



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

Warszawa, dnia 20 czerwca 2016 r.

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

<b>Przewodniczący:</b>	Z-ca Przewodniczącego GKO:	<b>Wojciech Robaczyński</b>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<b>Jacek Najfeld (spr.)</b>
	<i>Członek GKO:</i>	<b>Artur Walasik</b>
Protokolant:		<b><i>Paweł Matusiak</i></b>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła**  
**Laudańskiego,**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2016 r. odwołania Obwinionego (...), od  
orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów  
Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie z dnia 12 lutego 2016 r.  
sygn. akt: RKO-522/100/15, którym Komisja Orzekająca uznała Pana (...)- pełniącego w  
czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Wójta Gminy (...) -  
winnym popełnienia zarzuczanych mu czynów polegających na naruszeniu:

- I. w dniu 6 lutego 2013 r. art. 14 pkt 1 ustawy poprzez nie opłacenie w terminie składki  
na ubezpieczenie społeczne za styczeń 2013 r. w kwocie 50.262,12 zł, czym naruszył  
art. 46 ust. 1 w zw. z art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o  
systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 121),
- II. w dniu 7 maja 2013 r. art. 14 pkt 1 ustawy poprzez nieopłacenie w terminie składki na  
ubezpieczenie społeczne za kwiecień 2013 r. w kwocie 48.407,36 zł, czym naruszył  
art. 46 ust. 1 w zw. z art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o  
systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 121),

## Sygn. akt BDF1.4800.24.2016

- III. w dniu 6 czerwca 2013 r. art. 14 pkt 1 ustawy poprzez nieopłacenie w terminie składki na ubezpieczenie społeczne za maj 2013 r. w kwocie 45055,26 zł, czym naruszył art. 46 ust. 1 w zw. z art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 121),
- IV. w dniu 7 maja 2013 r. art. 14 pkt 2 ustawy poprzez nieopłacenie w terminie składki na ubezpieczenie zdrowotne za kwiecień 2013 r. w kwocie 12.808,73zł, czym naruszył art. 46 ust. 1 w zw. z art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 121) w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2015r., poz. 581 ze zm.),
- V. w dniu 6 czerwca 2013 r. art. 14 pkt 2 ustawy poprzez nieopłacenie w terminie składki na ubezpieczenie zdrowotne za maj 2013 r. w kwocie 12.696,45 zł, czym naruszył art. 46 ust. 1 w zw. z art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 121) w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2015r., poz. 581 ze zm.),
- VI. w dniu 7 maja 2013 r. art. 14 pkt 3 ustawy poprzez nieopłacenie w terminie składki na Fundusz Pracy za kwiecień 2013 r. w kwocie 3.461,72 zł, czym naruszył art. 46 ust. 1 w zw. z art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 121) w zw. z art. 107 ust. 1 i art. 104 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 149),
- VII. w dniu 30 lipca 2013 r. art. 15 ustawy czyli polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z przekroczeniem o kwotę 537.421,58 zł zakresu upoważnienia - limitu zobowiązań z tytułu kredytów i pożyczek zaciąganych na pokrycie występującego w ciągu roku deficytu budżetu, ustalonego w Uchwale Budżetowej Gminy (...) na 2013 rok po zmianach dokonanych uchwałą Nr (...) Rady Gminy (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. przez zawarcie umowy pożyczki nr (...)z Firmą (...), której przedmiotem było udzielenie Gminie pożyczki krótkoterminowej w kwocie 840.000 zł na okres od dnia 31 lipca 2013 r. do 31.12.2013 r., czym naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 212 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych,
- VIII. w dniu 12 września 2013 r. art. 15 ustawy, polegającego na zaciągnięciu zobowiązania z tytułu pożyczki na kwotę 3.000.000 zł bez zawartego w uchwale budżetowej lub

odrębnej uchwale upoważnienia oraz z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych, przez zawarcie umowy o restrukturyzację zadłużenia i przejęcie długu z Firmą (...) zmienioną w dniu 17 września 2014 r. porozumieniem nr (...), czym naruszył art. 89 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 212 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. c ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym,

- IX. w dniu 12 września 2013 r. dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych przez zawarcie umowy o restrukturyzację zadłużenia i przejęcie długu z Firmą (...) zmienioną porozumieniem z dnia (...), aneksami nr 1 z dnia 20 października 2014 r. i nr 2 z dnia 3 grudnia 2014 r., czym naruszył art. 7 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,
- X. w dniu 2 stycznia 2013 r. art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych przez zawarcie umowy Nr 06/3/13 o powierzenie realizacji zadania publicznego pod nazwą „(...)” ze Spółdzielnią (...), której przedmiotem było utrzymanie porządku i czystości w obiektach szkolnych Gminy (...) w okresie od 1 stycznia 2013 r. do 31 grudnia 2013 r. o wartości 284.674,50 zł, czym naruszył art. 7 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,
- XI. w dniu 2 stycznia 2015 r. art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych przez zawarcie umowy Nr 06/1/15 o powierzenie realizacji zadania publicznego pod nazwą „(...)” ze Spółdzielnią (...), której przedmiotem było utrzymanie porządku i czystości w budynkach Urzędu Gminy (...) oraz obiektach szkolnych Gminy (...) w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. o wartości 458.581,80 zł, czym naruszył art. 7 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę pieniężną w kwocie 8.000 zł oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł.

**Główna Komisja Orzekająca**

**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) – 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**

Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie (zwana dalej RKO), po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12.02.2016 r. sprawy z wniosku Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie o uznanie (...), pełniącego w czasie zarzucanych mu czynów funkcję Wójta Gminy (...), uznała go odpowiedzialnym za naruszenia wskazane w uzasadnianym orzeczeniu i, na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 w zw. z art. 34a pkt 2 i 4 oraz art. 37 ustawy, wymierzyła Obwinionemu karę pieniężną w kwocie 8.000 zł.

RKO szczegółowo i logicznie uzasadniła swoje rozstrzygnięcie. W szczególności wskazała co następuje.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 i 2 ustawy, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, określony przez ustawę obowiązująca w czasie jego popełnienia, o ile można jej przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenie

nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku.

Obwiniony (...) w okresie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych był Wójtem Gminy (...). Pełnił zatem zarówno funkcję kierownika jednostki sektora finansów publicznych jak i kierownika zamawiającego w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, iż urząd gminy nie opłacił składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz Fundusz Pracy za miesiące wskazane w sentencji orzeczenia. Opóźnienie w zapłacie składek wynosiło od 1 dnia do okresu ponad dwóch miesięcy i dotyczyło kwot od kilkudziesięciu złotych do kilkudziesięciu tysięcy złotych. Obwiniony ponosi odpowiedzialność za nieterminowe opłacanie składek, ponieważ zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, za całość gospodarki finansowej w jednostce ponosi jej kierownik o ile obowiązków w tym zakresie nie powierzył innej osobie. Do takiego powierzenia w przedmiotowej sprawie nie doszło. Z wyjaśnień Obwinionego wynika, że przyczyną opóźnienia zapłaty składek były kłopoty z płynnością finansową wynikające z braku realizacji dochodów ze sprzedaży mienia.

W przedmiotowej sprawie Wójt Gminy miał obowiązek tak zorganizować wydatki Gminy, by zapewnić środki na terminowe uiszczanie składek publiczno-prawnych. Ponadto w odniesieniu do części składek, Wójt był jedynie płatnikiem, a to oznacza wydatkowanie na inne cele kwot składek potrąconych z wynagrodzeń pracowników. Mając świadomość braku środków z tytułu zbycia mienia, obowiązkiem Wójta było ograniczenie innych wydatków oraz efektywne poszukiwanie środków finansowych. Tym bardziej, że istnieje istotna część dochodów Gminy, które mają charakter stały.

Zdaniem RKO brak jest jakichkolwiek wątpliwości, iż umowy zawarte w dniach 3 i 30 lipca 2013 r. z firmą (...) są faktycznie umowami pożyczki. Powyższe wynika zarówno z ich treści jak i tytułu. Natomiast w przypadku umowy z dnia 18 stycznia 2013 r. zawartej z firmą (...) w jej tytule określono, iż jest to umowa o restrukturyzację zadłużenia i przejęcie długu. Stosownie do art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego dla kwalifikacji umowy nie ma znaczenia jej tytuł lecz zgodny zamiar stron i cel umowy. Analiza treści umowy pod kątem jej celu i zgodnego zamiaru stron prowadzi do wniosku, że zarówno umowa z dnia 18 stycznia 2013 r. jak i wykonujące ją porozumienie nie są umową przejęcia długu ani subrogacją ustawową, ponieważ nie zawierają koniecznych elementów żadnej z tych instytucji prawnych.

## Sygn. akt BDF1.4800.24.2016

Z treści umowy oraz porozumienia wynika, iż Gmina otrzyma od (...) na swój rachunek bankowy kwotę 763.796,42 zł, którą przeznaczy na spłatę swoich zobowiązań z tytułu umów o pracę, podatków oraz innych należności publiczno-prawnych. Pozostała część z kwoty 1.197.421,50 zł zostanie przekazana przez (...) na rachunki bankowe wierzycieli. Jednocześnie Gmina zobowiązała się do spłaty zadłużenia, prowizji (kwota 17.961,32 zł) oraz odsetek w kwocie 68.594,45 zł w miesięcznych ratach. Wszystkie powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że przedmiotowa umowa wraz z porozumieniem jest pożyczką, a nie umową przejęcia długu ani subrogacją ustawową. Bez znaczenia dla takiej kwalifikacji pozostawał fakt, że część z tej kwoty przelano na rachunek Gminy, a część na rachunki jej wierzycieli.

W świetle powyższego efektem zawarcia ww. umów ze Spółkami (...) na kwotę 840.000 zł oraz (...) na kwotę 1.197.421,50 zł było osiągnięcie na dzień 31 lipca 2013 r. poziomu zobowiązań Gminy w łącznej kwocie 3.537.421,58 zł tj. przekroczenie limitu zobowiązań z tytułu krótkoterminowych pożyczek i kredytów, zawartego w uchwale budżetowej w wysokości 3.000.000 zł, o kwotę 537.421,58 zł.

Odnosnie zawartej w dniu 12 września 2014 r. umowy ze (...) na kwotę 3.000.000 zł pozostają aktualne opisane powyżej ustalenia co do charakteru prawnego tej umowy. Pomimo nieco innych uregulowań w ww. umowie, zdaniem RKO jasno z niej wynika, że celem umowy było udostępnienie Gminie środków finansowych w kwocie 3.000.000 zł. To gmina decydowała komu i w jakiej wysokości mają być przekazane środki przez (...). Gmina zobowiązała się do zwrotu kwoty postawionej do jej dyspozycji oraz zapłaty związanego z tym wynagrodzenia. Przedmiotowa umowa zawierała wszystkie typowe i istotne postanowienia charakterystyczne dla umowy pożyczki. Ponadto zobowiązanie wynikające z ww. umowy, w przeciwieństwie do zobowiązań wynikających z umowy z 2013 r., podlegały spłacie w okresie wykraczającym poza rok kalendarzowy. Oznacza to, że nie jest ona przeznaczona na finansowanie przejściowego deficytu, a tym samym wymagała nie tylko upoważnienia w uchwale budżetowej lecz również uchwały Rady Gminy stosownie do art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. c ustawy o samorządzie gminnym. Działanie w tym przypadku Obwinionego stanowiło zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia, czym naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 212 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 pkt 1 ustawy o finansach publicznych.

Odnosnie zarzutu udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach ustawy Prawo zamówień, RKO stwierdziła co następuje

## Sygn. akt BDF1.4800.24.2016

W przypadku umowy z dnia 12 09.2014 r. zawartej z (...) na kwotę 3.000.000 zł, zdaniem RKO umowa ta jako umowa pożyczki stanowi usługę finansową, co oznacza, że Obwiniony był zobowiązany w tym przypadku do zastosowania przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych trybów udzielania zamówienia publicznego.

W przypadku umów zawartych ze Spółdzielnią (...) Obwiniony był również zobowiązany do zastosowania przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych trybów udzielania zamówień publicznych, ponieważ przedmiot umowy (sprzątanie pomieszczeń szkoły i urzędu gminy) nie mieści się w pojęciu zadania publicznego, które może być przekazane spółdzielni socjalnej. Nie sposób uznać, że usługa sprzątania pomieszczeń jest zadaniem publicznym (niezależnie od miejsca, w którym jest wykonywana). A jeżeli nim nie jest, to nie jest możliwe jej powierzenie spółdzielni socjalnej.

W odniesieniu do spółdzielni socjalnych warunków posiadania pełnej kontroli przez instytucje zamawiające będzie zachodził w przypadku, kiedy podmiotami tworzącymi spółdzielnię i posiadającymi 100% udziałów będą wyłącznie co najmniej dwie jednostki samorządu terytorialnego. Wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej jako zadań statutowych spółdzielni należy odróżnić od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. W pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia z realizacją zadań z zakresu gospodarki komunalnej we własnym imieniu i na własny rachunek przy pomocy wniesionego lub powierzonego majątku. Natomiast zlecenie w drodze umowy następuje w sytuacji, gdy przedmiotem zadania nie są zadania do realizacji których spółdzielnia została utworzona.

Stosownie do przesłanek z art. 34a pkt 1-4 (w tym przypadku pkt 2 i 4) ustawy oraz z braku przesłanek określonych w art. 36 ustawy, RKO uznała, iż karą adekwatną będzie kara w wysokości ok. trzykrotności kary minimalnej, tj. kwota 8.000 zł.

Obwiniony pismem z dnia 12 04.2016 r. uzupełnionym następnie pismem z dnia 2 maja 2016 r. oraz z dnia 7 06.2016 r. zaskarżył orzeczenie RKO w części dotyczącej zarzutów:

- przekroczenia limitu zobowiązań z tytułu kredytów i pożyczek, ustalonego w uchwale budżetowej,
- zaciągnięcia zobowiązania w kwocie 3.000.000 zł bez zawartego w uchwale budżetowej lub odrębnej uchwale upoważnienia,

## Sygn. akt BDF1.4800.24.2016

- udzielenia zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie zostali wybrani w trybie określonym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych

oraz wniósł o:

- uchylenie i zmianę orzeczenia w zaskarżonej części oraz rozstrzygnięcie co do istoty sprawy poprzez uniewinnienie od opisanych czynów,

- w zakresie kary o wymierzenie kary upomnienia, zamiast kary pieniężnej.

W uzasadnieniu Obwiniony wskazał co następuje.

Odnosnie zarzutu przekroczenia kwoty limitu pożyczek i kredytów na dzień 30.07.2013 r. RKO, zdaniem Obwinionego, winna wziąć pod uwagę datę uruchomienia środków z umowy pożyczki a nie jej datę zawarcia. Chociaż umowa z firmą (...) została zawarta w dniu 30.07.2013 r., to udostępnienie środków nastąpiło w dniu 31.07.2013 r. (§ 5 ust. 1 umowy).

W związku z powyższym kwoty limitu, zdaniem Obwinionego, wynosiły:

stan na 30.07.2013 r. (dzień zawarcia umowy) – 2.218.452,94 zł (bez kwoty 840.000 zł),

stan na 31.07.2013 r. (dzień wpływu środków) – 2.938.710,78 zł (spłata 598.710,78 zł).

Wskazane w orzeczeniu RKO przekroczenie limitu o kwotę 537.421,58 zł zostało ustalone, zdaniem Obwinionego, w sposób wadliwy, ponieważ RKO nie uwzględniła dokonanych do dnia 30.07.2013 r. częściowych spłat zadłużenia.

Zdaniem Obwinionego nie można zarzucić mu winy w działaniu polegającym na zaciągnięciu z (...) zobowiązania z tytułu restrukturyzacji zadłużenia jednostki i przejęcia długu na kwotę 3.000.000 zł bez zawartego w uchwale Rady Gminy upoważnienia oraz z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

Umowa o restrukturyzację zadłużenia z dnia 12.09.2014 r. stanowiła, zdaniem Obwinionego, subrogację ustawową. Zawarcie porozumienia nie wymagało uzyskania zgody Rady Gminy, gdyż subrogacja na podstawie art. 518 § 1 ust. 3 Kodeksu cywilnego nie wypełnia znamion jakiegokolwiek czynności, o której mowa w art. 18 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym. Porozumienie z mocy prawa spowodowało wstąpienie podmiotu trzeciego w prawa zaspokojonego wierzyciela, co nie podlega dyspozycji przepisu art. 91 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. Przedmiotem umowy było wyrażenie zgody na wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela w trybie art. 518 § 1 pkt 3 Kodeksu cywilnego poprzez zapłatę na



rzecz wierzycieli z pierwotnego stosunku zobowiązanego łączącego Gminę z wierzycielami należności głównych. Zobowiązania te nie zostały zapłacone, co jest faktem bezspornym. Także zobowiązania zapłacone przez Gminę w imieniu podmiotu, który wstąpił w prawa wierzyciel zostały uregulowane, nie można więc wskazać, że nie była to czynność o skutkach prawnych wynikających z art. 518 § 1 ust. 3 Kodeksu cywilnego i wysuwać z niej innych skutków prawnych niż rzeczywiście osiągnięte. Dalsze negocjacje z podmiotem przejmującym dług stanowiły ugodę co do możliwości spłaty przez Gminę zobowiązań podmioty wstępującego w prawa zaspokojonego wierzyciela.

Umowa w sprawie restrukturyzacji zobowiązań nie wymagała przeprowadzenia procedury zamówień publicznych bądź z przyczyn braku odpłatności umów bądź wartości podprogowych. Zgodnie z art. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Umowy dotyczące restrukturyzacji wierzytelności nie stanowią odpłatnej usługi, dostawy lub robót budowlanych. Umowy te mają bowiem charakter nieodpłatny, a zatem z uwagi na ich nieodpłatność nie jest wymagane prowadzenie postępowania przetargowego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Obwinionego, należy wskazać na brak uprawnień RIO do dokonania cywilnoprawnej oceny umowy o restrukturyzację i przejęcie zadłużenia. Na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa oraz zgodnie z utartą linią orzecniczą sądów administracyjnych RIO nie ma prawa, w sposób dowolny i arbitralny, dokonywać ocen cywilnoprawnych aspektów transakcji zawieranych przez jednostki samorządu terytorialnego, gdyż interpretacja co do celu, intencji a także charakteru prawnego umowy jest zastrzeżona do wyłącznej kompetencji sądów powszechnych.

Odnosnie zarzutu udzielenia realizacji zadania publicznego pod nazwą „(...)” Spółdzielni (...) bez zastosowania trybu określonego w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych, Obwiniony uważa, iż ustalenie podmiotu realizującego ww. zadanie nie wymagało zastosowania procedury określonej w trybie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 24.04.2003 r. o pożytku publicznym i wolontariacie, sfera zadań publicznych obejmuje zadania m. in. w zakresie pomocy społecznej, w tym pomocy rodzinom i osobom w trudnej sytuacji życiowej oraz wyrównywania szans tych rodzin i osób, działalności na rzecz integracji i reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym, promocji zatrudnienia i integracji zawodowej i społecznej osób pozostających bez pracy i

zagrożonych zwolnieniem z pracy, działalności wspomagającej rozwój gospodarczy, w tym rozwój przedsiębiorczości, działalności wspomagającej rozwój wspólnot i społeczności lokalnych, nauki, szkolnictwa wyższego, edukacji, oświaty i wychowania, porządku i bezpieczeństwa publicznego. Ponadto zgodnie z art. 6 powołanej ustawy, organy administracji publicznej prowadzą działalność w sferze zadań publicznych, we współpracy z organizacjami pozarządowymi oraz wymienionymi w art. 3 ust. 3 przywoływanej ustawy, prowadzącymi odpowiednio do terytorialnego zakresu działania organów administracji publicznej, działalność pożytku publicznego w zakresie odpowiadającym zadaniom tych organów. Z powyższego wynika więc, że utrzymanie porządku i czystości w obiektach użyteczności publicznej mieści się w definicji zadania publicznego, o którym mowa w art. 4 ww. ustawy. Tak więc wybrany podmiot – Spółdzielnia (...) realizuje powierzone działania w ramach swojej statutowej działalności.

Należy też wspomnieć, że RKO nie rozważyła jeszcze jednej możliwości zlecenia zadań poza ustawą o zamówieniach publicznych, a mianowicie w trybie in house. Możliwość udzielania zamówień w tym trybie została wypracowana na grupie orzecznictw ETS, który w licznych orzeczeniach konsekwentnie podkreśla, że poszczególne instytucje zamawiające, w tym też jednostki samorządu terytorialnego, nie są zobligowane do stosowania procedury związanej z udzieleniem zamówienia publicznego, jeżeli udzielają zamówienia na rzecz takiego podmiotu (wykonawcy) nad którym sprawują kontrolę podobną do kontroli wykonywanej wobec własnych (wewnętrznych) jednostek organizacyjnych (wydziałów, departamentów) oraz ten kontrolowany podmiot (wykonawca) realizuje przeważającą (istotną) część swojej działalności dla kontrolującej go instytucji zamawiającej (w tym też dla kontrolującej go jednostki samorządu kontrolnego).

**W odniesieniu do podniesionych zarzutów Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych, dalej zwana GKO zważyła, co następuje.**

GKO w pierwszej kolejności dokonała oceny stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia przypisanych Obwinionemu czynów i w czasie orzekania. Przepis art. 24 ust. 1 ustawy nakazuje by rozpoznając i oceniając popełniony czyn stosować przepisy ustawy obecnie obowiązującej, chyba że przepisy obowiązujące w chwili popełnienia czynu były względniejsze dla sprawy. Do oceny popełnienia przedmiotowych czynów, GKO

## Sygn. akt BDF1.4800.24.2016

postanowiła stosować przepisy obowiązujące w dniu orzekania, uznając iż przepisy obowiązujące w dacie zarzucanego czynu nie są względniejsze.

W przypadku przekroczenia limitu zobowiązań z tytułu kredytów i pożyczek, GKO nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Obwinionego.

Na podstawie § 3 pkt 4 Uchwały Budżetowej Gminy (...) w brzmieniu ustalonym uchwałą nr (...) Rady Gminy (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. Wójt Gminy, na pokrycie występującego w ciągu roku przejściowego deficytu budżetu, mógł zaciągnąć zobowiązania z tytułu kredytów i pożyczek na kwotę 3.000.000 zł. Stąd też RKO prawidłowo, stosownie do treści ww. uchwały, ustaliła łączną kwotę zaciągniętych zobowiązań jako sumę kwot wynikających z zawartych umów. Natomiast przedstawione przez Obwinionego wyliczenia dotyczą salda zobowiązań z tytułu pożyczek i kredytów i stanowiącą różnicę między kwotą zaciągniętych zobowiązań a kwotą dokonanych częściowych spłat zaciągniętych zobowiązań, nie mają znaczenia. Kwoty wyliczone przez Obwinionego nie odnoszą się do limitu określonego w ww. uchwale, albowiem dotyczą salda zadłużenia z tytułu pożyczek na dzień 31.07.2013 r., podczas gdy przedmiotem uchwały było określenie maksymalnej kwoty zaciągniętych zobowiązań z tytułu pożyczek i kredytów, a nie maksymalnej wysokości salda zadłużenia Gminy z tego tytułu.

Odnosnie umowy z dnia 12.09.2014 r. o restrukturyzacji zadłużenia i przejęcia długu, zawartej z firmą (...), GKO podziela stanowisko zaprezentowane przez RKO. Pomimo, iż w ww. umowie wskazano w § 2 ust. 1 przepis art. 518 § 1 pkt 3 Kodeksu cywilnego to nie ma podstaw do uznania, iż czynności prawne dokonane na mocy tej umowy oraz przewidzianych porozumieniem z dnia 17.09.2014 r. (§ 4 ust. 1), wypełniają znamiona czynności określonej jako subrogacja ustawowa, o której mowa w art. 518 § 1 pkt 3 Kodeksu cywilnego. Powołany przepis stanowi, że osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty jeżeli działa za zgodą dłużnika w celu wstąpienia w prawa wierzyciela, przy czym zgoda dłużnika winna być pod rygorem nieważności wyrażona na piśmie. W tym przypadku, po pierwsze, nie został spełniony konieczny warunek skutecznego wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela poprzez spłatę wierzycieli Gminy przez firmę (...) jako osobę trzecią, w pełnym zakresie wartości środków finansowych przeznaczonych na ten cel, gdyż część tych środków zgodnie z § 3 ust. 1 lit. B przywoływanej umowy podlegała przekazaniu na rachunek bankowy Gminy, która zobowiązała się dokonać przelewu otrzymanych środków na rachunki bankowe swych wierzycieli wskazanych w załączniku nr 1 do umowy. Po drugie instytucja subrogacji

## Sygn. akt BDF1.4800.24.2016

ustawowej opiera się na spełnieniu warunku, że nabycie wierzytelności następuje do wysokości dokonanej zapłaty. Zatem elementem subrogacji ustawowej nie mogła być ustalona w porozumieniu nr (...) z dnia 17.09.2014 r. prowizja w kwocie 697.200 zł, skoro nie została zapłacona przez firmę (...) na rzecz wierzyciela (wierzycieli) Gminy a była jej jedynie należna z tytułu udostępnienia (pożyczenia) środków pieniężnych (kapitału) określonych w umowie z dnia 12.09.2014 r. oraz w ww. porozumieniu. Po trzecie należy wskazać na zabezpieczenie spłaty zobowiązań ustalonych porozumieniem nr 4131/2014 z dnia 17.09.2014 r. - stosownie do jego § 8, strony uzgodniły, że Gmina wystawi i przekaze firmie (...) weksel własny in blanco, zobowiązując się do jego zapłaty zgodnie z deklaracją wekslową. Powyższe wskazuje, iż wolą stron nie było wstąpienie przez firmę (...) w miejsce zaspokojonych wierzycieli, lecz wykreowanie nowego stosunku zobowiązaniowego, którego celem było uzyskanie przez Gminę określonych środków finansowych (przelew na jej rachunek bądź zapłata istniejących wierzytelności) z obowiązkiem ich zwrotu wraz z prowizją. Powyższe okoliczności uzasadniają uznanie, iż strony ww. umowy oraz porozumienia w istocie zawarły umowę pożyczki, tak w sensie prawnym jak i ekonomicznym. Dodatkowym potwierdzeniem powyższego twierdzenia jest określenie harmonogramu spłat kapitału, w którym ustalono daty (terminy) płatności poszczególnych rat oraz kwoty rat kapitału i prowizji.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17.11.2011 r. sygn. akt IIICSK 38/2011 wskazał, iż elementy essentialia negotii umowy pożyczki określone są w art. 720 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie oznacza to, że w każdej umowie pożyczki niezbędne jest jednoznaczne i dokładne posłużenie się sformułowaniami użytymi w tym przepisie. Możliwe jest bowiem ustalenie na podstawie art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego rzeczywistego znaczenia i woli stron takiej umowy. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 7.02.2013 r. sygn akt I Ca 814/12 orzekł, iż powszechnie przyjmuje się w piśmiennictwie oraz judykaturze, że przeniesienie własności pożyczki może nastąpić w każdy prawem przewidziany sposób. W przypadku pieniędzy może być to zarówno wypłata gotówki, przelew bankowy, udzielenie kredytu na rachunku bankowym jak również wręczenie czeku, weksla lub innego papieru wartościowego, formę wydania przedmiotu pożyczki może również stanowić przelew wierzytelności przysługującej dającemu pożyczkę w stosunku do osoby trzeciej albo uiszczenie długu obciążającego pożyczkobiorcę. Wskazane powyżej stanowisko, które przyjęte zostało nie tylko w orzecznictwie, ale również w literaturze prawniczej (np. Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, praca zbiorowa wyd. LexisNexis, Warszawa 2013), w sposób

jednoznaczny potwierdza, że sposób realizacji umowy pożyczki może nastąpić poprzez nie tylko wypłatę gotówki czy przelew bankowy, ale także poprzez zapłatę długu obciążającego pożyczkobiorcę.

Zarzut braku uprawnień RIO do dokonania cywilnoprawnej oceny umowy o restrukturyzację i przejęcie zadłużenia pozostaje poza właściwością GKO, która jest organem odwoławczym w sprawach o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, nie jest natomiast uprawniona do badania prawidłowości działania regionalnych izb obrachunkowych. Ponadto argument ten nie wpływa na możliwość dokonania takiej oceny przez komisje orzekające w sprawach naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie oceny popełnionego czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym miejscu należy wskazać na art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego. Stanowi on, iż w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy niż opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Jednocześnie z przepisu tego nie wynika, iż czynności te należą jedynie do wyłącznej kompetencji sądów powszechnych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 05.11.2015r. Sygn. Akt III Aua 851/15 o prawidłowym uznaniu umowy cywilnoprawnej nie decyduje ani wyłącznie nazwa umowy, ani jej formalne postanowienia. Zasadniczo oceniany jest sposób wykonywania umowy, a w szczególności realizowanie przez strony cech charakterystycznych dla danego stosunku prawnego, które odróżniają zawartą i realizowaną umowę od innych umów cywilnoprawnych.

Odnosnie wyjaśnień Obwinionego w zakresie naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, polegającym na udzieleniu zamówienia publicznego Spółdzielni (...) z pominięciem trybów określonych w ustawie prawo zamówień publicznych, GKO nie podziela stanowiska Obwinionego.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż sprzątanie pomieszczeń szkoły i urzędu gminy nie mieści się w pojęciu gospodarki komunalnej. Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej pod pojęciem gospodarki komunalnej należy rozumieć działalność polegającą na wykonywaniu przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspakajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Z oczywistych względów sprzątanie pomieszczeń urzędu

gminy i szkół nie zaspakają zbiorowych potrzeb ludności a także nie jest to też usługa powszechnie dostępna biorąc pod uwagę ograniczony krąg beneficjentów tej usługi. .

Tym samym zastosowanie przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie jako podstawy wyboru wykonawcy tych usług nie znajduje uzasadnienia prawnego ze względu na nieobjęcie tego rodzaju usług zakresem katalogu zadań publicznych należących do sfery działalności pożytku publicznego, w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1 tej ustawy.

Nie znajduje również uzasadnienia w tym przypadku powołanie się Obwinionego na możliwość realizacji zamówienia bez zastosowania procedur zamówień publicznych jako in house do sytuacji dotyczącej spółdzielni socjalnej, w której ta jednostka posiada pełną kontrolę nad tą spółdzielnią. W odniesieniu do spółdzielni socjalnej warunek posiadania pełnej kontroli przez instytucje zamawiające będzie zachodził w przypadku, kiedy podmiotami tworzącymi taka spółdzielnię i posiadającymi 100% udziałów będą wyłącznie jednostki samorządu terytorialnego (art. 5 ust. 1 ustawy o spółdzielniach socjalnych). Tylko w takim przypadku jednostki samorządu terytorialnego zachowują wyłączną możliwość decydowania o sprawach spółdzielni jak i pełną kontrolę nad jej działalnością. Jednakże Spółdzielnia Socjalna (...) została powołana przez Gminę (...) tj. jednostkę samorządu terytorialnego oraz Ochotniczą Straż Pożarną (...) (uchwała nr (...) Rady Gminy (...) z dnia (...) czyli podmiot nie będący jednostką samorządu terytorialnego.

Mając na uwadze powyższe nie ma także podstaw do zmiany kary orzeczonej w pierwszej instancji. Ilość czynów, ich charakter oraz wypełnienie dyspozycji z art. 34a, a także brak przesłanek do nadzwyczajnego złagodzenia kary powoduje, że orzeczenie pierwszej instancji jest w tym zakresie prawidłowe. Wskazywane w uzasadnieniu orzeczenia RKO argumenty, dotyczące w szczególności:

- zaciągania bez upoważnienia albo z przekroczeniem upoważnienia zobowiązań w znacznej wysokości,

- udzielenia zamówienia publicznego z istotnym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawcy,

są w pełni uzasadnione. Trafnie komisja wskazała, że zarówno względy prewencji indywidualnej, jak i ogólnej, wymagają odpowiedniej reakcji. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, w której naruszenie szeregu istotnych obowiązków, w tym także prowadzenie gospodarki finansowej gminy po za budżetem, powodujące zresztą konieczność ponoszenia przez gminę dużych kosztów wynagrodzenia za udostępnienie kapitału, będzie traktowane jako

**Sygn. akt BDF1.4800.24.2016**

nieistotne naruszenie przepisów. Obwiniony powinien wziąć pod uwagę, że przestrzeganie ustalonych przez ustawodawcę norm ma służyć ochronie ładu finansów publicznych. W tej sytuacji wymierzenie kary pieniężnej w wysokości 8 tysięcy zł, zwłaszcza w kontekście wynagrodzenia otrzymywanego przez Obwinionego, nie może być w żadnym wypadku uznane za zbyt surowe.

Biorąc powyższe pod uwagę GKO orzekła jak w sentencji.