



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 29 czerwca 2017 r.

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

Przewodniczący: *Członek GKO:*

Piotr Gryśka (spr.)

Członkowie: *Członek GKO:*

Marcin Krzywoszyński

Przewodniczący GKO:

Jan Pyrcak

Protokolant:

Paweł Matusiak

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 29 czerwca 2017 r., odwołania wniesionego przez Obrońcę w imieniu Obwinionego (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie z dnia 27 lutego 2017 r. sygn. akt: RIO.5011.3.2017, którym Komisja, uznała Obwinionego – pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta (...), (cytat z sentencji orzeczenia) „winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w:

1/ art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na niedochodzeniu należności jednostki samorządu terytorialnego – Miasta (...), w postaci kar umownych wynikających z § 36 ust. 1 i 2 zawartej (...) lipca 2010 roku umowy koncesji na roboty budowlane (...), z tytułu zwłoki koncesjonariusza spółki (...) w wykonaniu robót będących przedmiotem odbiorów końcowych, dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, jak

również z tytułu zwłoki koncesjonariusza w wykonaniu i przedstawieniu do dnia 11 września 2013 r. do odbioru końcowego robót budowlanych o wartości 285.000.000 zł, co stanowi naruszenie 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.

Do zakończenia kadencji Burmistrza, tj. do dnia 7 grudnia 2014 r. (Obwiniony) nie podejmował czynności związanych z dochodzeniem nieuiszczonych należności w łącznej kwocie co najmniej 18.553.500 zł.

Naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło w dniu 8 grudnia 2014 r.;

- 2/ art. 11 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na dokonaniu w dniu 29 marca 2012 r. z przekroczeniem upoważnienia określonego uchwałą nr (...) Rady Miejskiej (...) z dnia (...) grudnia 2011 roku – Uchwała Budżetowa (...) na rok 2012 oraz zarządzeniem nr (...) Burmistrza Miasta (...) z dnia (...) stycznia 2012 r. w sprawie przyjęcia planu finansowego Urzędu Miasta (...) na 2012 rok, a także z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków, wydatku w kwocie 6.091.875,30 zł ze środków własnych na rzecz spółki (...) tytułem zapłaty wynagrodzenia za wykonanie projektu budowlanego wraz z pozwoleniem na budowę, podczas gdy przedmiotowy wydatek był planowany przy udziale bezzwrotnych środków z budżetu Unii Europejskiej jako dotacji celowej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie (w 2012 r. w kwocie 20.000.000 zł), a ze środków własnych zaplanowano wydatkowanie jedynie kwoty 672.400 zł, przy czym wydatek dokonano w sytuacji nieotrzymania powyższej dotacji – środków finansowych z Unii Europejskiej w łącznej kwocie 72.000.000 zł (z tego na 2012 rok przewidziano w ramach dochodów kwotę 20.000.000 zł) oraz nieotrzymania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, co było niezgodne z harmonogramem do umowy koncesji z (...) i warunkiem wypłaty wynagrodzenia ryczałtowego za projekt budowlany wraz z ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę, co stanowi naruszenie art. 44 ust. 1 pkt 2 i 3, ust. 2, ust. 3 pkt 1 lit a i b i pkt 3 ustawy o finansach publicznych.

Naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło w dniu 29 marca 2012 r.;"

i którym Komisja Orzekająca I instancji na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 4 i ust. 4 w związku z art. 34 ust. 1 i art. 37 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 uondfp, wymierzyła (Obwinionemu) karę zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres 2 (dwóch) lat i obciążyła Obwinionego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł,

- 1) na podstawie 78 ust. 2 w zw. z 78 ust. 1 pkt 3 i art. 38 ust. 1 uondfp postanawia umorzyć postępowanie w zakresie dotyczącym naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez (Obwinionego), określonego w art. 11 uondfp z uwagi na przedawnienie karalności czynu,**
- 2) na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 uondfp uchyla zaskarżone orzeczenie w pozostałym zakresie i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie.**

Pouczenie:

W zakresie pkt 1 sentencji, orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. W tym zakresie 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.

W zakresie pkt 2 sentencji, od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

UZASADNIENIE

Orzeczeniem z dnia 27 lutego 2017 r. Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie uznała (Obwinionego), będącego w czasie popełnienia czynów Burmistrzem Miasta (...), winnym naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w:

- 1) art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na niedochodzeniu należności jednostki samorządu terytorialnego – Miasta (...), w postaci kar umownych wynikających z § 36 ust. 1 i 2 zawartej (...) lipca 2010

roku umowy koncesji na roboty budowlane (...), z tytułu zwłoki koncesjonariusza spółki (...) w wykonaniu robót będących przedmiotem odbiorów końcowych, dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, jak również z tytułu zwłoki koncesjonariusza w wykonaniu i przedstawieniu do dnia 11 września 2013 r. do odbioru końcowego robót budowlanych o wartości 285.000.000 zł, co stanowi naruszenie 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. Do zakończenia kadencji Burmistrza, tj. do dnia 7 grudnia 2014 r. (Obwiniony) nie podejmował czynności związanych z dochodzeniem nieuiszczonych należności w łącznej kwocie co najmniej 18.553.500 zł. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło w dniu 8 grudnia 2014 r.

2) art. 11 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na dokonaniu w dniu 29 marca 2012 r. z przekroczeniem upoważnienia określonego uchwałą nr (...) Rady Miejskiej (...) z dnia (...) grudnia 2011 roku - Uchwała Budżetowa Miasta (...) na rok 2012 oraz zarządzeniem nr (...) Burmistrza Miasta (...) z dnia (...) stycznia 2012 r. w sprawie przyjęcia planu finansowego Urzędu Miasta (...) na 2012 rok, a także z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków, wydatku w kwocie 6.091.875,30 zł ze środków własnych na rzecz spółki (...) tytułem zapłaty wynagrodzenia za wykonanie projektu budowlanego wraz z pozwoleniem na budowę, podczas gdy przedmiotowy wydatek był planowany przy udziale bezzwrotnych środków z budżetu Unii Europejskiej jako dotacji celowej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) 2007- 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie (w 2012 r. w kwocie 20.000.000 zł), a ze środków własnych zaplanowano wydatkowanie jedynie kwoty 672.400 zł, przy czym wydatek dokonano w sytuacji nieotrzymania powyższej dotacji - środków finansowych z Unii Europejskiej w łącznej kwocie 72.000.000 zł (z tego na 2012 rok przewidziano w ramach dochodów kwotę 20.000.000 zł) oraz nieotrzymania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, co było niezgodne z harmonogramem do umowy koncesji (...) i warunkiem wypłaty wynagrodzenia ryczałtowego za projekt budowlany wraz z ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę, co stanowi naruszenie art. 44 ust. 1 pkt 2 i 3, ust. 2, ust. 3 pkt 1 lit a i b i pkt 3 ustawy o finansach publicznych. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło w dniu 29 marca 2012 r.

Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 4 i ust. 4 w związku z art. 34 ust. 1 i art. 37 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Komisja Orzekająca

pierwszej instancji wymierzyła (Obwinionemu) łączną karę zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres 2 (dwóch) lat. Obwiniony został również obciążony obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania w wysokości 316,18 zł.

Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że w zakresie czynu przypisanego Obwinionemu w pkt 2. sentencji orzeczenia pierwszej instancji, a polegającego na dokonaniu w dniu 29 marca 2012 r. wydatku w kwocie 6.091.875,30 zł z przekroczeniem zakresu upoważnienia, a także z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków, nastąpiło przedawnienie orzekania. Zgodnie bowiem z art. 38 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych karalność naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęły 3 lata. Jeżeli jednak w tym okresie wszczęto postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, karalność ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu. Uwzględniając, że przypisany Obwinionemu czyn popełniony został 29 marca 2012 r. a wszczęcie postępowania w sprawie nastąpiło dnia 23 marca 2015 r. stwierdzić należy, że orzekanie w powyższym zakresie przedawniło się 28 marca 2017 r. Przedawnienie orzekania jest okolicznością wyłączającą orzekanie wskazaną w art. 78 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a organy orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych mają – zgodnie z art. 78 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – obowiązek uwzględniać okoliczności wyłączające orzekanie z urzędu, w każdym stadium postępowania. O ile orzeczenie pierwszej instancji zapadło przed upływem terminu orzekania, to nie uprawomocniło się ono wskutek złożenia w terminie środka odwoławczego. Upływ terminu przedawnienia w toku postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 78 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, skutkuje koniecznością wydania postanowienia o umorzeniu postępowania w zakresie, w jakim nastąpiło przedawnienie. Stwierdzając powyższe, Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w pkt 1 orzeczenia.

W związku z powyższym rozstrzygnięciem, dalsza część uzasadnienia odnosić się będzie wyłącznie do tego zakresu sprawy, w którym Główna Komisja Orzekająca merytorycznie rozpoznała odwołanie od orzeczenia Komisji Orzekającej pierwszej instancji.

W zakresie dotyczącym przypisanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 5 ust. 1 pkt 2 zaskarżone orzeczenie zapadło na gruncie następującego, ustalonego stanu faktycznego.

Sprawa dotyczy przedsięwzięcia, realizowanego w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego, polegającego na zaprojektowaniu i budowie (...). W związku z prowadzonymi postępowaniami o koncesję na roboty budowlane, w rezultacie drugiego przeprowadzonego postępowania (na podstawie ogłoszenia z dnia (...) kwietnia 2010 r.) do postępowania dopuszczono wyłącznie Spółkę (...), którą założono w dniu (...) kwietnia 2010 r., czyli już po opublikowaniu ogłoszenia o koncesji na roboty budowlane. Spółka nie dysponowała własnymi środkami, niezbędną wiedzą, doświadczeniem oraz potencjałem technicznym umożliwiającym realizację takiego projektu, natomiast formalny wymóg wykazania się tymi kwalifikacjami spełniła poprzez przedstawienie oświadczenia Grupy (...) stwierdzającego, że (...) Sp. z o.o. podczas realizacji projektu będzie korzystała z jej wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego oraz, że sama będzie uczestniczyła w realizacji tego przedsięwzięcia. Firma Grupa (...) mimo, że spełniała formalne wymogi ogłoszenia, to de facto nie wykazała się jakimkolwiek doświadczeniem w realizacji przedsięwzięć związanych z budową infrastruktury sportowej i rekreacyjnej, jak też bazy turystyczno-hotelowej (ponadto w dniu (...) maja 2012 r. Sąd ogłosił jej upadłość). W konsekwencji postępowania zaakceptowano ofertę z dnia (...) lipca 2010 r. (...) Sp. z o.o., która nie pozwalała uznać, że koncesjonariusz będzie zdolny do zrealizowania tak złożonego projektu, zarówno pod względem przedmiotowego zakresu inwestycji, jak też wartości i konstrukcji finansowania. W dniu (...) lipca 2010 r. zawarto umowę pomiędzy Gminą (...) a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...).

W ocenie Komisji Orzekającej pierwszej instancji, w zakresie niedochodzenia kar umownych określonych §36 ust. 1 i 2 umowy koncesji z dnia (...) lipca 2010 r., nie realizowano przedmiotu koncesji według postanowień umowy koncesji oraz brak było działań Urzędu Miasta zmierzających do wyegzekwowania od koncesjonariusza zobowiązań, wynikających z umowy. W umowie koncesji określono, że koncesjonariusz wykona jej przedmiot w terminie 38 miesięcy, czyli do (...) września 2013 r. Na koniec sierpnia 2012 r., czyli po blisko 26 miesiącach od podpisania umowy, wartość prac związanych z realizacją projektu wykonanych przez koncesjonariusza wynosiła 7.374.376,00 zł, tj. 2,59% umownej wartości projektu (285.000.000,00 zł). Zaakceptowany przez Burmistrza harmonogram zakładał, że do końca sierpnia 2012 r. zostaną zakończone wszystkie prace projektowe wraz z uzyskaniem

pozwolenia na budowę oraz prace związane z posadowieniem obiektu (palowanie wraz z przygotowaniem terenu budowy), o łącznej wartości 32.052.000,00 zł. Koncesjonariusz zrealizował z tego jedynie projekt koncepcji architektoniczno- przestrzennej i projekt budowlany obiektu oraz złożył wniosek o wydanie pozwolenia na budowę. Koncesjonariusz nie uzyskał jednak ostatecznego pozwolenia na budowę, które według harmonogramu stanowiącego załącznik do umowy miało być uzyskane w grudniu 2010 r.

Według raportów miesięcznych Inżyniera Kontraktu za czerwiec i lipiec 2012 r. w okresie sprawozdawczym brak było aktywności Koncesjonariusza wymagającej nadzoru, nie przedstawiano oficjalnych informacji na temat postępu prac projektowych, koncesjonariusz nie dostarczał raportów z prac, a w raportach, które zostały złożone zaawansowanie prac podawane było wg znowelizowanego, ale niezatwierdzonego przez koncesjodawcę harmonogramu rzeczowo — finansowego. Komisja ustaliła, że zaawansowanie finansowe robót narastające na koniec czerwca i lipca (według oceny Inżyniera Kontraktu) wynosiło 2,59%. Na koniec lipca 2012 r. planowane do wykonania były prace za kwotę 162.230.151,00 zł, do tego czasu wykonano prace projektowe za 7.374.376,00 zł (koncepcja architektoniczno- przestrzenna, projekt budowlany), opóźnione były więc prace na kwotę 154.855.775,00 zł, przy czym odrobienie takiego opóźnienia nie było możliwe. Inżynier Kontraktu wskazywał, że koncesjodawca powinien był podjąć odpowiednie działania w celu dostosowania stanu formalnego do rzeczywistego, brak było deklaracji ze strony koncesjonariusza w zakresie czynności planowanych na kolejny miesiąc. Raport Inżyniera Kontraktu za sierpień 2012 r. z dnia (...) września 2012 r. przedstawia niezmienny stan realizacji projektu (...). Wartość planowanych do wykonania na koniec sierpnia 2012 r. prac wynosiła 173.062.531,00 zł, do tego czasu wykonano prace projektowe za kwotę 7.374.376,00 zł, opóźnione były prace na kwotę 165.855.155,00 zł.

Mimo istnienia takich opóźnień oraz przedstawianych przez Inżyniera kontraktu Burmistrz nie podjął żadnych działań zmierzających do wyegzekwowania od koncesjonariusza prawidłowej realizacji umowy koncesji, pomimo dysponowania wiedzą w powyższym zakresie. Burmistrz nie reagował też na informacje Inżyniera Kontraktu, że nie może on potwierdzić wykonania zadeklarowanego przez koncesjonariusza zakresu prac, ponieważ koncesjonariusz nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających wykonanie tych prac. Według § 26 pkt 1 umowy koncesji koncesjonariusz był zobowiązany do współdziałania z zespołem nadzoru inwestorskiego wyznaczonym przez koncesjodawcę.

Według wyjaśnień Zastępcy Burmistrza (...), opóźnienia były spowodowane brakiem decyzji w sprawie tej dotacji. Komisja Orzekająca pierwszej instancji stwierdziła jednak, że nie można uznać za usprawiedliwione z punktu widzenia postanowień umowy koncesji takich przyczyn opóźnienia realizacji projektu. Umowa koncesji nie uzależniała terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy od daty decyzji w sprawie dofinansowania. Umowa przewidywała wprawdzie możliwość jej rozwiązania bez roszczeń finansowych z obu stron w przypadku nieuzyskania dofinansowania projektu, ale nie zawierała postanowień, na podstawie których byłoby możliwe wstrzymywanie prac określonych w harmonogramie do czasu decyzji w sprawie wniosku o dofinansowanie. Komisja stwierdziła, że skoro koncesjonariusz nie zwrócił się do Miasta o wypowiedzenie umowy z powodu braku dofinansowania ze środków Unii, na podstawie § 4 ust. 8 umowy, to miał obowiązek wykonywać umowę koncesji do poziomu finansowania, do jakiego zobowiązał się w umowie. Należy też zauważyć, że Burmistrz dysponował opiniami prawnymi radcy prawnego, wyrażonymi dwukrotnie (pisma z dnia (...) listopada 2011 r. oraz z dnia (...) grudnia 2011 r.), według których umowa nie uzależnia realizacji inwestycji od otrzymania dofinansowania z Unii Europejskiej i nie przewiduje wstrzymania robót i oczekiwania na otrzymanie dotacji. Opinia odnosiła się też do możliwych działań związanych z wyegzekwowaniem kar umownych. Kary umowne winny być dochodzone przed upływem terminu ich przedawnienia. Można zatem wyliczyć łączne kary umowne i ich dochodzić, byleby został zachowany trzyletni termin od dnia powstania roszczenia o zapłatę kary.

Burmistrz, mimo takich analiz, pozostał przy stanowisku koncesjonariusza, że wykonywanie obowiązków określonych umową koncesji jest uzależnione od przyznania dofinansowania.

Wysokość kar umownych została określona w § 36 umowy koncesji z dnia (...) lipca 2010 r. Odnośnie do wykonania robót budowlanych będących przedmiotem odbiorów częściowych postanowiono w § 36 ust. 1 umowy — „W przypadku zwłoki Koncesjonariusza w wykonaniu robót będących przedmiotem odbiorów częściowych dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, lub zwłoki Koncesjonariusza w przedstawieniu tych robót do odbioru częściowego, Koncesjodawca może żądać od Koncesjonariusza zapłaty kary umownej w 0,002 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6, za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 15 % tej wartości.” Odnośnie wykonania robót budowlanych będących przedmiotem odbioru końcowego postanowiono w §36 ust. 2 umowy — „W przypadku zwłoki Koncesjonariusza w wykonaniu robót będących przedmiotem odbioru

końcowego dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, lub zwłoki Koncesjonariusza w przedstawieniu robót do odbioru końcowego, Koncesjodawca może żądać od Koncesjonariusza zapłaty kary umownej w 0,003 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6., za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 15 % tej wartości.”. Zgodnie z ust. 4 i 5 § 36 umowy — kara umowna jest należna bez względu na fakt istnienia i wysokość szkody, a łączna suma kar nie może przekroczyć 15%.

Na dzień 30 czerwca 2012 r. wartość opóźnionych robót wynosiła 144 859 095 zł - z tego nie wykonano planowanych robót w czerwcu na kwotę 10.014.980 zł (vide raport miesięczny inżyniera kontraktu za czerwiec 2012 r.) - co oznacza, że na dzień 7 grudnia 2014 r. niedochodzone kary umowne z tego tytułu wyliczone zgodnie z § 36 ust. 1 umowy wynosiły już co najmniej kwotę 5.073.000 zł (890 dni x 0,002 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6 umowy - tj. 285.000.000 zł).

Na dzień 31 lipca 2012 r. wartość niewykonanych robót zwiększyła się o kolejną kwotę 9.996.680 zł, (vide raport miesięczny inżyniera kontraktu za lipiec 2012 r.) - co oznacza, że na dzień 7 grudnia 2014 r. niedochodzone kary umowne wyliczone zgodnie z § 36 ust. 1 umowy wynosiły już co najmniej kwotę 4.896.300 zł. (859 dni x 0,002 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6 umowy - tj. 285.000.000 zł).

Na dzień 31 sierpnia 2012 r. wartość niewykonanych robót zwiększyła się o kolejną kwotę 10.832.380 zł, (vide raport miesięczny inżyniera kontraktu za sierpień 2012 r.) - co oznacza, że na dzień 7 grudnia 2014 r. niedochodzone kary umowne wyliczone zgodnie z § 36 ust. 1 umowy wynosiły już co najmniej kwotę 4.719.600 zł (828 dni x 0,002 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6 umowy - tj. 285.000.000 zł).

Łącznie niedochodzone kary umowne tylko w ww. zakresie (odnośnie niewykonanych robót budowlanych będących przedmiotem odbiorów częściowych ujętych w raportach inżyniera kontraktu za okres czerwiec-sierpień 2012 r.) wynoszą na dzień 7 grudnia 2014 r. co najmniej kwotę 14.688.900 zł.

Ponadto w związku z niewykonaniem robót budowlanych będących przedmiotem odbioru końcowego, które powinny być zakończone do dnia 11 września 2013 r. na dzień 7 grudnia 2014 r. niedochodzone kary umowne wyliczone zgodnie z ust. 2 § 36 umowy wynosiły już co najmniej kwotę 3.864.600 zł (452 dni x 0,003 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6 umowy - tj. 285.000.000 zł).

Przedmiotowe kary umowne nie były dochodzone przez przedstawicieli UM (...) w latach 2012-2014 i jak wynikało z wypowiedzi pełnomocnika Gminy (...) w toku posiedzenia Sądu Okręgowego w (...) w dniu 26 czerwca 2014 r. w sprawie (...) nie zamierza dochodzić kar umownych od Spółki (...).

Ustalając powyższe, Regionalna Komisja Orzekająca wskazała, że niedochodzenie należności jednostki samorządu terytorialnego - Miasta (...), w postaci kar umownych wynikających z § 36 ust. 1 i 2 zawartej 11 lipca 2010 roku umowy koncesji na roboty budowlane (...), z tytułu zwłoki koncesjonariusza spółki (...) w wykonaniu robót będących przedmiotem odbiorów końcowych, dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, jak również z tytułu zwłoki koncesjonariusza w wykonaniu i przedstawieniu do dnia 11 września 2013 roku do odbioru końcowego robót budowlanych o wartości 285.000.000 zł, stanowiło naruszenie art. 42 ust. 5, art. 254 pkt 1 ustawy o finansach publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego.

Do zakończenia kadencji Burmistrza Miasta (...), tj. do dnia 7 grudnia 2014 r. (Obwiniony) nie podejmował czynności związanych z dochodzeniem nieuiszczonych należności w łącznej kwocie co najmniej 18.553.500 zł.

W myśl art. 21 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Za czas, w którym sprawca zaniechał działania, uważa się dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić. W związku z przywołanym przepisem za czas naruszenia dyscypliny finansów publicznych Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała dzień 8 grudnia 2014 r.

W uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Komisja Orzekająca dokonała analizy stanu prawnego, na podstawie którego wydała rozstrzygnięcie, odnoszące się przede wszystkim do wskazania jakiego rodzaju i czym są należności objęte hipotezą art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz podstaw odpowiedzialności Obwinionego. Komisja stwierdziła, że kara umowna, której wysokość została ustalona w umowie, nie jest należnością podlegającą „ustaleniu” w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1, natomiast przez niedochodzenie należności rozumieć należy zaniechanie podjęcia określonych prawem czynności, których celem jest wyegzekwowanie ustalonej należności. Kolejność podejmowanych czynności i ich rodzaj nie zostały wprost określone, jednak w

przypadku należności cywilnoprawnych, których sposób dochodzenia należności nie jest ściśle określony, należy przyjąć, że powinny zostać podjęte takie czynności, które ze względu na zasadę gospodarności będą najbardziej racjonalne i skuteczne, w tym uwzględniające postanowienia wiążącej strony umowy (orzeczenie GKO z dnia 8 września 2008 r., DF/GKO-4900-44142/0811798). Odnosząc się do podnoszonej przez obwinionego problematyki wykładni umownego zapisu, zgodnie z którym kara umowna miała być naliczana za każdy dzień zwłoki w realizacji zobowiązania (a nie opóźnienia), Komisja Orzekająca pierwszej instancji przywołała orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 11 września 2008 r., (sygn. DF/GKO/4900/32/30/08/1323), w którym GKO stwierdziła, że w przypadku kar umownych mamy do czynienia z domniemaniem prawnym wynikającym z treści art. 476 zdanie drugie k.c., polegającym na przyjęciu, że do czasu wskazania przesłanek egzoneracyjnych każde niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia musi być traktowane jako zwłoka. Powołując się na stanowisko doktryny i orzecznictwo sądowe, GKO zwróciła uwagę, że zgodnie z art. 476 k.c. dłużnika obciąża domniemanie prawne, że nie dotrzymując terminu pozostaje w zwłoce, nie zaś w opóźnieniu. W związku z powyższym dla odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na niedochodzeniu należności z tytułu kar umownych, do czasu udowodnienia przez obwinionego, że opóźnienie wynikało z przyczyn niezależnych od wykonawcy, należy przyjąć, że były one od niego zależne.

Zapisy przedmiotowej umowy jasno wskazywały, w jakich okolicznościach i w jaki sposób należy ustalić wysokość kar umownych. Skoro istniała w pełni czytelna i znana droga dochodzenia należności Obwiniony zobligowany był podjąć określone prawem czynności, których celem było wyegzekwowanie ustalonych należności. W przedmiotowej sprawie powinny zostać podjęte takie kroki, które ze względu na zasadę gospodarności byłyby najbardziej racjonalne i skuteczne, w tym uwzględniające postanowienia wiążącej strony umowy. (Obwiniony), mimo, że posiadał wiedzę o zaległościach w pracach realizowanych przez Spółkę (...), popartą raportami Inżyniera Kontraktu, a także mając opinie prawne dotyczące możliwości dochodzenia kar umownych nie podjął żadnych działań zmierzających do wyegzekwowania od koncesjonariusza zobowiązań wynikających z umowy. Odpowiedzialność Obwinionego za nieprawidłowe gospodarowanie należnościami jednostki samorządu terytorialnego wynika z pełnionej funkcji i jest odpowiedzialnością kierownika jednostki sektora finansów publicznych.

Przy wymiarze kary Regionalna Komisja Orzekająca uwzględniła dyrektywy zawarte art. 33 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, z którego wynika, że organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych. Wysokość nieuiszczonych należności (narastającej na przestrzeni lat) w łącznej kwocie co najmniej 18.553.500,00 zł w roku 2014 stanowiła 37,97% dochodów wykonanych Miasta (...), które to zrealizowane dochody kształtowały się na poziomie 48.858.236,47 zł.

Uwzględniając powyższe, organ rozstrzygający kategorycznie stwierdza, iż przedstawione skutki finansowe w relacji do globalnego obrazu kondycji finansowej Miasta (...) na ostatni dzień roku kalendarzowego, co zostało przedstawione powyżej, stanowi bezspornie o poważnym zaburzeniu stosowania zasad gospodarki finansowej, jakie przypisywane są jednostkom samorządu terytorialnego, a w niniejszej sprawie finalnie stanowi to o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Regionalna Komisja Orzekająca - na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 31 ust. 4 w zw. z art. 37 uoondfp - wymierzyła Obwinionemu (...) łączną karę zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres 2 lat.

Wymierzając taką właśnie karę, Regionalna Komisja Orzekająca uwzględniła przede wszystkim okoliczności obciążające postawę Obwinionego (...) przejawiającą się na nie podejmowaniu czynności związanych z dochodzeniem nieuiszczonych należności w łącznej kwocie co najmniej 18.553.500,00 zł; dokonaniem wydatku z przekroczeniem upoważnienia określonego uchwałą budżetową w wysokości 6.091.875,30 zł; negatywną opinię wywiązywania się z obowiązków służbowych (brak należytej staranności zawodowej); brak podejmowanych działań w celu zapobieżenia szkodzie w mieniu publicznym (znaczące uszczuplenie środków publicznych); nie podejmowanie działań zmierzających do usunięcia szkodliwych następstw naruszenia dyscypliny finansów publicznych; wieloletnie doświadczenia zawodowe na stanowisku Burmistrza Miasta (...) (a w tym względzie posiadanie wieloletniego doświadczenia), lekceważenie zasad gospodarowania środkami publicznymi, jak również obligatoryjne przesłanki wymiaru kary, o której mowa w art. 31 ust. 1 pkt 4 uoondfp, wprost nakazujące orzeczenie kary zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi, w sytuacji wystąpienia przesłanek pozytywnych,

czyli rażącej szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 34 ust. 1 uodfp), z który niewątpliwie w niniejszej sprawie mamy do czynienia.

Obwiniony legitymuje się długoletnim doświadczeniem w sektorze samorządowym, w związku z czym jest to okoliczność dodatkowo obciążająca postawę Obwinionego, ponieważ standard wymagań wobec osób dysponujących środkami publicznymi przy podejmowaniu decyzji rodzących konsekwencje finansowe jest z pewnością wyższy niż w stosunku do przeciętnego obywatela.

Z racji pełnionej funkcji ówczesny Burmistrz Miasta (...) jest osobą szczególnie odpowiedzialną za dobro finansów publicznych, w związku z czym, w zakresie gospodarowania środkami publicznymi mógł podejmować jedynie te działania, które miały umocowanie w obowiązującym stanie prawnym

Regionalna Komisja Orzekająca doszła również do przekonania, że wymierzona Obwinionemu kara spełni swoje zadanie w zakresie prewencji ogólnej, umocni powagę i poszanowanie prawa, będzie elementem kształtowania odpowiedzialnych, pozytywnych postaw w społeczeństwie i przekonania, że popełniony delikt finansowy spotka się z należyłą i sprawiedliwą reakcją organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odwołanie od orzeczenia pierwszej instancji złożył obrońca Obwinionego. W piśmie z dnia 2 kwietnia 2017 r. zaskarżył orzeczenie w całości i wniósł o uchylenie go i uniewinnienie Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił błędną interpretację zapisów umowy o koncesji w zakresie skutków jej rozwiązania związanych z niepozyskaniem środków z Unii Europejskiej; nieuwzględnienie stanu faktycznego który miał miejsce od 2010, poprzez rok 2011, gdzie wskazywano na możliwość dochodzenia kar umownych, aż do chwili obecnej, gdzie umowę należy uznać za rozwiązana, gdyż obecne władze Miasta (...) nie dochodziły nigdy od Spółki (...) należności z tytułu kar umownych za roboty budowlane przewidziane w umowie koncesji. Uznanie Obwinionego winnym zarzucanego mu czynu stoi w sprzeczności z prawomocnym orzeczeniem Prokuratury Okręgowej w (...), uznającym niezasadność dochodzenia kar umownych zgodnie z przepisami umowy, którą uznać należy za rozwiązana. Ponadto odwołujący się wskazał, iż w dacie zakończenia przez Obwinionego kadencji to jest 7 grudnia 2014 roku, nie miał on jeszcze obowiązku dochodzenia kar umownych, nawet jeżeli byłyby one zasadne, gdyż wobec nieprzedawnienia roszczenia wynikającego z umowy (data jej

formalnego zakończenia to 11 września 2013) ewentualnych kar umownych mógł dochodzić kolejny Burmistrz Miasta (...). Zarzut postawiony zatem w sytuacji zmiany osoby na stanowisku Burmistrza i braku upływu terminu przedawnienia jest przedwczesny, nieuzasadniony w stosunku do Obwinionego, a poza tym merytorycznie nie uzasadniony. Zgodnie z wiedzą Obwinionego kolejne władze Miasta (...) nie poczyniły żadnych kroków celem dochodzenia kar umownych z umowy koncesji na wykonanie zadania Zaprojektowanie i budowa obiektu pn. (...)

W uzasadnieniu odwołania przyznano, że umowa faktycznie przewidywała kary umowne za zwłokę wykonaniu przedmiotu koncesji, jednak umowa przewidywała także przypadek samoczynnego rozwiązania się umowy na wypadek nie otrzymania dofinansowania z Unii Europejskiej. Przynajmniej do początku 2013 roku władze Miasta pozostawały w uzasadnionym przekonaniu o rychłym jej otrzymaniu, uznać zatem należy, iż umowa rozwiązała się samoczynnie najpóźniej z terminem wskazanym w umowie jako ostateczny , bez roszczeń finansowych stron, ewentualnie z datą zorganizowania przetargu na grunty, kiedy już wiadomo było że projekt nie otrzyma obiecane dofinansowanie. Stanowisko takie zajęła również Prokuratura Okręgowa, która potwierdziła w uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu prawną niezasadność dochodzenia kar umownych, głównie w sytuacji gdy strona zamawiająca nie wywiązała się swoich zapewnień finansowych i nie przekazała dotacji.

W odwołaniu wskazano również okoliczności przemawiające przeciwko tak surowej karze, jak orzeczona w pierwszej instancji podnosząc równocześnie, że takiej oceny postawy obwinionego dokonał także Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych, który wnosił przecież wyłącznie o ukaranie karą nagany.

Rozpoznając sprawę Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności GKO postanowiła podkreślić duży wkład pracy włożony przez Komisję Orzekającą pierwszej instancji w rozpoznanie niniejszej sprawy. Bardzo obszerne uzasadnienie orzeczenia odnosi się do wszystkich jej aspektów i wskazuje tok rozumowania organu orzekającego, jaki doprowadził go do wydania takiego a nie innego rozstrzygnięcia. Mimo tego, Główna Komisja Orzekająca zmuszona była uchylić zaskarżone orzeczenie i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. Powodem tego są następujące wady i błędy w orzeczeniu, które stwierdzone zostały przez organ odwoławczy.

Komisja Orzekająca pierwszej instancji za rzecznikiem dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji przyjęła, że czyn Obwinionego należy zakwalifikować według art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z tym przepisem naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Komisja uznała, że kara umowna, której wysokość została ustalona w umowie, nie jest należnością podlegającą „ustaleniu” w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1, a przez niedochodzenie należności rozumieć należy zaniechanie podjęcia określonych prawem czynności, których celem jest wyegzekwowanie ustalonej należności. Jednocześnie przypisała Obwinionemu czyn, polegający na niepodejmowaniu czynności związanych z dochodzeniem kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu robót będących przedmiotem odbiorów końcowych, dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, jak również z tytułu zwłoki koncesjonariusza w wykonaniu i przedstawieniu do dnia 11 września 2013 r. do odbioru końcowego robót budowlanych o wartości 285.000.000 zł, wskazując, że do zakończenia kadencji Obwiniony nie dochodził należności w łącznej kwocie co najmniej 18.553.500 zł.

Wskazać należy, że zgodnie z postanowieniami umowy (§ 36) „W przypadku zwłoki Koncesjonariusza w wykonaniu robót będących przedmiotem odbiorów częściowych dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, lub zwłoki Koncesjonariusza w przedstawieniu tych robót do odbioru częściowego, Koncesjodawca może żądać od Koncesjonariusza zapłaty kary umownej w 0,002 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6, za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 15 % tej wartości.” Zgodnie natomiast z § 36 ust. 2 umowy - „W przypadku zwłoki Koncesjonariusza w wykonaniu robót będących przedmiotem odbioru końcowego dla których został przewidziany w harmonogramie termin ich wykonania, lub zwłoki Koncesjonariusza w przedstawieniu robót do odbioru końcowego, Koncesjodawca może żądać od Koncesjonariusza zapłaty kary umownej w 0,003 % wartości robót budowlanych, o której mowa w § 6, za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 15 % tej wartości.” Zgodnie z ust. 4 i 5 § 36 umowy — kara umowna jest należna bez względu na fakt istnienia i wysokość szkody, a łączna suma kar nie może przekroczyć 15%. Takie sformułowanie umowy przesądza w ocenie Główna Komisja Orzekająca o tym, że wielkość kary umownej nie została ustalona w samej umowie, która przesądzała tylko sposób i metody jej wyliczenia,

wskazując również maksymalną jej wielkość. Jak sama stwierdza Komisja Orzekająca pierwszej instancji w uzasadnieniu „Zapisy przedmiotowej umowy jasno wskazywały, w jakich okolicznościach i w jaki sposób należy ustalić wysokość kar umownych. Skoro istniała w pełni czytelna i znana droga dochodzenia należności Obwiniony zobligowany był podjąć określone prawem czynności, których celem było wyegzekwowanie ustalonych należności.” Główna Komisja Orzekająca w pełni podziela te stwierdzenia uznając jednocześnie, że pierwszą z tych czynności powinno być wyliczenie należnej kary oraz zakomunikowanie drugiej stronie jej wysokości i woli wyegzekwowania, a więc ustalenie należności w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. GKO w niemniejszym składzie podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 12 grudnia 2011 r. (sygn. BDF1/4900/72/76/11/54, LEX nr 1125323), że „z czynem polegającym na nieustaleniu należności mamy do czynienia w sytuacji, gdy dla ustalenia należnej kwoty wymagane jest podjęcie jakiejś czynności, mocą której należność zostaje ustalona, czyli obliczona i - w określonej prawem formie - zakomunikowana zobowiązanemu do jej uiszczenia”. O tym, że w niniejszej sprawie nie doszło do ustalenia należności przesądza fakt, że brak było skierowania jakiegokolwiek wezwania do zobowiązanego w określeniu wysokości dochodzonej należności oraz okoliczność, że samo orzeczenie pierwszej instancji przypisuje czyn polegający na niedochodzeniu należności w „kwocie co najmniej...”. Wysokość możliwej kary umownej ograniczona została również na określonym poziomie, co także wskazuje na konieczny element jej ustalenia.

Dodatkowego wyjaśnienia będzie wymagała relacja kar umownych za odbiory częściowe oraz kary umownej za odbiór końcowy. Komisja Orzekająca pierwszej instancji w żaden sposób nie przeanalizowała tego, czy w sytuacji, kiedy doszło do przekroczenia terminu odbioru końcowego, należy nadal mówić o zwłoce w niedochodzeniu kar (czy ich nieustaleniu zgodnie z wywodami powyżej) za odbiory częściowe? Ustalenie w tym zakresie będzie miało przełożenie na opis przypisanego czynu (czy mamy do czynienia z jednym, czy z dwoma lub więcej naruszeniami?).

Niewłaściwie w ocenie Głównej Komisji Orzekającej ustalony został czas popełnienia przypisanego naruszenia. Komisja Orzekająca pierwszej instancji uznała, że datą popełnienia przez Obwinionego czynu jest 8 grudnia 2014 r. ponieważ do zakończenia kadencji, tj. do 7 grudnia 2014 r. Obwiniony nie podejmował żadnych czynności związanych z dochodzeniem

nieuiszczonych należności. Zgodnie z art. 21 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszenie dyscypliny finansów publicznych uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Za czas, w którym sprawca zaniechał działania, uważa się dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić. Oznacza to, że w niniejszej sprawie za czas naruszenia należy przyjąć datę, w której Obwiniony powinien ustalić należną kwotę. Pozostawiając na boku wszelkie wątpliwości związane z takim a nie innym określeniem w ustawie czasu popełnienia czynu polegającego na zaniechaniu, wskazać należy jednoznacznie, iż terminem, który powinien wywołać określone działanie był dzień powstania zwłoki. W momencie bowiem, w którym stwierdzona została zwłoka w wykonaniu prac określonych umową, powinny nastąpić działania zmierzające do egzekwowania przewidzianych w umowie kar (ustalenie, a następnie ich dochodzenie). Terminem, w którym określone działanie powinno nastąpić będzie więc w niniejszej sprawie dzień następujący po dniu powstania zwłoki. W zależności od rozstrzygnięć co do zasadności dochodzenia kar za odbiory częściowe w sytuacji przekroczenia terminu odbioru końcowego będzie można mówić o jednym lub kilku naruszeniach dyscypliny finansów publicznych.

Mimo bardzo obszernego uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, w ocenie Głównej Komisji Orzekającej niewiele rozważań dotyczy winy Obwinionego. Główna Komisja Orzekająca zwraca uwagę, że zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia, a winy nie można przypisać, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia wymaganej staranności. Podkreślić należy, że ustawą z dnia z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r., Nr 240, poz. 1429) ustawodawca znowelizował art. 19 ust. 2, a celem nowelizacji – jak wynika z uzasadnienia projektu (str. 14 uzasadnienia do druku sejmowego VI kadencji nr 4465, www.sejm.gov.pl) jest doprecyzowanie pojęcia winy tak, aby odpowiedzialność ponoszona byłaby na zasadzie winy określonej w sposób najbardziej zbliżony do ujęcia normatywnego znanego z doktryny prawa karnego z modyfikacjami wynikającymi ze specyficznego zakresu podmiotowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W zamierzeniach ustawodawcy „tak opisana zasada odpowiedzialności przyczyni się, z jednej strony, do częściowego skonkretyzowania pojęcia winy, z drugiej zaś daje gwarancję sprawiedliwej oceny zachowań obwinionych,

bowiem aby przypisać odpowiedzialność komisja powinna wskazać właściwy sposób postępowania (dodatkowy walor edukacyjny). Rozwiązanie to gwarantuje, że niemożliwe byłoby poniesienie odpowiedzialności za naruszenie, na którego zaistnienie nie ma się wpływu. Projektowany przepis kładzie nacisk na zindywidualizowanie staranności (ostrożności) wymaganej od osób wykonujących różne obowiązki w zakresie szeroko rozumianej gospodarki finansowej”.

Na konieczność wykazania winy jako przesłanki ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wielokrotnie w swym orzecznictwie wskazywała Główna Komisja Orzekająca, a jej orzeczenia są odzwierciedleniem dotychczasowej linii orzeczniczej sądów administracyjnych w tym zakresie.

W orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 16 maja 2016 r. (sygn. BDF1.4800.5.16) stwierdzono m.in.: „udowodnienie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych spoczywa, co do zasady, na rzeczniku dyscypliny finansów publicznych. Obwiniony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności. Nie ma także obowiązku dostarczenia dowodów winy. Przypisanie winy polega na wskazaniu, jak obwiniony powinien działać by nie naruszyć dyscypliny finansów publicznych. Tylko jeśli można postawić zarzut, że obwiniony nie zastosował się do przepisów, choć obiektywnie, w konkretnej sytuacji miał taką możliwość, można przypisać winę. Jeżeli okaże się, że obwiniony w danych okolicznościach nie miał możliwości zachowania się zgodnie z przepisem, to pomimo stwierdzenia popełnienia czynu nie można przypisać winy”. Podobne stwierdzenia znajdują się w orzeczeniu z dnia 2 września 2010 r. (sygn. BDF1/4900/48/54/10/37), natomiast w orzeczeniu z dnia 10 listopada 2016 r. (sygn. BDF1.4800.35.16) GKO stwierdziła, że „warunkiem ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest zawinione działanie wypełniające znamiona deliktów określonych w art. 5- 18c ustawy. Stosownie do art. 19 ust. 2 ustawy odpowiedzialność ponosi osoba, której można przypisać winę „nie można przypisać winy, jeśli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych.” Wielokrotnie w orzeczeniach GKO wywodzono, że o winie można mówić, gdy możliwe jest wykazanie, że obwiniony nie zastosował się do normy prawnej, choć miał obiektywnie możliwość postępowania zgodnie z normą. Jeżeli nie miał możliwości, nie można przypisać winy”.

Uwzględniając powyższe orzecznictwo oraz analizując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Główna Komisja Orzekająca uznała, że w kontekście podnoszonych przez Obwinionego okoliczności niniejszej sprawy, sposobu oceny jego zachowań w przeprowadzonym postępowaniu karnym, postanowień umownych umożliwiających stronom rozwiązania umowy w sytuacji nieprzyznania dofinansowania (takiego oświadczeniu strona mogła dokonać również np. po złożeniu pozwu do sądu), a także czynności zmierzających do finalnego zakończenia projektu (przetarg na sprzedaż nieruchomości i wynikające z niego konsekwencje dla umowy), uzasadnienie orzeczenia pierwszej instancji wymaga znacznego uzupełnienia w tym zakresie.

Stwierdzając powyższe Główna Komisja Orzekająca orzekła jak w sentencji niniejszego orzeczenia. Ponownie rozpoznając sprawę Komisja Orzekająca pierwszej instancji zobowiązana będzie – zgodnie z art. 150 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – do uwzględnienia wskazań zawartych w niniejszym orzeczeniu. Uwzględniając częściowe przedawnienie sprawy, ponowne rozpoznanie nastąpi w granicach w jakich nastąpiło jej przekazanie. Ewentualna zmiana kwalifikacji powinna uwzględniać treść art. 131 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i nie może prowadzić do zmiany tożsamości czynu objętego zarzutem postawionym we wniosku o ukaranie.