpnia 2007 r.

za ten czyn Regionalna Komisja odstąpiła od wymierzenia kary– na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu).

W uzasadnieniu orzeczenia opisano przebieg dotychczasowego postępowania. Podniesiono, że, orzeczeniem z dnia 26 października 2011 r. Regionalna Komisja wymierzyła (...) łączną karę pieniężną w wysokości 5.645, 32 zł uznając go winnym: umyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Od orzeczenia Regionalnej Komisji (...) wniósł odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej, która - po rozpoznaniu sprawy-- orzeczeniem z dnia 2 kwietnia 2012 r. uchyliła orzeczenie Regionalnej Komisji w zakresie wymierzenia Obwinionemu kary pieniężnej, wymierzając Mu karę nagany i utrzymując w mocy orzeczenie w pozostałym zakresie.

(...) wystąpił pismem z dnia 8 czerwca 2012 r. ze skargą do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, który wyrokiem z dnia 15 stycznia 2013 r. oddalił skargę.

Następnie Obwiniony złożył skargę kasacyjną. Naczelny Sąd Administracyjny, wyrokiem z dnia 17 czerwca 2014 r., uchylił wyrok WSA z dnia 15 stycznia 2013 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia Sądowi I instancji. NSA podniósł, iż za uzasadnione należy uznać stanowisko strony skarżącej, z którego wynika, że w sytuacji, gdy postępowanie w sprawie dotyczyło odpowiedzialności Burmistrza (...) w związku z zarzutami popełnienia dwóch czynów, to w odniesieniu do odpowiedzialności za każdy z nich należy dokonać oceny stopnia społecznej szkodliwości dla finansów publicznych dla każdego z osobna, co nie pozostanie bez znaczenia do oceny przesłanki dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 28 ust. 1 ustawy. Zdaniem NSA, ocena umowy z dnia 26 stycznia 2010 r., aby mogła być uznana za prawidłową, nie mogła się ograniczyć tylko do wniosków opartych na analizie jej tytułu, czy też wniosków opartych na eksponowaniu okoliczności, że zobowiązanie wykonawcy obejmowało wykonanie określonych w jej postanowieniach prac zgodnie z projektem zamiennym budowy (...) oraz zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę, jak również, że wykonanie tej budowy stanowiło etap, czy też część realizacji większego zamierzenia polegającego na budowie zakładu przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów. NSA zwrócił uwagę, iż w sytuacji, gdy organ, a w ślad za nim Sąd I instancji, nie podważyły, że przywołana umowa posiada również cechy sprzedaży, o której mowa w art. 535 Kc, to argument, że elementy te nie miały decydującego znaczenia dla oceny charakteru umowy oraz jej istoty, nie mógł pomijać potrzeby analizy całokształtu okoliczności towarzyszących jej zawarciu, w tym między innymi treści ogłoszenia z dnia 30 listopada 2009 r. oraz ofert, które w odpowiedzi na to ogłoszenie zostały złożone. Za nietrafne uznał NSA stanowisko zajęte przez Sąd I instancji, zgodnie z którym, organy orzekające w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie mają obowiązku precyzyjnego wskazania trybu (sposobu) postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, który powinien być stosowany w okolicznościach danego przypadku. Nietrafne, w ocenie NSA, jest stanowisko Sądu I instancji, który w ślad za GKO przyjął, że w tej sytuacji za wystarczające, a więc i zgodne z prawem, uznać należało wskazanie i określenie „alternatywnych sposobów postępowania możliwych do zastosowania w sytuacji w jakiej znalazł się skarżący”. NSA za nieuprawniony uznał pogląd Sądu I instancji, że stosowanie art. 28 ustawy wyłączone jest w odniesieniu do naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Rozpatrując sprawę ponownie WSA w Warszawie, wyrokiem z 4 lutego 2015 r. uznał, że skarga zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym na dzień 28 maja 2015 r. przed GKO została wyznaczona rozprawa. Strona oskarżycielska złożyła wniosek dowodowy o włączenie do akt sprawy wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 20 września 2013 r. oraz uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011 r., dotyczące tej indywidualnej sprawy. GKO zdecydowała o włączeniu kopii obu tych dokumentów do akt sprawy jako materiał dowodowy, dokumenty te zostały także przekazane na rozprawie obrońcy Obwinionego. W ocenie GKO oba dokumenty w sposób tak istotny modyfikowały okoliczności faktyczne badanej sprawy, między innymi rozstrzygając o nieważności umowy z dnia 26 stycznia 2010 r., iż w związku z koniecznością realizacji zasady dwuinstancyjności określonej w art. 72 ust. 1 ustawy,

niezbędne było uchylenie orzeczenia I instancji i przekazanie sprawy Regionalnej Komisji do ponownego rozpatrzenia. Równocześnie GKO przekazała następujące wskazania: Regionalna Komisja, analogicznie jak GKO jest związana wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 4 lutego 2015 r. oraz poprzedzającym to rozstrzygnięcie wyrokiem NSA z dnia 17 czerwca 2014 r. Tym samym ponownie orzekając w sprawie Regionalna Komisja zobowiązana będzie do dokonania oceny charakteru umowy z dnia 26 stycznia 2010 r. biorąc pod uwagę zgodny zamiar stron umowy i cel umowy, a następnie zbadania, czy w świetle tej ponownej oceny zarzucone Obwinionemu czyny wypełniają znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a jeśli tak, czy można je przypisać Obwinionemu i wymierzyć za to karę, uwzględniając przy tym stopień ich społecznej szkodliwości dla finansów publicznych. Należy jednak uwzględnić nowy materiał dowodowy, a przede wszystkim wziąć pod uwagę okoliczność stwierdzenia nieważności umowy z dnia 26 stycznia 2010 r. organ winien przy tym pamiętać o konieczności właściwej realizacji obowiązku dowodzenia popełnienia konkretnego czynu, z którym ustawa wiąże nałożenie na jego sprawcę określonej dolegliwości, w tym obowiązku jednoznacznego wykazania, że doszło do realizacji określonych nią znamion deliktu, a ponadto, o konieczności indywidualizowania danego czynu. W sytuacji dowiedzenia jego popełnienia, także indywidualizowania winy sprawcy, jak i kary orzeczonej za ten czyn. W tym wypadku należy podkreślić, że zarówno GKO, jak Regionalna Komisja, jest związana wskazaniem wyroków obu sądów administracyjnych, jak i skutkami wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 20 września 2013 r. w zakresie stwierdzenia nieważności umowy. W pozostałym zakresie wyżej wskazany wyrok oraz uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011 r. dotyczące tej indywidualnej sprawy, powinny być traktowane wyłącznie jako materiał dowodowy, oceniany stosownie do treści art. 89 ust. 2 ustawy, to jest zasady swobodnej oceny dowodów. Nie ulega też wątpliwości, że w niniejszej sprawie materiał dowodowy powinien być uzupełniony o dowód, z którego by wynikał zgodny zamiar stron i cel umowy stosownie do treści art. 65 Kc.

Rozprawa przed Regionalną Komisją odbyła się w dniach 12 i 26 października 2015 r. Regionalna Komisja na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy przyjęła do stosowania przepisy właściwe do czasu popełnienia czynów, uznając je za względniejsze dla sprawcy. Rozpoznając kwestię przedawnienia karalności naruszenia dyscypliny finansów publicznych Regionalna Komisja uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie wniosków Obrońcy w przedmiocie umorzenia postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ze względu na ustanie karalności z powodu upływu terminu przedawnienia. Regionalna Komisja analizując kwestię relacji art. 38 ust. 1 ustawy w odniesieniu do art. 38 ust. 3 ustawy, uznała ten ostatni przepis za specjalny w stosunku do art. 38 ust. 1 ustawy, a zatem mający pierwszeństwo zastosowania w przypadku zaistnienia zbiegu hipotez norm prawnych obydwu tych przepisów. W tej sprawie należy więc stosować wyłącznie art. 38 ust. 3 ustawy, czyli karalność ustanie po upływie 2 lat od dnia uchylenia prawomocnego orzeczenia GKO wyrokiem WSA z dnia 4 lutego 2015 r. i nastąpi dopiero 5 lutego 2017 r.

Komisja I instancji stwierdziła w uzasadnieniu, w odniesieniu do pierwszego z przypisanych czynów, że przyjęte przez Obwinionego założenia, iż udzielenie zamówienia nie będzie skutkowało wydatkami środków publicznych, mimo że w tej części są prawdziwe, to jednak

nie obrazują w pełni skutków spowodowanych niepieniężną/rzeczową formą rozliczenia się stron omawianego stosunku zobowiązaniowego. Otóż taka forma, mimo że dopuszczalna jest w sferze stosunku cywilno-prawnego, to jednak stoi w sprzeczności z zasadą budżetowania brutto obowiązującą w prowadzeniu gospodarki finansowej gminy przez Urząd Miasta (...), jako samorządową jednostkę budżetową. Oferta miała wymierną wartość wynoszącą 6.380.629,04 zł, zatem rzeczowa forma rozliczenia spowodowała uszczuplenie dochodów sektora finansów publicznych wydobytego gruntu (kopalin) i pozostaje w sprzeczności z art. 111 ustawy o finansach publicznych. Komisja I instancji, uznając przypisany czyn za zawiniony, stwierdziła, że Obwiniony nie przewidywał opisanych wyżej skutków ubocznych, chociaż mógł i powinien je przewidzieć. Stąd wymierzyła karę nagany biorąc przy tym pod uwagę dotychczasową niekaralność Obwinionego.

W odniesieniu do drugiego czynu przypisanego (...), wypełniającego znamiona art. 5 ust.1 pkt 3 ustawy, to umorzenie tej należności było możliwe z zachowaniem innego trybu niż przyjął to Obwiniony, a więc przy zachowaniu zasady określonej art. 68 ust. 2c ustawy o gospodarce nieruchomościami, który to przepis był przepisem szczególnym i powinien zostać zastosowany w tej sprawie, ponieważ zasądzona kwota nie utraciła przymiotu bonifikaty. W konsekwencji nie zastosowanie trybu wynikającego z powyższego przepisu wyczerpuje znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem Komisji I instancji Obwiniony działał jednak ze szczególnych pobudek, a naruszenie miało charakter formalny, a stopień szkodliwości dla finansów publicznych nie był rażący, stąd odstępianie od wymierzenia kary.

Pismem z dnia 26 listopada 2015 r. zostało wniesione odwołanie na korzyść Obwinionego zaskarżające w całości wyżej opisane orzeczenie, któremu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 78 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 38 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania i wydanie orzeczenia po ustaniu karalności,
- 2) art. 153 ustawy prawo postępowania przed sądami administracyjnymi oraz art. 150 ustawy, poprzez uznanie za bezprzedmiotowe wskazań Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie oraz Głównej Komisji Orzekającej w części dotyczącej obowiązku ustalenia charakteru umowy z uwzględnieniem treści ogłoszenia, złożonych ofert, zgodnego zamiaru stron i celu umowy,
- 3) art. 89 ustawy w związku z art. 60b ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieuzasadnione odrzucenie zastrzeżeń do uchwały KIO z dnia 25 maja 2011 r. mimo wykazania przez obrońcę Obwinionego, że w danym stanie faktycznym udzielenia zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego było niedopuszczalne.
- 4) art. 80 ust. 1 ustawy, poprzez pominięcie okoliczności przemawiających na korzyść Obwinionego,
- 5) art. 28 ust. 1 i 1a ustawy w związku z art. 693 § 1 Kc poprzez uznanie, że nastąpiło uszczuplenie dochodów sektora państwowego finansów publicznych o wartość wydobytego gruntu.

W konsekwencji wniesiono o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i umorzenie postępowania.

Na dzień 1 marca 2016 r. została wyznaczona przed GKO rozprawa, na którą stawili obrońca (...) prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy, nie stawił się natomiast Obwiniony (...) prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy. Na rozprawę stawił się również zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Robert Wydra. W trakcie postępowania dowodowego ujawniono i dopuszczono jako dowód kopię wyroku WSA w Warszawie z dnia 4 lutego 2015 r. zawierającą klauzulę wykonalności, z której wynika, że Wyrok uprawomocnił się 4 kwietnia 2015 r. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego strona oskarżycielska wniosła o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy, a strona obwiniona o uchylenie orzeczenia i umorzenie postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę rozpoznając wówczas sprawę Główna Komisja Orzekająca uznała, że, orzeczenie Komisji Orzekającej I instancji z 26 października 2015 r. nie może być utrzymane w mocy. W pierwszej kolejności wskazała, że Komisja Orzekająca naruszyła art. 153 ustawy prawo postępowania przed sądami administracyjnymi oraz art. 150 ustawy, poprzez uznanie za bezprzedmiotowe wskazania Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie oraz Głównej Komisji Orzekającej w części dotyczącej obowiązku ustalenia charakteru umowy z uwzględnieniem treści ogłoszenia, złożonych ofert, zgodnego zamiaru stron i celu umowy. Powyższe wskazania GKO uznała za obowiązujące. Wskazała, że należy je zrealizować, przy uwzględnieniu treści art. 65 Kc, w drodze przesłuchania przedstawiciela oferenta, tj Zakładu (...) oraz Obwinionego, w celu ustalenia celu umowy i zgodnego zamiaru stron, a przede wszystkim potwierdzenia kiedy powstał skryształizowany obraz umowy w kształcie, w której została podpisana. Oczywiście nie ulega wątpliwości, że wyrokiem Sądu Apelacyjnego umowa została unieważniona, w tym zakresie należy jednak zbadać, czy skutek unieważnienia nastąpił *ex nunc*, czy też *ex tunc*. Nie ulega też wątpliwości w świetle tego wyroku, że umowa narusza prawo, ale wyjaśnienie okoliczności obowiązku ustalenia charakteru umowy z uwzględnieniem treści ogłoszenia, złożonych ofert, zgodnego zamiaru stron i celu umowy pozwoli właściwie ocenić winę sprawcy, jej stopień oraz stopień szkodliwości działań sprawcy dla finansów publicznych.

Oceniając wówczas odwołanie Główna Komisja Orzekająca uznała, że nie doszło jednak do naruszenia:

- 1) art. 78 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 38 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania i wydanie orzeczenia po ustaniu karalności, gdyż do przedawnienia karalności nie doszło, a Regionalna Komisja uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie wniosek Obrońcy w przedmiocie umorzenia postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ze względu na ustanie karalności z powodu upływu terminu przedawnienia. Regionalna Komisja analizując kwestię relacji art. 38 ust. 1 ustawy w odniesieniu do art. 38 ust. 3 ustawy, uznała ten ostatni przepis za specjalny w stosunku do art. 38 ust. 1 ustawy, a zatem mający pierwszeństwo zastosowania w przypadku zaistnienia zbiegu hipotez norm prawnych obydwu tych przepisów. Słusznie zatem podniesiono, że w tej sprawie należy

stosować wyłącznie art. 38 ust. 3 ustawy, czyli karalność ustanie po upływie 2 lat od dnia uchylecia prawomocnego orzeczenia GKO. Różnica dotyczy tylko sposobu liczenia, gdyż kluczowym momentem jest uprawomocnienie się wyroku WSA z dnia 4 lutego 2015 r., które miało miejsce 4 kwietnia 2015 r. a zatem przedawnienie nastąpiłoby 4 kwietnia 2017 r.;

- 2) art. 89 ustawy w związku z art. 60b ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieuzasadnione odrzucenie zastrzeżeń do uchwały KIO z dnia 25 maja 2011 r. mimo wykazania przez obrońcę Obwinionego, że w danym stanie faktycznym udzielenia zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego było niedopuszczalne, gdyż oczywiście komisja miała prawo wskazać alternatywny legalny sposób działania sprawy;
- 3) art. 80 ust. 1 ustawy, poprzez, pominięcie okoliczności przemawiających na korzyść Obwinionego, gdyż Regionalna Komisja uwzględniła również okoliczności na korzyść sprawy;
- 4) art. 28 ust. 1 i 1a ustawy w związku z art. 693 § 1 Kc, poprzez uznanie, że nastąpiło uszczuplenie dochodów sektora państwowego finansów publicznych o wartość wydobytego gruntu, gdyż Regionalna Komisja miała prawo dokonywać takich kalkulacji, zwłaszcza, że to Zamawiający zawarł umowę mieszaną, trudną do identyfikacji, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Główna Komisja Orzekająca podkreśliła jednocześnie, że orzeczenie z 26 października 2015 r. narusza art. 37 ustawy, bowiem dwukrotnie orzekła o karze wymierzając za pierwszy z przypisanych czynów karę nagany, a za drugi odstępując od wymierzenia kary. W tym zakresie również nakazała dokonać korekty, przy czym zwróciła uwagę, że za dopuszczalne należałoby uznać orzeczenie kary za jeden czyn, a w stosunku do drugiego z czynów zastosowanie art. 28 ustawy, oczywiście jeśli w ocenie Regionalnej Komisji zaistnieją ku temu podstawy merytoryczne.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca uchyliła orzeczenie z 26 października 2015 r. i przekazała sprawę do ponownego rozpoznania.

Następnie Regionalna Komisja Orzekająca orzeczeniem z dnia 13 czerwca 2016 r., uznała (...), pełniącego w czasie popełnienia zarzucanych czynów funkcję Burmistrza Miasta (...) winnym naruszeń dyscypliny finansów publicznych:

- 1) określonego art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy (obowiązującego w dacie popełnienia czynu i w dacie wniesienia wniosku o ukaranie) oraz w tym samym brzmieniu art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy (obowiązującego w dacie orzekania), polegającego na udzieleniu w dniu 26 stycznia 2010 r.) Zakładowi (...), który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, zamówienia na wykonywanie robót budowlanych – wykopów pod nieckę składowania odpadów i niecki składowania odpadów zawierających azbest dla budowy (...) o wartości 6.380.629,04 zł netto, a więc

wbrew przepisom art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (obowiązującym w tym samym brzmieniu zarówno w dacie popełnienia czynu, jak i w dacie orzekania);

- 2) określonego w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy (obowiązującego w dacie popełnienia czynu i w dacie wniesienia wniosku o ukaranie) polegającego na umorzeniu w dniu 2 października 2008 r. – z naruszeniem art. 68 ust. 2c ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami – należności Miasta (...) w wysokości 10.792,00 zł z tytułu zwrotu części kwoty udzielonej bonifikaty od ceny lokalu zasądzonej od (...) wyrokiem Sądu Rejonowego w (...) z dnia 22 sierpnia 2007 r. (sygn.. akt I C 67/07).

Regionalna Komisja Orzekająca odstąpiła wobec Obwinionego od wymierzenia kary i obciążyła go kosztami postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 291,71 zł.

Na rozprawie w dniu 13 czerwca 2016 r. Komisja Orzekająca I instancji przesłuchała Obrońcę Obwinionego (...) pełniącego w dacie popełnienia czynów funkcję zastępcy Burmistrza Miasta (...)(...) nie stawił się na rozprawę prawidłowo powiadomiony o jej terminie. Przesłuchanie przedstawiciela oferenta w ocenie Komisji Orzekającej I instancji nie było możliwe, z uwagi na fakt, iż firma jest postawiona w stan upadłości likwidacyjnej.

W niniejszej sprawie Komisja Orzekająca I instancji uznała, że powyższą umowę można zakwalifikować jako umowę barterową (również podlegającą ustawie Prawo zamówień publicznych) lub umowę mieszaną. Bez względu jednak na jej charakter prawny jest to umowa, podlegająca Prawu zamówień publicznych. Tym samym doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w sposób opisany w sentencji orzeczenia. Z kolei oceniając czyn w aspekcie wymiaru kary uwzględniono, jako okoliczność łagodzącą, działanie Obwinionego ze szczególnych pobudek, czyli w celu uniknięcia poniesienia wydatku z budżetu Miasta (...). W odniesieniu do drugiego z zarzucanych czynów, Główna Komisja Orzekająca przekazując sprawę do ponownego rozpoznania nie sformułowała w tym zakresie żadnych zaleceń, w związku z tym Komisja Orzekająca I instancji nie dokonała zmiany oceny prawnej tego czynu.

Pismem z dnia 15 lipca 2016r. zostało wniesione odwołanie na korzyść Obwinionego zarzucające orzeczeniu I instancji:

- 1) naruszenie art. 150 ust. 2 ustawy, poprzez niezrealizowanie wskazań Głównej Komisji Orzekającej co do dalszego postępowania w zakresie ustalenia celu umowy, zgodnego zamiaru stron, potwierdzenia kiedy powstał jednoznaczny obraz umowy w kształcie, w której została podpisana wskutek zaniechania przesłuchania oferenta, a ponadto nie wyjaśniono czy skutek unieważnienia umowy nastąpił ex nunc, czy też ex tunc;
- 2) naruszenie art. 80 ust. 1 ustawy, poprzez niezbadanie okoliczności przemawiających na korzyść Obwinionego, to jest celu kwestionowanej umowy oraz oferty firmy (...), która oprócz wykonania robót i dostaw zaoferowała Miastu wynagrodzenie w kwocie 1 mln zł;

- 3) naruszenie art. 78 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania wobec Obwinionego, który został ukarany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a orzeczenie o ukaraniu wykonano;
- 4) naruszenie art. 91 w zw. z art. 75 ust. 3 i art. 76 ustawy, poprzez przesłuchanie obrońcy jako świadka w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych;
- 5) naruszenie art. 153 ustawy prawo o postępowaniu przed sadami administracyjnymi, poprzez oparcie orzeczenia na poglądzie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, który został uchylony wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego;
- 6) naruszenie art. 17 ust. 1b pkt 1 w związku z art. 89, 137 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 148 ustawy, poprzez niewyjaśnienie jaki tryb zamówienia publicznego powinien zostać zastosowany przez Obwinionego.

Mając powyższe na uwadze, wniesiono o umorzenie postępowania, ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu - pkt 3 uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości oraz przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia.

Na dzień 24 października 2016 r. została wyznaczona przed GKO rozprawa. Na rozprawę nie stawił się (...), prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy. Na rozprawę stawił się obrońca Obwinionego (...). GKO odroczyła rozprawę w celu wezwania świadków. Na rozprawę odroczoną na 1grudnia 2016 r. stawiła się świadek (...). Na rozprawę stawił się również Paweł Laudański Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych oraz obrońca Obwinionego. Natomiast na rozprawę nie stawił się świadek (...) usprawiedliwiając swoją nieobecność dostarczając pocztą e-mail, przed rozprawą, zwolnienie lekarskie.

Świadek (...) na pytania Przewodniczącego składu orzekającego GKO stwierdziła, że w styczniu 2010 r. nie decydowała bezpośrednio o działaniach firmy, ale czyniła to wspólnie z pozostałymi współnikami. Świadek potwierdziła, iż pamięta moment podpisania umowy z Miastem (...), według świadka podpisanie umowy było poprzedzone przetargiem, natomiast nie pamięta ilości spotkań. W wyniku dalszego przesłuchania świadek potwierdził, że na pewno podpisano dwa egzemplarze umowy, ale czy więcej tego nie wie oraz stwierdziła, iż nie pamięta charakteru prawnego umowy. Zdaniem (...) celem umowy było pozyskanie piasku czyli materiału z wykopu, a cel ten zdaniem świadka był akceptowany przez Miasto (...). W ocenie świadka dopiero po pewnym czasie Zakład (...) zaczął się orientować, że umowa narusza prawo, wiedziano natomiast, iż przed podpisaniem umowy jakaś firma nie zgadzała się z wyborem oferenta, ale do podpisania umowy jednak doszło. (...) nie zdawała sobie sprawy, że umowa nie została zawarta w trybie zamówień publicznych. Kolejne pytania zadawał Obrońca Obwinionego. Ponadto, na pytanie członka składu GKO Marka Głucha, (...) zeznała, że przedmiotem umowy, którą zawarto, miała być usługa zawarta i wykonana oraz nie było podstaw do domniemania czegokolwiek, a celem Spółki było pozyskanie kruszywa przy równoczesnym uporządkowaniu terenu i wykonaniu niecek. Usługa ta miała

przynieść firmie zysk. Na pytanie Przewodniczącego składu GKO (...) potwierdziła, że cel i zamiar firmy był zgodny z literalnym brzmieniem umowy. Na tym przesłuchanie zakończono.

Na rozprawie w dniu 1 grudnia 2016 r. GKO uchyliła postanowienie dowodowe o przesłuchaniu świadka (...), gdyż zeznania świadka (...) okazały się wystarczające. Strony nie wniosły o uzupełnienie materiału dowodowego.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca po zamknięciu rozprawy utrzymała w mocy zaskarżone Orzeczenie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania należy stwierdzić, co następuje.

- 1) Nie naruszono art. 150 ust. 2 ustawy - poprzez niezrealizowanie wskazań Głównej Komisji Orzekającej co do dalszego postępowania w zakresie ustalenia celu umowy, zgodnego zamiaru stron, potwierdzenia kiedy powstał jednoznaczny obraz umowy w kształcie, w której została podpisana wskutek zaniechania przesłuchania oferenta, a ponadto nie wyjaśniono czy skutek unieważnienia umowy nastąpił ex nunc, czy też ex tunc - w taki sposób, aby nie można było tych uchybień poprawić na etapie postępowania II-instancyjnego. Główna Komisja Orzekająca ustaliła bowiem, że w świetle zgromadzonego wcześniej materiału dowodowego i przesłuchania świadka (...), zawarto umowę mieszaną, zgodną z jej literalną treścią, będącą wynikiem nielegalnych negocjacji z oferentem, niewątpliwie podlegającą ustawie Prawo zamówień publicznych, której w sprawie nie zastosowano, a sama umowa czytelnie identyfikuje cel i zgodny zamiar stron. Skutek unieważnienia umowy ma moc wsteczną od daty zawarcia umowy, a zatem wszystkie skutki prawne umowy należy uznać za nielegalne i pozbawione podstawy prawnej.
- 2) Nie naruszono art. 80 ust. 1 ustawy, poprzez niezbadanie okoliczności przemawiających na korzyść Obwinionego, to jest celu kwestionowanej umowy i oraz oferty firmy (...), która oprócz wykonania robót i dostaw zaoferowała Miastu wynagrodzenie w kwocie 1 mln zł, gdyż te okoliczności były brane pod uwagę i stanowiły podstawę do odstąpienia od wymierzenia kary.
- 3) Nie naruszono art. 78 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania wobec Obwinionego, który został ukarany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a orzeczenie o ukaraniu wykonano. W świetle obowiązujących przepisów nie nastąpiło wykonanie zaskarżonego do sądu orzeczenia. Nie można utożsamiać wykonania orzeczenia (dział V, rozdział 3, art. 153 – 156 ustawy) z obligatoryjnym wpisem do rejestru prowadzonego przez Główną Komisję Orzekającą prawomocnego orzeczenia (na podstawie art. 188 w związku z art. 142 ustawy) – porównaj postanowienie NSA z 18 stycznia 2011 r., sygn.. II GZ 445/10.
- 4) Nie naruszono art. 91 w zw. z art. 75 ust. 3 i art. 76 ustawy, poprzez przesłuchanie obrońcy jako świadka w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sposób istotny, który powodowałby naruszenie zasad procedury regulującej dochodzenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż

to strona Obwiniona powołała na obrońcę swojego byłego pracownika, z uprawnieniami radcy prawnego, który wcześniej uczestniczył w faktycznych czynnościach będących przedmiotem niniejszego postępowania o zamówieniach publicznych. Jeżeli radca prawny - obrońca miał wątpliwości co do charakteru prawnego dokonanej wobec niego czynności mógł powołać się na ustawę o radcach prawnych i odmówić uczestnictwa w czynnościach dowodowych.

- 5) Nie naruszono art. 153 ustawy prawo o postępowaniu przed sadami administracyjnymi, poprzez oparcie orzeczenia na poglądzie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, który został uchylony wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego. Należy zaznaczyć, że Komisja Orzekająca miała dokonać dodatkowych ustaleń. W świetle zgromadzonych dowodów, w szczególności wyroku unieważniającego umowę cywilnoprawną miała prawo i obowiązek ustalić i ocenić przebieg zdarzeń i to zrobiła. GKO, po przeprowadzeniu dodatkowego postępowania dowodowego, potwierdziła trafność orzeczenia Regionalnej Komisji. W tym kontekście jej ustaleń nie podważa to, że są one częściowo zbieżne z ustaleniami zawartymi w uchylonym wyroku WSA.
- 6) Nie naruszono art. 17 ust. 1b pkt 1 w związku z art. 89, 137 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 148 ustawy, poprzez niewyjaśnienie jaki tryb zamówienia publicznego powinien zostać zastosowany przez Obwinionego, gdyż z założeń ustawy Prawo zamówień publicznych można przyjąć tezę, iż w razie wątpliwości co do wyboru trybu, zastosować należy podstawowe tryby, to jest przetarg nieograniczony oraz ograniczony (art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a kwestią kluczową niniejszej sprawy jest niezastosowanie właśnie w ogóle ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 7) Od Obwinionego – kierownika jednostki sektora finansów publicznych można było i należało wymagać znajomości zasad udzielania zamówień publicznych. Powinien był wiedzieć, że udzielenie zamówienia publicznego powinno być poprzedzone procedurą udzielania takich zamówień. Od Burmistrza należy także wymagać znajomości przepisów prawa w zakresie udzielania ulg w spłacie należności przypadających jednostce, którą kieruje, w szczególności, że działanie takie wiązało się z działaniem bez stosownej zgody organu uchwałodawczego jednostki samorządu terytorialnego, co w konsekwencji skutkowało z niezgodną z prawem rezygnacją z należnego prawem dochodu jednostki sektora finansów publicznych.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę należy stwierdzić, iż orzeczenie I instancji zasługuje na utrzymanie. Wina sprawcy obydwu czynów nie budzi wątpliwości, co do możliwości innego legalnego zachowania, stopień szkodliwości jest również adekwatny do zastosowanej przez I instancję reakcji karnej i skutku w postaci uznania winy, ale odstąpienia od wymierzenia kary. Działanie i zaniechanie Obwinionego nie wywołało bowiem istotnej szkody dla finansów publicznych, ale naruszyło, ważne zasady obowiązujące jednostki sektora finansów publicznych. Nie można przecież zaakceptować zachowań lekceważących istotne procedury udzielania zamówień publicznych, czy też - w realiach niniejszej sprawy -

niezbywalne kompetencje organu uchwałodawczego jednostki samorządu terytorialnego w zakresie wyrażania zgody na udzielenie ulgi w spłacie należności przypadającej takiej jednostce, co w konsekwencji doprowadziło do nielegalnego czynu Obwinionego. Uznanie, że takie zachowania (dotyczące w jednym przypadku dużego zamówienia publicznego a w drugim niebagatelnej kwoty) są znikomo szkodliwe dla finansów publicznych, mogłoby utwierdzić Obwinionego, i inne osoby gospodarujące środkami publicznymi, że mogą pobieżnie zapoznawać się z przepisami określającymi podstawowe zasady funkcjonowania kierowanymi jednostkami. Po uzupełnieniu materiału dowodowego w postaci przesłuchania świadka w postępowaniu II instancji należy stwierdzić, że zarówno obiektywne wyjaśnienie stanu faktycznego, jak i kwestii prawnych są wystarczające i adekwatne do reakcji prawnej zastosowanej w I instancji.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.