



ORZECZENIE
GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 28 lipca 2014 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Tomasz Słaboszowski (spr.)</i>
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	<i>Przemysław Szelerski</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Jacek Najfeld</i>
Protokolant:		Bartosz Gluszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 28 lipca 2014 r., odwołania wniesionego przez Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwego w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie na niekorzyść Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 25 marca 2014 r., sygn. akt: (...), którym:

I. na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, uniewinniono Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w ten sposób, że w dniu 14 października 2010 r., reprezentując Gminę Miejską (...), podpisał umowę nr 1/10/2010 z konsorcjum reprezentowanym przez spółkę z o.o. występującą pod firmą (...), o wartości brutto 91500 zł na roboty dodatkowe w zakresie zaprojektowania i budowy drenażu opaskowego na zadaniu – Budowa kompleksu rekreacyjno-rehabilitacyjnego (...), udzielając zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przesłanek stosowania tego trybu określonych w art. 67 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych;

II. uznano Obwinionego:

1. za odpowiedzialnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że od 09 września 2011 r. do 03 czerwca 2012 r., nie dochodził od konsorcjum reprezentowanego przez (...) należności Gminy Miejskiej (...), w kwocie 5562747,25 zł, z tytułu kar umownych za nieterminowe usuwanie usterek w wybudowanym kompleksie rekreacyjno-

rehabilitacyjnym przez wykonawcę, przewidzianych w § 11 ust. 1 pkt 4-5 umowy nr 1/01/2010 z dnia 2 lutego 2010 r. dotyczącej budowy kompleksu rekreacyjno-rehabilitacyjnego (...), w tym: od dnia 09 września 2011 r. do 03 czerwca 2012 r. kwoty 1837000,25 zł z tytułu kar umownych ze nieterminowe usunięcie usterek w dniu 09 września 2011 r. zamiast do dnia 30 czerwca 2011 r., od dnia 18 listopada 2011 r. do 03 czerwca 2012 r. kwoty 1009056,48 zł z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek w dniu 18 listopada 2011 r. zamiast do dnia 10 października 2011 r., od dnia 06 lutego 2012 r. do 03 czerwca 2012 r. kwoty 1759380,53 zł z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek w dniu 06 lutego 2012 r. zamiast do 31 listopada 2011 r., od dnia 07 maja 2012 r. do 03 czerwca 2012 r. kwoty 957309,99 zł z tytułu kar umownych za nie usunięcie w terminie do dnia 31 marca 2012 r. usterek, które nie zostały usunięte do dnia 07 maja 2012 r., z naruszeniem art. 42 ust. 5, art. 254 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.) o finansach publicznych, w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 listopada 2003 o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U z 2010 r. Nr 80, poz. 526 z późn. zm.);

2. za odpowiedzialnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na tym, że: zmienił zawartą przez Gminę Miejską (...) w dniu 2 lutego 2010 r. umowę nr 1/01/2010 zawartą z konsorcjum reprezentowanym przez (...), po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kompleksu rekreacyjno-rehabilitacyjnego (...), poprzez podpisanie w dniu 07 lutego 2011 r. aneksu do umowy, którym zmienił zakres rzeczowy robót budowlanych, z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

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

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 oraz z 2012 r. poz. 1529) 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 25 marca 2014 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Olsztynie (dalej zwana RKO) uniewinniła - na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust.3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej ustawą) – (...) Burmistrza Miasta (...) od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, polegającego na tym, że w dniu 14 października 2010 r. reprezentując Gminę Miejską (...), podpisał umowę nr 1/10/2010 z konsorcjum reprezentowanym przez spółkę z o.o. występującą pod firmą (...), o wartości brutto 91500 zł na roboty dodatkowe w zakresie zaprojektowania i budowy дренаżu opaskowego na zadaniu – Budowa kompleksu rekreacyjno-rehabilitacyjnego (...), udzielając zamówienia publicznego w

trybie z wolnej ręki z naruszeniem przesłanek stosowania tego trybu określonych w art. 67 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

RKO następnie uznała (...) odpowiedzialnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy polegającego na tym, że od 9 czerwca 2011 r. do 3 czerwca 2012 r. nie dochodził od konsorcjum reprezentowanego przez spółkę z o.o. występującą pod firmą (...) należności Gminy Miejskiej (...) w kwocie 5.562.747,25 zł z tytułu kar umownych za nieterminowe usuwanie usterek w wybudowanym kompleksie rekreacyjno-rehabilitacyjnym przez wykonawcę, przewidzianych w § 11 ust. 1 pkt 4 – 5 umowy nr 1/01/2010 z dnia 2 lutego 2010 r. dotyczącej budowy kompleksu rekreacyjno-rehabilitacyjnego (...), w tym:

1) od dnia 09 września 2011 r. do 03 czerwca 2012 r. kwoty 1.837.000,25 zł z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek w dniu 9 września 2011 r. zamiast do dnia 30 czerwca 2011 r.,

2) od dnia 18 listopada 2011 r. do 03 czerwca 2012 r. kwoty 1.009.056,48 zł z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek w dniu 18 listopada 2011r. zamiast do dnia 10 października 2011 r.,

3) od dnia 6 lutego 2012 r. do 03 czerwca 2012 r. kwoty 1.759.380,53 zł z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek w dniu 06 lutego 2012r r. zamiast 30 listopada 2011r.,

4) od dnia 7 maja 2012 r. do 3 czerwca 2012 r. kwoty 957.309,99 zł z tytułu kar umownych za nie usunięcie w terminie do dnia 31 marca 2012 r. usterek, które nie zostały usunięte do dnia 7 maja 2012 r.,

z naruszeniem art. 42 ust. 5, art 254 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego.

RKO uznała również (...) za odpowiedzialnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 6 ustawy, polegającego na tym, że zmienił zawartą przez Gminę Miejską (...) w dniu 2 lutego 2010 r. umowę nr 1/01/2010 zawartą z konsorcjum reprezentowanym przez spółkę z o.o. występującą pod firmą (...), poprzez podpisanie w dniu 7 lutego 2011 r. aneksu do umowy, którym zmienił zakres rzeczowy robót budowlanych, z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji RKO wymierzyła Obwinionemu karę upomnienia oraz obciążyła Go kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. Rzecznik dyscypliny finansów publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez RKO wniósł odwołanie na niekorzyść (...) wnosząc o uchylenie orzeczenia RKO w części, co do kary i wymierzenie Obwinionemu kary nagany oraz o uchylenie orzeczenia w zakresie uniewinnienia na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 ustawy od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy oraz orzeczenie, iż zachodzą przesłanki uniewinnienia na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy.

Orzeczeniu RKO Rzecznik zarzucił obrazę przepisów – art. 33 ust. 1 i 2, art. 34 a ustawy, poprzez wymierzenie Obwinionemu kary upomnienia, gdy w świetle zebranego materiału dowodowego zasadne było wymierzenie kary nagany oraz art. 78 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że zachodziły przesłanki do udzielenia w dniu 10 października 2010 r. zamówienia publicznego z wolnej ręki, gdy takie przesłanki nie zachodziły. Natomiast, zdaniem strony oskarżycielskiej, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy w związku ze zmianą treści art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Obwinionego należy uniewinnić od zarzucanego czynu na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy, ale z uwagi na brak znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu odwołania strona oskarżycielska podniosła, iż w niniejszej sprawie stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie

naruszeń nie jest względniejsza dla sprawcy. Wykładnia art. 34 a ustawy wskazuje, że nie ma podstaw do wymierzenia kary pieniężnej, z uwagi na brak związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zaniechaniami sprawcy, a poniesieniem nieodwracalnego uszczerbku finansowego. W ocenie oskarżenia, doszło jednak do zaniechania działania kierownika jednostki w każdym dniu, w którym należności powinien dochodzić, a nie dochodził, zatem popełniał czyn każdego dnia po dniu, w którym powinien dochodzić należności. Przy ocenie skutku finansowego można w ocenie oskarżenia brać pod uwagę regulację rozdziału XIV „Objaśnień wyrażeń ustawowych” ustawy z dnia 6 czerwca 1997r. Kodeks karny (Dz. U. z 1997r. Nr 88, poz. 553 ze zm.). Art. 15 § 5 kk definiuje tam pojęcie mienia znacznej wartości – jest nim mienie, którego wartość przekracza w czasie popełnienia czynu zabronionego 200.000 zł. § 6 art. 115 kk ustawodawca wskazał natomiast, że mieniem wielkiej wartości jest mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 1.000.000 zł. W niniejszej sprawie (...) nie dochodził należności na kwotę przeszło 5 razy większą, niż określona w kodeksie karnym kwota definiująca mienie wielkiej wartości. Sama wielkość niedochodzonej należności oraz fakt popełnienia dwóch czynów uzasadniają wymierzenie kary pieniężnej. W myśl art. 28 ust. 1 a i ust. 2 pkt 1 ustawy przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki naruszenia, biorąc pod uwagę w szczególności wysokość uszczuplonych środków publicznych.

Odnosnie uniewinnienia na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 ustawy - w ocenie oskarżenia - RKO błędnie przyjęła za niewadliwe zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2014, poz. 423) z dniem 16 kwietnia 2014 r. znowelizowano art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego aktualnie wynika, że ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 Euro. Tym samym należy Obwinionego uniewinnić, ale z innej podstawy prawnej, to jest z przepisu art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Pismem z dnia 8 maja 2014 r. (...) wniósł uwagi do odwołania podnosząc, iż odwołanie w części, co do kary nie zasługuje na uwzględnienie albowiem prowadziłoby to do zaostrzenia odpowiedzialności poprzez niedozwoloną nadinterpretację zarówno ustalonego bezspornie stanu faktycznego, jak też obowiązujących przepisów prawa, na podstawie których prowadzono postępowanie i wymierzono karę. Odwołanie się do przepisów Kodeksu karnego nie ma podstaw prawnych i narusza zasady szczególnego postępowania, jakim jest postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Na dzień 28 lipca 2014 r. została wyznaczona rozprawa, na którą stawiał się (...) prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy, stawiał się także Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Paweł Laudański.

Strona oskarżycielska wniosła o zmianę podstawy prawnej uniewinnienia Obwinionego w zakresie naruszenia art. 17 ust. 6 ustawy, tj. z art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy na art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy, natomiast podwyższenie wymiaru kary, oskarżenie pozostawiło ocenie składowi orzekającemu GKO. Obwiniony wniósł o utrzymanie wymierzonej mu kary upomnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający GKO zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rzecznik I instancji błędnie przyjął założenie, że w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy doszło do zaniechania działania kierownika jednostki w każdym dniu, w którym należności powinien dochodzić, a nie dochodził, zatem popełniał czyn każdego dnia po dniu, w którym powinien dochodzić należności. Wywód ten stoi w sprzeczności z literalną treścią art. 21 ustawy, który w zdaniu drugim stwierdza, że za czas, w którym sprawca zaniechał działania uważa się dzień

następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić. Przepis ten wszedł, co prawda, w życie dopiero 12 lutego 2012 r., niemniej jednak to oskarżenie stwierdziło, że do niniejszej sprawy należy stosować przepisy nowe, a zatem także znowelizowany art. 21 ustawy. Skład orzekający GKO również uwzględniając art. 24 ust. 1 ustawy przyjął stosowanie przepisów nowych do badania niniejszej sprawy, przy czym rozstrzygający w tym zakresie jest właśnie znowelizowany art. 21 ustawy odrzucający w stosunku do Obwinionego konstrukcję zaniechania ciągłego i obniżający w okolicznościach tej konkretnej sprawy stopień szkodliwości zaniechania sprawcy dla finansów publicznych do stopnia, w którym można stwierdzić, iż nie jest on znaczny dla finansów publicznych. Trudno odmówić w tym zakresie racji RKO, która uwzględniła w zakresie wymiaru kary próbę usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to jest wniesienie sprawy przed Sąd Rejonowy w (...), w celu dochodzenia roszczeń miasta (...). Trzeba brać pod uwagę również treść zawartej przez Gminę Miejską (...) ugody z dnia 27 czerwca 2013 r. zatwierdzonej sądownie, co w konsekwencji powoduje, iż nie można twierdzić, iż istnieje realne uszczuplenie wartości kar umownych, których dochodzenie wymaga, w razie braku zgody kontrahenta, uruchomienia właśnie postępowania sądowego. Jeżeli podważa się natomiast legalność zawartej ugody należałoby najpierw podjąć odrębną procedurę jej uchylecia, a dopiero później wywodzić z tego faktu odpowiednie skutki prawne. Wymierzenie w tej konkretnej sprawie kary nagany wymagałoby również bardziej wnikliwej analizy art. 24 ust. 1 ustawy, z uwagi na fakt, iż podstawą tego zaostrzenia byłyby przepisy powołane przez oskarżenie, to jest art. 34 a i 28 ust. 1 a i ust. 2 pkt 1 ustawy, które weszły w życie lub zostały zmienione 12 lutego 2012 r., a zaznacza się, że czyn z art. 17 ust. 6 ustawy i znaczna część czynu z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy zostały popełnione przed tą datą. Kontrowersje budzi również bezpośrednie odwoływanie się oskarżenia do Kodeksu karnego w zakresie definicji pojęcia mienia znacznej wartości – jest nim mienie, którego wartość przekracza w czasie popełnienia czynu zabronionego 200.000 zł oraz mienia wielkiej wartości - jest nim mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 1.000.000 zł. Oczywiście taka analogia niebezpośrednia może być pomocna przy ocenie stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych jako znacznego (w ocenie składu orzekającego GKO stosowanie tych przepisów bezpośrednio jest niedopuszczalne), ale z uwzględnieniem faktu, iż ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie definiuje pojęcia środków znacznej wysokości, znacznej wartości oraz wielkiej wartości. Zakładając racjonalność ustawodawcy w tym zakresie, do czego skład orzekający GKO, jako organ stosujący prawo jest zobowiązany, należy przyjąć, iż nie da się tych pojęć zdefiniować jedynie w zakresie konkretnych kwot uszczupleń, ale trzeba się również odnieść do wielkości kwot, którymi konkretny podmiot dysponuje, a zatem w tym zakresie do wielkości budżetu Gminy Miejskiej (...). Takiego wywodu w argumentach strony oskarżycielskiej zabrakło.

W odniesieniu do zmiany podstawy prawnej uniewinnienia od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów z art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy, z art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy na art. 78 ust. 1 pkt 2 należy stwierdzić, że modyfikacja taka nie wywołałaby żadnego skutku materialnego, tym bardziej, iż skład orzekający GKO przychyliła się do oceny prawnej RKO. Skład orzekający GKO nie musi jednak już powyższej kwestii badać w sposób bardziej szczegółowy z uwagi na treść art. 24 ust. 1 ustawy, przy równoczesnym stwierdzeniu, że nowelizacja art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie 16 kwietnia 2014 r., może skutkować również uniewinnieniem Obwinionego na podstawie art. 78 ust. 1 pkt 1 ustawy. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.