



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

Warszawa, dnia 3 kwietnia 2017 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Tomasz Słaboszowski</b> ( <i>spr.</i> )
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Maciej Berek</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Ireneusz Piasecki</b>
Protokolant:		<b>Anna Jedlińska</b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Jacka Krawczyka**,

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia i 3 kwietnia 2017 r. odwołania Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie z dnia 20 września 2016 r., sygn. akt RIO-52/DFP-35/2016, RIO-52/DFP-36/2016, na niekorzyść Obwinionych:

- 1) (X), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Prezydenta Miasta (...),
- 2) (Y), pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Sekretarza Miasta (...),

których uniewinniono od stawianych im zarzutów naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonych w art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegających na (cytat z orzeczenia) „zawarcia w dniu 7 sierpnia 2014 r. w formie aktu notarialnego umowy najmu między firmą Przedsiębiorstwo (...),

## **Sygn. akt BDF1.4800.79.2016**

a Gminą (...), w której imieniu umowę podpisał, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 sierpnia 2014 r. (nr Rep. A 3699/2014) udzielonego przez Prezydenta Miasta (...) – p. (X), p. (Y), pełniącego w chwili popełnienia czynu funkcję Sekretarza Miasta (...).

Czynem tym naruszono art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), dalej „ustawa Pzp”, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę legalizmu, o której mowa w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp, w tym w zw. z art. 48 ust. 1 ustawy Pzp, przez zawarcie w dniu 7 sierpnia 2014 r. bez stosowania przepisów ustawy umowy najmu, zawierającej konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane.”

oraz obciążyła Skarb Państwa kosztami postępowania w wysokości 291,71 zł,

### **orzeka**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 146 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 z późn. zm.) uchyla zaskarżone orzeczenie w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie.**

### **Pouczenie:**

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

### **Uzasadnienie**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Lublinie (zwana dalej Komisją I instancji) rozpoznała sprawę na rozprawie w dniu 9 czerwca i 15 września 2016 r. i uniewinniła Krzysztofa (X) - Prezydenta Miasta (...) oraz (Y) - Sekretarza Miasta (...) od zarzutu zawarcia w dniu 7 sierpnia 2014 r. w formie aktu notarialnego umowy najmu między firmą Przedsiębiorstwo (...), a Gminą (...), czym zdaniem Rzecznika naruszono art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasadę legalizmu, o której mowa w art. 7 ust. 3 w związku z art. 40 ust.

w związku z art. 48 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, bowiem umowa zawierała konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane, co wypełnia znamiona czynów określonych w art. 17 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 1b 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 z późn. zm.) zwanej dalej uondfp. Komisja I instancji uznała, że ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy doszło do zawarcia umowy najmu rzeczy przyszłej – mającego powstać w przyszłości obiektu budowlanego, a nie umowy na roboty budowlane.

Komisja I instancji rozważając stan prawny, przyjęła za podstawę wydawanego w sprawie rozstrzygnięcia stan prawny z dnia 7 sierpnia 2014 r. Wskazała, że stosownie do art. 24 uondfp, jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową z tym, że należy stosować ustawę obowiązującą w chwili popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Komisja I instancji ustaliła, że działania sprawców miały miejsce w 2014 r., a zakończyły się w listopadzie 2015 r. rozwiązaniem umowy najmu. W tym okresie w przypadku przepisów prawa materialnego obowiązywały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym przez ustawę - Prawo zamówień publicznych z 9 sierpnia 2013 r. (Dz. U. poz. 907), w dacie zaś orzekania obowiązywały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z 22 grudnia 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) z istotnymi zmianami wprowadzonymi ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020). Jeżeli chodzi o przepisy uondfp, to w chwili popełnienia naruszenia obowiązywały przepisy ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r. poz. 1529), natomiast w dacie orzekania obowiązywały przepisy ze zmianami wprowadzonymi do uondfp, ustawą o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. poz. 1020). Komisja I instancji zastosowała w sprawie przepisy obowiązujące w chwili naruszenia uznając, iż są one względniejsze dla sprawców. Badając sprawę zwrócono uwagę na brzmienie art. 4 pkt 3 lit. i ustawy - Prawo zamówień publicznych stwierdzając, że w momencie zawierania przedmiotowej umowy ustawodawca wyłączył umowy najmu spod reżimu stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wymieniony przepis w ocenie Komisji I instancji dotyczył nie tylko budynków istniejących, ale również mających powstać w przyszłości, zatem

## Sygn. akt BDF1.4800.79.2016

w chwili popełnienia czynu w obowiązującym wówczas stanie prawnym nie doszło do naruszenia wyżej wymienionego przepisu, co powoduje uznanie, iż Obwinieni czynów zarzuconych nie popełnili i w konsekwencji prowadzi to do ich uniewinnienia.

Od powyższego orzeczenia Rzecznik I instancji wniósł odwołanie na niekorzyść Krzysztofa (X) i (Y), zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, bowiem wbrew zgromadzonemu materiałowi dowodowemu przyjęto, iż Obwinieni zawarli umowę najmu rzeczy przyszłej, w sytuacji zawarcia umowy posiadającej konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane, co podlegało rygorom ustawy - Prawo zamówień publicznych,
- 2) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 4 pkt 3 lit. i ustawy - Prawo zamówień poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że wymieniony przepis w dacie popełnienia czynu zezwalał na zawarcie umowy najmu budynków nieistniejących z pominięciem rygorów wyżej wymienionej ustawy,
- 3) obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 89 ust. 1 uondfp poprzez nierozpatrzenie w stopniu wyczerpującym i wszechstronnym materiału dowodowego.

Biorąc powyższe pod uwagę oskarżenie wniosło o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia.

Na dzień 30 stycznia 2017 r. została wyznaczona przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, zwaną także „GKO”, rozprawa, na którą nie stawili się Obwinieni prawidłowo powiadomieni o terminie rozprawy, stawił się natomiast obrońca Obwinionych (...) oraz Zastępca Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów publicznych Jacek Krawczyk. Strona oskarżycielska podtrzymała odwołanie stwierdzając, że podstawa prawna naruszenia znajduje swoje oparcie nie tylko w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych, ale również w postanowieniach zewnętrznych, to jest Dyrektywach Unii Europejskiej, które mogą znaleźć bezpośrednie zastosowanie w wewnętrznym porządku prawnym.

Biorąc powyższą okoliczność prawną pod uwagę oraz nieobecność obydwu Obwinionych na rozprawie uwzględniając treść art. 131 uondfp, GKO odroczyła rozprawę do 3 marca 2017 r. i przekazała (X) i (Y) informację o następującej treści cytat „uwzględniając argumenty podniesione przez Zastępcę Głównego Rzecznika Dyscypliny

## **Sygn. akt BDF1.4800.79.2016**

Finansów Publicznych, że zarzucone Panu działanie może być uznane jako naruszające także art. 16a dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134, s. 114), a zatem możliwe jest zakwalifikowanie zarzuconego czynu także na podstawie tego przepisu prawa.”.

Na rozprawie kontynuowanej 3 marca 2017 r. strona obwiniona odniosła się do kwestii modyfikacji podstawy prawnej zarzutu podniesionej przez stronę oskarżycielską w dniu 30 stycznia 2017 r. Równocześnie z uwagi na zmianę składu orzekającego GKO ujawniono na rozprawie wszystkie dotychczas zgromadzone dowody. Następnie strona oskarżycielska wniosła o uchylenie orzeczenia I instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia, a strona obwiniona wniosła o utrzymanie w mocy zaskarżonego orzeczenia.

### **Biorąc powyższe pod uwagę GKO zważyła, co następuje.**

Orzeczenie I instancji nie może się ostać. Podstawą takiego rozstrzygnięcia jest błąd w ustaleniach stanu faktycznego niniejszej sprawy. Należy bowiem zgodzić się z tezą oskarżenia, iż Obwinieni zawarli umowę posiadającą konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane. Świadczą o tym postanowienia zawartej w dniu 7 sierpnia 2014 r. w formie aktu notarialnego umowy najmu między (...) prowadzącym działalność gospodarczą firmą Przedsiębiorstwo (...) a Gminą (...). W kwestii tego, że przywoływane umowa posiada konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane Główna Komisja Orzekająca w pełni podziela poglądy wrazone w:

- Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21 września 2015 r., znak: UZP/DKD/KND/1/15,
- piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (stanowiącym odpowiedź na zastrzeżenia zgłoszone do wyniku kontroli doraźnej) z 15 października 2015 r., znak: UZP/DKD/PWKZ/421/100/15/PB KND/1/15/DKD,
- uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 30 października 2016 r., sygn. akt KIO/KD57/15).

Istotne w sprawie jest to, że Przedsiębiorca zobowiązał się do wykonania robót budowlanych, bez wykonania których najem nie mógłby mieć miejsca. W szczególności, w § 2 ust. 2 umowy, „Wynajmujący” zobowiązał się do „wybudowania na Nieruchomości budynku biurowego o trzech kondygnacjach podziemnych, czterech kondygnacjach (...) o powierzchni całkowitej około 33.000,00 (...) metr. kw. (zwanego dalej „Budynkiem”).”

Przesądzenie o tym, że zawarta umowa posiadała konstytutywne przesłanki zamówienia publicznego na roboty budowlane, powoduje jednocześnie, że automatycznie umowa podlegała rygorom ustawy - Prawo zamówień publicznych, tak na podstawie przepisów prawa obowiązujących w chwili popełnienia czynu, jak i w chwili orzekania. Oczywiście znajdowały się w tej umowie również elementy charakterystyczne dla najmu, w tym wypadku nie one jednak decydowały o charakterze prawnym zawartej umowy i w tym kontekście bezprzedmiotowe stają się wywody Komisji I instancji o stosowaniu prawa względniejszego dla sprawców, zarówno w zakresie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak i w odniesieniu do przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja I instancji zastosowała w sprawie przepisy obowiązujące w chwili naruszenia uznając, iż są one względniejsze dla sprawców, gdy tymczasem późniejsze zmiany zastosowanych w sprawie przepisów prawa nie miały wpływu dla ustalenia zakresu przedmiotowego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, bowiem nie zawarto umowy najmu, ale umowę o roboty budowlane z elementami charakterystycznymi dla najmu nieruchomości.

W tym znaczeniu bezprzedmiotowe stają się także wywody strony oskarżycielskiej dotyczące naruszenia przez Komisję I instancji art. 4 pkt 3 lit. i ustawy - Prawo zamówień, poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że wymieniony przepis w dacie popełnienia czynu zezwalał na zawarcie umowy najmu budynków nieistniejących z pominięciem rygorów wyżej wymienionej ustawy, ponieważ zakwestionowana umowa była zamówieniem publicznym o roboty budowlane. Nie ma również potrzeby modyfikować podstawy prawnej zarzucanego we wniosku o ukaranie czynu karalnego, a zastosowana przez GKO procedura z art. 131 uondfp miała charakter porządkowy i formalny, z uwagi na nieobecność Obwinionych na rozprawie w II instancji, przy równoczesnym poszukiwaniu przez stronę oskarżycielską dodatkowych podstaw prawnych wykazania naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Słuszny jest natomiast zarzut oskarżenia zawarty w odwołaniu, a dotyczący obrazy przez Komisję I instancji przepisów prawa procesowego, tj. art. 89 ust. 1 uondfp, poprzez nierozpatrzenie w stopniu wyczerpującym i wszechstronnym materiału dowodowego, z czego właśnie wynika błąd w dokonanych ustaleniach stanu faktycznego i błędnej identyfikacji umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę GKO zaleca Komisji I instancji, dokonanie zmiany oceny prawnej zawartej umowy z umowy najmu na umowę o roboty budowlane. Uznanie, iż doszło

**Sygn. akt BDF1.4800.79.2016**

w świetle ustalonego stanu faktycznego oraz obowiązującego stanu prawnego do popełnienia czynu opisanego w treści wniosku o ukaranie, w rozumieniu przedmiotowych znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, i to tak w świetle przepisów obowiązujących w chwili popełnienia czynu, jak i chwili orzekania.

Równocześnie GKO zwraca uwagę na istotne wątpliwości, co do aspektów podmiotowych niniejszej sprawy. We wniosku o ukaranie wskazano dwóch sprawców czynu, to jest (X) i (Y). Umowę natomiast podpisał tylko ten ostatni, należy zatem wyjaśnić kto jest sprawcą czynu i na jakiej podstawie, w tym ze szczególnym uwzględnieniem treści art. 4 ust. 1 pkt 1 i 3 oraz art. 19 uondfp. GKO nie wyklucza, że obydwaj Obwinieni mogą być ewentualnie pociągnięci do odpowiedzialności, ale należy powyższe kwestie niewątpliwie wyjaśnić i doprecyzować, a przede wszystkim przeanalizować wnikliwie treść pełnomocnictwa w oparciu, o które działał (...).

Biorąc powyższe pod uwagę, GKO orzekła, jak w sentencji.