



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 1 marca 2016 r.

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

Przewodniczący:	<i>Członek GKO:</i>	Tomasz Słaboszowski (spr.)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk
	<i>Członek GKO:</i>	Przemysław Szelerski
Protokolant:		Mateusz Woźniak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Roberta Wydry,

po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 1 marca 2016 r., odwołania Obwinionego (...), zam. (...) - pełniącego w dacie naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza (...) - od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Białymstoku z dnia 26 października 2015 r., sygn. akt DFP-RKO-540-29/20/11, DFP-RKO-540-30/25/11, którym Komisja Orzekająca uznała winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych:

- 1) określonego w art. 17 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” (obowiązującej w dacie popełnienia czynu i w dacie wniesienia wniosku o ukaranie) oraz art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy, w dacie niniejszego orzekania (Dz. U. z 2013 r., poz. 168 j.t.), polegającego na udzieleniu 26 stycznia 2010 r., Zakładowi (...), który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, zamówienia na wykonania robót budowlanych - wykopów pod nieckę składowania odpadów i niecki składowania odpadów zawierających azbest - dla budowy Zakładu Przetwarzania (...), gm. (...) 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 wymierzono Obwinionemu karę nagany - na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 ustawy,

- 2) określonego w art. 5 ust 1 pkt 3 ustawy odpowiedzialności za naruszenie dfp, 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.;
- za ten czyn odstąpiono od wymierzenia Obwinionemu kary - na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia czynu);

oraz obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania w wysokości 291,71zł,

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy 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 Białymstoku.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

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 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 2010r. Zakładowi (...), który nie został wybrany w trybie określonym o przepisach o zamówieniach publicznych , zamówienia na wykonanie robót budowlanych – wykopów pod nieckę składowania odpadów i niecki składowania odpadów zawierających azbest – dla budowy Zakładu Przetwarzania (...), gm. (...) 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 wymierzono (...) 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 2008r. – 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 (...) z dnia 22 sierpnia 2007r.

Za ten czyn odstąpiono wobec Obwinionego 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. Komisja I instancji stwierdziła ponadto, 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, iż 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, uważa jednak, iż Obwiniony nie przewidywał opisanych wyżej skutków ubocznych, chociaż mógł i powinien je przewidzieć. Stąd wymierzenie kary nagany jest

właściwe, wzięto przy tym pod uwagę dotychczasową niekaralność Obwinionego. Następnie Regionalna Komisja wskazała, że uznaje 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, z uwagi na skutki wyroku unieważniającego umowę.

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 być 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, naruszenie miało charakter formalny, a stopień szkodliwości dla finansów publicznych nie był rażący, stąd odstąpienie od wymierzenia kary.

Pismem z dnia 26 listopada 2015 r. zostało wniesione odwołanie na korzyść Obwinionego zaskarżające w całości wyżej wymienione 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 o postępowaniu 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 2011r. 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 par. 1 Kodeksu cywilnego 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. przed Główną Komisją Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych została wyznaczona rozprawa, na którą stawił się obrońca (...), nie stawił się natomiast obwiniony (...). Obwiniony i jego obrońca zostali prawidłowo powiadomieni 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 Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 lutego 2015 r. zawierającą klauzulę wykonalności, z której wynika, że Wyrok uprawomocnił się 4 kwietnia 2015. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego strona oskarżycielska wniosła o utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy, a strona obwiniona o uchylenie Orzeczenia i umorzenie postępowania.

Główna Komisja Orzekająca ustaliła w sprawie następujący przebieg dotychczasowego postępowania. Orzeczeniem z dnia 26 października 2011 r. Regionalna Komisja Orzekająca wymierzyła (...) 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 (w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia czynu) oraz nieumyślnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Od Orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej (...) 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 skarżący wystąpił ze skargą kasacyjną, po rozpoznaniu której, Naczelny Sąd Administracyjny, wyrokiem z dnia 17 czerwca 2014r. 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 Miasta (...) 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 Zakładu Przetwarzania (...)w (...) oraz godnie 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 podważały, 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 2009r. 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 należy uznać 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 tej ustawy.

Sygn. akt BDF1.4800.169.2015

Rozpatrując sprawę ponownie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie Wyrokiem z 4 lutego 2015r. uznał, że skarga zasługuje na uwzględnienie i uchylił Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej.

W związku z powyższym na dzień 28 maja 2015 r. przed Główną Komisją Orzekającą została wyznaczona rozprawa. Strona oskarżycielska złożyła wówczas wniosek dowodowy o włączenie do akt sprawy Wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 20 września 2013 r. oraz uchwały Krajowej izby Obrachunkowej z dnia 25 maja 2011 r. dotyczące tej indywidualnej sprawy. W konsekwencji Główna Komisja Orzekająca zdecydowała o włączeniu kopii obu tych dokumentów do akt sprawy jako materiału dowodowego, a dokumenty te zostały także przekazane na rozprawie Obrońcy Obwinionego, który stwierdził, iż ich nie zna.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że oba dokumenty w sposób istotny modyfikują okoliczności faktyczne badanej sprawy, między innymi rozstrzygając o nieważności umowy z dnia 26 stycznia 2010 r. Tym samym, w związku z koniecznością realizacji zasady dwuinstancyjności, określonej w art. 72 ust. 1 ustawy, niezbędne jest uchylenie Orzeczenia I instancji i przekazanie sprawy Regionalnej Komisji do ponownego rozpatrzenia. Równocześnie Główna Komisja Orzekająca przekazała następujące wskazania: Regionalna Komisja, analogicznie jak Główna Komisja Orzekająca jest związana Wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 lutego 2015r. oraz poprzedzającym to rozstrzygnięcie Wyrokiem Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 17 czerwca 2014r.. Tym samym ponownie orzekając w sprawie Regionalna Komisja zobowiązana będzie do dokonania oceny charakteru umowy z dnia 26 stycznia 2010r. 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 Mu 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, a w sytuacji dowiedzenia jego popełnienia, także indywidualizowania winy sprawcy,

jak i kary orzeczonej za ten czyn. W tym wypadku należy podkreślić, że zarówno Główna Komisja Orzekająca, jak Regionalna Komisja, są związane 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 Kodeksu cywilnego.

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 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. W tej sprawie należy więc, w ocenie Regionalnej Komisji, stosować wyłącznie art. 38 ust. 3 ustawy, z którego wynika, że karalność ustanie po upływie 2 lat od dnia uchylecia prawomocnego Orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej Wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015r. i przedawnienie karalności w tej sprawie nastąpi dopiero 5 lutego 2017 r.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca w dniu 1 marca 2016 r. zważyła, co następuje.

Orzeczenie nie może być utrzymane w mocy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Komisja Orzekająca I instancji naruszyła art. 153 ustawy Prawo o postępowaniu 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 są nadal obowiązujące i jako takie należy je zrealizować przy uwzględnieniu treści art. 65 Kodeksu cywilnego w drodze przesłuchania przedstawiciela oferenta, tj. Zakładu (...), oraz Obwinionego w celu ustalenia celu umowy i zgodnego zamiaru stron, a przede wszystkim potwierdzenia kiedy powstał jednoznaczny obraz umowy w kształcie, w której została ona 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*, co ma istotne znaczenie w zakresie uznawania za legalne skutków realizacji umowy. Nie ulega też wątpliwości, że umowa narusza prawo w świetle tego Wyroku, ale wyjaśnienie okoliczności dotyczących: charakteru umowy z uwzględnieniem treści ogłoszenia, charakteru złożonych ofert, zgodnego zamiaru stron i celu umowy pozwoli właściwie ocenić winę sprawcy, jej stopień oraz stopień szkodliwości działań sprawcy dla finansów publicznych. Powyższe kwestie w Orzeczeniu I instancji nie zostało zrealizowane.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej nie doszło jednak poprzez wydanie Orzeczenia I instancyjnego 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 słusznie 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, wskazała 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 Głównej Komisji Orzekającej. Różnica dotyczy tylko sposobu liczenia terminu, gdyż w ocenie Głównej Komisji Orzekającej kluczowym momentem jest uprawomocnienie się Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015r., które miało miejsce 4 kwietnia 2015r. a

zatem przedawnienie karalności nastąpi ewentualnie 4 kwietnia 2017r., a nie 5 lutego 2017r., jak w swym orzeczeniu niewłaściwie wskazywała Regionalna Komisja Orzekająca;

- 2) art. 89 ustawy w związku z art. 60b ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieuzasadnione odrzucenie zastrzeżeń do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2011r. mimo wykazania przez Obrońcę Obwinionego, że w danym stanie faktycznym udzielenia zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego było niedopuszczalne, gdyż oczywiście Regionalna Komisja miała prawo wskazać hipotetyczny alternatywny i legalny w jej ocenie sposób działania sprawcy. Należy bowiem pamiętać, że wystąpienie przesłanek do zastosowania dialogu konkurencyjnego nie wyłącza zastosowania przetargu. Istotne jest natomiast precyzyjne wykazanie, przy alternatywnym wskazaniu trybów, że zarówno jeden, jak i drugi tryb, mógł być zastosowany;
- 3) art. 80 ust. 1 ustawy, poprzez pominięcie okoliczności przemawiających na korzyść Obwinionego, gdyż Regionalna Komisja Orzekająca uwzględniła również okoliczności na korzyść sprawcy;
- 4) art. 28 ust. 1 i 1a ustawy w związku z art. 693 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez uznanie, że nastąpiło uszczuplenie dochodów sektora państwowego finansów publicznych o wartość wydobytego gruntu, gdyż Regionalna Komisja Orzekająca miała prawo dokonywać takich hipotetycznych kalkulacji, zwłaszcza, że to Zamawiający zawarł umowę mieszaną, trudną do identyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych o różnych konsekwencjach prawnych, w tym finansowych.

Orzeczenie I instancyjne zawiera natomiast inną wadę, to jest narusza art. 37 ustawy, bowiem dwukrotnie orzeczono o karze wymierzając za pierwszy z przypisanych czynów karę nagany, a w odniesieniu do drugiego z przypisanych czynów odstępując od wymierzenia kary. W tym zakresie również trzeba dokonać korekty, ale za dopuszczalne należy uznać orzeczenie kary za jeden czyn, a w stosunku do drugiego z czynów możliwe jest zastosowanie art. 28 ustawy, oczywiście jeśli w ocenie Regionalnej Komisji zaistnieją ku temu podstawy prawne mające uzasadnienie w ustalonym stanie faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę Główna Komisja Orzekająca rozstrzygnęła jak w sentencji.